



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, Catorce (14) de febrero de dos mil Veinte  
(2020)

**RAD: 20001 40 03 002 2019 00674 01** Acción de tutela de segunda instancia promovida por **JOSE FERNANDO ACOSTA ESTRADA** apoderado judicial de **LEIDYS DEL CARMEN GARCIA MARQUEZ** contra **CAJACOPI EPS**. Derecho Fundamental a la Salud.

**ASUNTO A TRATAR:**

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionada CAJACOPI EPS contra la sentencia de 12 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Valledupar, Cesar, dentro de la acción de tutela de la referencia.

**HECHOS:**

Como fundamento fáctico de la acción constitucional el Apoderado judicial de la accionante de la parte accionante adujo en síntesis, lo siguiente:

Manifiesta que presentó derecho de petición recibida por Cajacopi E.P.S., el día 15 de octubre de 2019, donde se solicita una junta médica del Comité Técnico Científico - CTC de esta EPS para valorar, autorizar y hacer entrega de una silla de ruedas y cama hospitalaria conforme en las especificaciones técnicas de la patología del menor facilitando su vida y dignidad.

En múltiples oportunidades se ha referido a los galenos tratantes de la patología del menor, para que en vista de su lamentable patología y sus difíciles condiciones de vida, se le ordene la entrega de la silla de rueda, y una cama apropiada para su condición de vida digna, pero toda repuesta es que los médicos tratantes no están autorizados para formular medicamentos y/o equipos hospitalarios que no estén incluidos en el Pos.

Aduce que la situación económica en que vive su menor hijo WILSON DE JESUS GARCÍA MÁRQUEZ, al igual que el núcleo familiar que lo conforma, partiendo que es madre cabeza de hogar, desempleada lo cual nos ha llevado prácticamente a vivir de caridad, se le imposibilita el traslado del menor a sus sitios de terapias físicas y fonoaudiologías y signos de alarma ordenadas por el pediatra

tratante, para lo cual anexo orden médica, pues, resulta necesario solicitar por parte de esta EPS considere la posibilidad de otorgar los transportes o se disponga de un vehículo para su traslado al lugar de las terapias.

Además, alega que WILSON DE JESUS GARCÍA MÁRQUEZ, identificado con NUIP 1.037.630.636 es un niño discapacitado de cuatro años de edad, que reside junto con su madre, y ambos pertenecen al régimen subsidiado. Ha sido diagnosticado con parálisis cerebral infantil, atraso psicomotor y desnutrición proteicocalórica secundaria, de acuerdo con historia clínica de 06 de noviembre de 2015, requiere plan de rehabilitación con terapias física, fonoaudiología y ocupacional tres veces por semana y controles con neurología infantil.

La señora Leidys del Carmen García Márquez, es cabeza de hogar, madre de dos menores y se le dificulta desplazarse con el menor discapacitado toda vez que no tiene movimiento alguno por sí mismo, ella debe llevarlo en brazos a los distintos recorridos y desplazamiento que debe realizar para sus terapias físicas, fonoaudiología y citas médicas de control, se encuentra desempleada y le es difícil dejar su hijo al cuidado de otra persona mientras se rebusca la vida ya que el menor sobrevive su padecimiento en una silla fija plástica rimax la cual le ocasiona dolores, serpullido e imposibilidad de trasladarse o ser trasladado de un lugar a otro según la necesidad.

La señora Leidys García Márquez, presentó escrito ante la EPS CAJACOPI, Valledupar, solicitando entre otros una Junta Médica de Comité Técnico Científico - CTC, de esta EPS Valorar, autorizar y hacer entrega de una silla de ruedas y cama hospitalaria conforme en las especificaciones técnicas de la patología del menor facilitándole su vida y dignidad.

#### **PRETENSIONES:**

En virtud de lo anterior, la parte accionante solicitó que se le tutelaran los derechos fundamentales a la Salud, Vida, Dignidad Humana y seguridad social y, en consecuencia, solicito lo siguiente:

Se le ordene a CAJACOPI EPS, Valledupar Regional Cesar, en el término de 48 horas, autorice la prestación del servicio de transporte municipal y/o intermunicipal del menor Wilson De Jesús García Márquez quien presenta una patología de parálisis Cerebral Infantil, atraso psicomotor y desnutrición proteicocalórica secundaria, desde el lugar de su domicilio al centro de terapias físicas, de fonoaudiología, controles médicos y desde el mismo a su residencia, sin olvidar a su acompañante.

5

Ordenar a CAJACOPI EPS, Valledupar, Regional Cesar, que el tratamiento que resulte de la valoración y diagnóstico ordenados por el médico tratante debe ser suministrado inmediatamente al paciente, en caso de poder realizarse en el municipio de Valledupar, Cesar, deberá costear los gastos de transporte sin desconocer la estadía del menor al igual que su acompañante.

Se ordene CAJACOPI EPS, Valledupar, Regional Cesar, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, convoque a la junta médica para valorar la necesidad y la entrega de una silla de ruedas al igual que una cama hospitalaria conforme en las especificaciones técnicas de la patología del menor facilitando su vida y dignidad.

Que se le orden a Cajacopi EPS, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, convoque a una junta médica para valorar la necesidad del servicio de enfermera para el niño Wilson de Jesús García Márquez.

Que se prevenga a la entidad CAJACOPI EPS, para que en lo sucesivo procure acatar las normas constitucionales, atendiendo los criterios de inmediatez, celeridad y eficiencia sin menos acabar los derechos de los niños.

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El *iudex a quo* finalmente con sentencia de 12 de diciembre de 2019, tuteló los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y la vida digna del menor Wilson de Jesús García Márquez, frente a CAJACOPI EPS.

Y en consecuencia ordenó a CAJACOPI EPS, Representada por Marelvis Caro Cueva, Coordinadora Cesar y/o quien haga sus veces, para que dentro del término de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la comunicación de este fallo, que someta a valoración domiciliaria de un grupo interdisciplinario de médicos, de la red de servicios de la entidad, la necesidad que tiene el menor WILSON DE JESUS GARCÍA MÁRQUEZ, del uso de la SILLA DE RUEDAS CAMA HOSPITALARIA, SERVICIO DE ENFERMERIA Y SERVICIO DE TRASNPORTE DESDE SU LUGAR DE RESIDENCIA Y HASTA EL LUGAR DE ATENCIÓN MEDICA, y se ordenen estos servicios de forma inmediata, siempre que se concluya que es la alternativa adecuada para tratar la patología del paciente. En caso que sea contraria la conclusión, que se le brinde un plan alternativo, adecuado y efectivo para su diagnóstico médico PARÁLISIS CEREBRAL INFANTIL, ATRASO PSICOMOTOR Y DESNUTRICIÓN PROTEINOCALORICA SECUNDARIA, con seguimiento de la EPS, brindándole los procedimientos, medicamentos y/o tratamientos y demás servicios médicos que sean prescritos por el médico tratante estrictamente para el efecto, sin que haya lugar a exenciones alegando que no está incluido en el Plan de Beneficios en salud PBS.

Al considerar que la falta de suministro de los servicios de salud prescritos en este caso por médico tratante a la E.P.S., y resultan insuficientes los argumentos expuestos por la accionante pues no aporta al expediente la orden o prescripción actualizada de los servicios en salud que solicita, además, la madre del menor es una persona de escasos recursos económicos, cabeza de hogar, le es difícil solventar los gastos que genera el tratamiento de la patología que padece su hijo, por ende la carencia de recursos para trasladar al paciente desde su residencia al lugar donde le realizan las terapias obligan a que este interrumpa el tratamiento, situación que se traduce en el desmejoramiento de su salud y su calidad de vida, escenario que se maximiza porque el niño tiene parálisis cerebral, lo que impide su movilidad física, siendo necesario el uso de la silla de ruedas de la cual evidentemente carece.

#### **FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:**

Dentro del término legal, CAJA DE COMPEMSACIÓN FAMILIAR CAJACOPI ATLÁNTICO, impugnó el fallo de primera instancia dentro del término legal para alegar lo siguiente:

Alega que el fallo de tutela es incierto, por lo que no determina de manera clara, ni precisa, a que se refiere en cuanto todos los servicios médicos que requiera, como tampoco hace referencia a ninguna patología en específica a la entidad se le hace difícil acatar la decisión.

Solicitan que en el evento de confirmarse la decisión de tutelar los derechos fundamentales al actor, se modifique el fallo en el sentido de referirse expresamente a los servicios negados por la entidad, es decir, al suministro de transporte, debido a que el procedimiento ordenado por su despacho ya fue autorizado en cumplimiento a la admisión de tutela y del fallo de tutela de primera instancia.

Solicitan que se desvincule a CAJACOPI EPS, de la presente acción de tutela, toda vez que les impone una carga que se encuentra en cabeza directa y por mandato legal, en el Ente Territorial competente, en este caso la Secretaria de Salud Departamental del Cesar.

Así mismo solicitan la nulidad de la sentencia para que se le notifique como manda la ley y por ende, piden que no se emita revisión de fondo de la sentencia respecto de la acción de tutela por no haberse respetado el debido proceso.

En virtud de lo anterior, solicita que se revoque el fallo de primera instancia y se decrete la nulidad de todo lo actuado.

#### **CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:**

6

Reiteradamente han venido sosteniendo los Jueces y Tribunales que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Magna y desarrollada por el Decreto 2591 del 91, es un mecanismo judicial de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados generalmente, por autoridad pública o de un particular en los términos que señala la ley. Se trata de una acción que presenta como características fundamentales la de ser un mecanismo inmediato o directo para la debida protección del derecho constitucional fundamental violado; y la de ser subsidiaria, esto es, que su implantación solamente resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial.

De lo anterior se colige que la acción de tutela sólo procede para amparar derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o en casos especiales por particulares, cuando estos tengan entre sus funciones la prestación de servicios públicos o cuando entre accionante y accionado exista una relación de subordinación o indefensión.

De acuerdo con la impugnación promovida, el problema jurídico a resolver se reduce a establecer, ¿si la decisión de primera instancia está ajustada a los lineamientos normativos y jurisprudenciales para haber otorgado el amparo a los derechos fundamentales al actor?

Sobre el tema la Corte Constitucional se ha pronunciado en **Sentencia T-510/13, la cual ha manifestado lo siguiente:**

**Los derechos de las personas en situación de discapacidad a la seguridad social, la salud y la vida en condiciones dignas. Reiteración de jurisprudencia.**

“En múltiples pronunciamientos esta corporación ha analizado la seguridad social y la salud, particularmente a partir de lo estatuido en los artículos 48 y 49 superiores, catalogados en el acápite de los derechos sociales, económicos y culturales; no obstante, a la salud, como parte fundamental de la seguridad social, se le ha reconocido expresamente su carácter de derecho fundamental en sí mismo, ubicado como un mandato cardinal del Estado social de derecho.

Así, se ha ensamblado un sistema conformado por entidades y procedimientos dirigidos a procurar una cobertura general, ante las contingencias que puedan afectar el bienestar orgánico y psíquico de los seres humanos, que se erige y garantiza con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, buena fe, continuidad y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> T-128 de febrero 14 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

En virtud de ello, la Corte Constitucional ha asumido que la acción de tutela es un medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir judicialmente respeto al derecho a la salud, especialmente frente a grupos poblacionales que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta (inciso final art. 13 Const.), entre los que están los menores de edad, cuyos derechos tienen preeminencia (art. 44 ib.) y las personas en situación de discapacidad. De tal manera ha indicado<sup>2</sup>:

*"El criterio anterior ha sido complementado y precisado por la propia jurisprudencia, en el sentido de señalar que, tratándose de personas que por sus condiciones de debilidad manifiesta son sujeto de especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47), la salud tiene el alcance de un derecho fundamental autónomo, sin que surja la necesidad de demostrar conexidad alguna con otros derechos de tal rango, para efectos de disponer su protección constitucional a través de la acción de tutela."*

Ese enfoque fue posteriormente desarrollado en términos como los siguientes<sup>3</sup>:

*"... la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando pelagra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas..."*<sup>4</sup>

*En conclusión, la Corte ha señalado que todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales."*

Bajo ese entendido, el ámbito de protección al derecho a la salud no solo cubija la garantía de la mera existencia física de la persona, sino que se proyecta a la parte psíquica y afectiva del ser humano. Así, la jurisprudencia constitucional ha establecido la procedencia de la acción de tutela para amparar este derecho, cuando se identifica la "falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios"<sup>5</sup>.

Con relación a los servicios no incluidos en el POS, esta Corte ha decantado los criterios que permiten verificar en cada escenario, cuando

---

<sup>2</sup> T-420 de mayo 24 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>3</sup> T-144 de febrero 15 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández

<sup>4</sup> "Sobre el tema particular, consultar las sentencias: T-1384 de 2000, T-365A de 2006, entre muchas otras."

<sup>5</sup> T-999 de octubre 14 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

7

se configura para una entidad de salud la obligación de autorizar un servicio no incluido en plan obligatorio de salud y, por ende, cuando la negativa a suministrarlo viola el derecho de acceso a los mismos<sup>6</sup>:

*"(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) con necesidad el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo."*

**Con respecto que resolvió la corte:**

"Recuérdese que el joven Marco Steven Jiménez Fajardo padece, entre otras severas afecciones, parálisis cerebral y retardo global del desarrollo, siendo palmaria la necesidad de paliar su condición, dotándole de instrumentos idóneos, como incuestionablemente lo es la silla de ruedas apropiada a su contextura, que permita el desplazamiento sin tener que llevarlo en brazos.

En cuanto a la penuria referida por María Mercedes Fajardo Letrado, viuda desde octubre 15 de 2007 (f. 22 ib.), con dos hijos menores de edad a cargo (uno de ellos Marco Steven), merece plena credibilidad, no solo por la presunción de buena fe y de veracidad, derivada esta de la falta de respuesta de Famisanar (art. 20 D. 2591 de 1991), sino por la humana inferencia de que, si tuviera cómo, ya le habría suministrado a su hijo la silla anhelada.

De otra parte, la evidencia de la situación de discapacidad, refrendada con la copia de la historia clínica y las fotografías, y la carencia de medios propios para desplazarse, al igual que la supremacía del derecho material, con la prevalencia emanada de la minoridad, suple con creces la falta de la prescripción médica, sobre algo que es un indispensable aditamento mecánico.

En consecuencia, será revocado el fallo proferido en junio 29 de 2012 por el Juzgado 31 Penal del Circuito de Bogotá, mediante el cual revocó el dictado en abril 23 del mismo año por el Juzgado 27 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, que acertadamente había concedido la tutela pedida por la señora María Fajardo Letrado, en representación de su hijo menor de edad Marco Steven Jiménez Fajardo, cuyos derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida digna deben ser amparados.

En tal virtud, se ordenará a Famisanar EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, suministre a Marco Steven Jiménez Fajardo, por conducto de la señora María Mercedes Fajardo Letrado o quien ella indique, la orden para que le entreguen la silla de ruedas a la medida y con las especificaciones que se deriven de las condiciones especiales en las que se halla el

---

<sup>6</sup> T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

referido menor de edad, a quien además la EPS accionada le seguirá prestando el tratamiento integral que requiera"

**Protección especial a niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad. Reiteración de jurisprudencia Sentencia T-116A/13:**

En apropiado desarrollo de la preceptiva constitucional, el derecho a la salud ha sido definido como fundamental en sí mismo, lo cual es particularmente claro tratándose de niños, niñas y adolescentes, teniendo carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, por expresa disposición de la carta, cuyo artículo 44 enumera como **derechos fundamentales de los niños** "la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social", indicando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de "asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos".

Adicionalmente, en cuanto a las personas en situación de discapacidad, el artículo 47 de la Constitución ordena al Estado adelantar "una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran", lo cual deja en evidencia el propósito concreto del constituyente de promover la recuperación y la protección especial de quienes padecen disminuciones, incentivando así el ejercicio real y efectivo de la igualdad, de la que también gozan por expreso reconocimiento en el artículo 13 de la carta<sup>7</sup>.

Ahora bien, como respaldo al tratamiento especial del derecho fundamental *per se* a la salud de niños, niñas y adolescentes, existen varios instrumentos jurídicos internacionales que les otorgan estatus de sujetos de protección especial, entre los cuales se puede destaca

**Concluye la Corte en lo siguiente:**

"Bajo el anterior lineamiento, este tribunal constitucional ha sido consecuente en pro de quienes se encuentran en situación de retardo mental o déficit cognitivo, que están por ende en adicional vulnerabilidad y dificultad para ejercer sus derechos fundamentales, en tanto su particular realidad dista de la de congéneres que disfruten de aptitudes físicas naturales suficientes para participar activamente en sociedad y hacer valer sus derechos personalísimos, con mayor probabilidad de que les sean respetados.

Ahora bien, cuando es un niño quien padece tales condiciones, la protección constitucional especial de la que es destinatario se enfatiza en sus características inalienables, al concurrir las condiciones físicas que pueden dificultar el ejercicio de sus derechos fundamentales, con la prevalencia debida y la mayor exigencia para el Estado, la sociedad y la familia de asistirlo y protegerlo, en procura de un apropiado desarrollo.

---

<sup>7</sup> Cabe recordar que el artículo 13 superior ordena al Estado la protección especial de las personas que por sus condiciones físicas o mentales se hallan en condiciones de debilidad manifiesta: "... El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha señalado, sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes en alguna circunstancia de discapacidad, que "la situación de indefensión propia de su edad y condición agrega la derivada de su defecto psíquico y, por consiguiente, plantea a la sociedad la máxima exigencia de protección. La Constitución impone, consciente de esta circunstancia, deberes concretos a los padres, docentes, miembros de la comunidad y autoridades públicas, que se enderezan a la ayuda y protección especial al menor disminuido físico o mental, de modo que se asegure su bienestar, rehabilitación y se estimule su incorporación a la vida social"<sup>8</sup>.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para realzar la protección que debe otorgarse a niños, niñas o adolescentes, más aún si están en situación que les genere discapacidad, en tanto es patente la debilidad en que se encuentran, que amerita una protección especial que, de no otorgarse, conllevaría a la consolidación de inaceptable desigualdad, proscrita en la preceptiva superior"

Adicionalmente, la Alta Corporación guardiana de la constitución, ha manifestado en **Sentencia T-519/14**, lo siguiente:

*"preciso resaltar que varios de los casos anteriormente enunciados, comparten situaciones comunes: primero, el médico tratante formuló un medicamento o tratamiento que se requería para garantizar la vida digna e integridad física de los accionantes; segundo, las entidades prestadoras de salud se negaron a suministrarlo debido a que no se encontraba contemplado en la lista del Plan Obligatorio de Salud; y tercero, los actores alegaron no tener la capacidad económica suficiente para acceder por ellos mismos a lo prescrito por el médico"*.

Sobre la base de aquellas situaciones la Corte construyó, con el paso del tiempo, criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señaló los siguientes:

*"a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante"*.

*"Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio "requerir con necesidad", que antes de la sentencia T-760 de 2008, no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS*

<sup>8</sup> Cfr. T-298 de junio 30 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

cuando encontraba que era "requerido" por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente, y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de "necesidad" del paciente".

Posteriormente, la Corte aclaró que "requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará, 'requerir con necesidad'". En ella, aclaró el concepto de "requerir" y el de "necesidad". Respecto al primero señaló que se concretaba en que "a) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y c) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Sobre el segundo dijo que (...) alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadoras), y adicionalmente, no puede acceder a lo ordenado por su médico tratante a través de otro plan distinto que lo beneficie."

"El criterio de la necesidad acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia T-760 de 2008, adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional. A ello se refirió este Tribunal cuando precisó que:

"toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona."

#### **Del suministro de servicios no POS y de pañales desechables sin orden médica - Sentencia T-226/15:**

En varias oportunidades esta Corporación ha manifestado que, por regla general, cuando una prestación se encuentra excluida del plan de coberturas, el usuario deberá adquirirla con cargo a su propio peculio, pues de esta manera se asegura el equilibrio financiero del sistema. Sin embargo, la jurisprudencia de este Tribunal también ha inaplicado dicha regulación y ha ordenado la entrega de servicios por fuera del POS, cuando su falta de reconocimiento por parte de una entidad promotora de salud tiene la entidad suficiente de comprometer la eficacia y la intangibilidad de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema, en respuesta básicamente al criterio de necesidad.

Precisamente, en la **Sentencia T-760 de 2008**, se señaló que: "toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo", siempre que la persona no tenga la capacidad económica para asumir su costo.

Para determinar aquellos casos concretos en los que la entidad promotora de salud deberá otorgar la prestación requerida, aun cuando se encuentre excluida del POS, esta Corporación ha establecido los siguientes requisitos, los cuales, como ya se dijo, fueron igualmente reiterados en la reciente **Sentencia C-313 de 2014**:

“(i) [Que] la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;

(ii) [Que] el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;

(iii) [Que] el interesado no pueda costearlo directamente, (...) y [que] no pueda acceder a [dicho] servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y

(iv) [Que] el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio”.

Por lo demás, en lo que respecta al suministro de pañales desechables, la Corte ha indicado que por tratarse de un servicio expresamente excluido del POS, es necesario que se acrediten los requisitos previamente expuestos. No obstante, en algunos casos excepcionales, se ha ordenado su entrega sin prescripción médica, cuando las circunstancias ameritan que se autorice su suministro, siempre que se cumplan con estos dos requisitos:

(i) Que se evidencie la falta de control de esfínteres, derivada de los padecimientos que aquejan a la persona, o la imposibilidad de ésta para moverse sin la ayuda de otra. De comprobarse esta afectación, los pañales serían el único elemento apropiado para garantizar la calidad de vida del paciente.

(ii) Que se pueda probar que tanto el paciente como su familia no cuentan con la capacidad económica para sufragar el costo de los pañales desechables.

En consecuencia, en aras de garantizar el derecho a la vida digna de los pacientes que demandan el suministro de pañales desechables, se ha autorizado excepcionalmente su entrega sin orden médica, cuando la persona padece de alguna enfermedad que evidencie la necesidad de su suministro y el solicitante y su familia se encuentran en condiciones económicas precarias, con miras a poder sufragar su costo”.

**SOLUCION DEL CASO CONCRETO**

Para comenzar, la respuesta al problema jurídico es de carácter positivo puesto que el amparado es un niño de tan solo 03 años de edad, con diagnóstico de ASFIXIA PERINATAL SEVERA CON HIPOXIA, PARALISIS CEREBRAL, ATRASO PSICOMOTOR Y DESNUTRICIÓN PROTEICOCALORICA SECUNDARIA, por ende, su discapacidad no acceder a esos servicios de salud, su calidad de vida, su salud e integridad física, estarían en riesgo.

En el caso sub examine, de acuerdo a las pruebas aportadas con la presentación de la tutela, se percibe que **(i) WILSON DE JESUS GARCÍA MARQUEZ**, tiene 03 años de edad, (Fol. 18) que **(ii)** tiene diagnosticado ASFIXIA PERINATAL SEVERA CON HIPOXIA, PARALISIS CEREBRAL, ATRASO PSICOMOTOR Y DESNUTRICIÓN PROTEICOCALORICA

SECUBDARIA, (Fol. 18) que (iii) está afiliado a CAJACOPI EPS a través del régimen subsidiado (Fol. 24).

Así tenemos que el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud, con el establecimiento de políticas para la prestación del servicio y el ejercicio de una vigilancia y control de las mismas. De ahí que el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho subjetivo fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad el Estado.

En principio, "se consideró que el alcance del derecho a la salud se limitaba a su órbita prestacional, de ahí que su materialización era programática y progresiva y su desarrollo dependía de las políticas públicas implementadas para su ejecución a través de actos legislativos o administrativos. Posteriormente, fue reconocido jurisprudencialmente como un derecho fundamental cuando su amenaza o vulneración afecta otras garantías superiores como la vida. A continuación, se determinó que todos los derechos de la Carta son fundamentales al conectarse con los valores cuya protección, el legislador primario, pretendió elevar "a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución".

Además, mediante la Sentencia T-760 de 2008, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo *"en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna."* Por su parte el legislador mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en su artículo 2° reconoció que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

Así entonces, la salud al ser un derecho fundamental, puede ser protegido mediante la acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los afectados son sujetos de especial protección constitucional.

Posteriormente, el artículo 8° de la Ley 1751 de 2015 señaló la necesidad de garantizar el tratamiento integral a quienes, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, les hubiese sido negado el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye suministrar *"todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no"*. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir *"prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad"*.

El tratamiento integral implica la obligación de no fraccionar la prestación del servicio, por lo que está conexo con el principio de continuidad, que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, obliga a prestar los servicios de salud de modo adecuado e ininterrumpido. Para tal efecto, las entidades de salud deben actuar con sujeción al principio de solidaridad, de modo que los

10

trámites administrativos no sean un obstáculo en la prestación de sus servicios y los mismos sean brindados de forma coordinada y armónica.

Por tanto, es deber del Estado y de las entidades prestadoras del servicio público de salud asegurarles a los afiliados al sistema la continuidad en el tratamiento, cuidado y manejo de su enfermedad, siempre y cuando, con su retiro, se ponga en riesgo su calidad de vida e integridad. Además, la protección referida se refuerza en el principio de integralidad que enmarca el sistema y que supone que a los pacientes se les debe brindar la totalidad del tratamiento médico que demande su patología, en la buena fe, en la confianza legítima y en la eficiencia<sup>9</sup>.

Bajo la misma línea, el literal f) del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, establece que el Estado está en la obligación de implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral de los derechos consagrados en la Carta Política para las niñas, niños y adolescentes. Estas medidas deben encontrarse formuladas por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años. A su vez, el artículo 11 de la referida ley reconoce como sujetos de especial protección a los niños, niñas y adolescentes, mujeres embarazadas, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, adultos mayores, **personas que padecen enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, cuya atención no podrá ser limitada o restringida por razones de naturaleza administrativa o económica**<sup>10</sup>.

De acuerdo a la situación fáctica jurídica se denota que se trata de un menor de edad que goza de especial protección constitucional, máxime cuando se trata de una persona con esa patología de Hipoxia cerebral, lo cual indica que aun merece la atención por parte de Juez de Tutela, pues se vislumbra en las historias clínicas que obran a folio del 18 al 23 del expediente que el menor agenciado tiene: ASFIXIA PERINATAL SEVERA CON HIPOXIA, PARALISIS CEREBRAL, ATRASO PSICOMOTOR Y DESNUTRICIÓN PROTEICOCALORICA SECUBDARIA, esto significa que el menor tiene una doble connotación especial, primera, que es un niño de tres (03) años de edad y, la segunda, tiene un discapacidad por la enfermedad diagnosticada.

Así entonces, está probado la patología del menor y las condiciones en la que se encuentran, aún más que perteneciendo en el régimen subsidiado en salud, goza de esa presunción de carecer de los recursos económicos para que sus padres costeen dicho servicio. Empero, la justificación de la entidad accionada que siendo objetiva, no puede pasar por alto las condiciones en la que se encuentra el menor protegido, puesto que siendo servicios excluido del PBS, sin embargo, la no tenencia de esa silla de rueda, cama hospitalaria, servicio de enfermería y servicio de transporte, desmejora las condiciones de vida y salud del menor agenciado y además, su condición de vida y salud habla por sí solo, es decir, aunque no hay prescripción médica, a todas luces se avizora que

---

<sup>9</sup> Sentencia T - 016 de 2017.

<sup>10</sup> Sentencia T - 196 de 2018.

son servicios de salud que son esenciales para la rehabilitación y vida del menor.

Cabe resaltar que la madre del menor es cabeza de familia, y actualmente se encuentra desempleada y además de ello, está afiliada a CAJACOPI EPS a través del régimen subsidiado, por lo anterior se denota que la situación económica de la madre del menor WILSON DE JESUS, no es la mejor, pues, por la simple y llana razón de encontrarse en el sistema de salud subsidiado eso da por lógica de pensar que según la jurisprudencia son familiar vulnerables, que se presume la ausencia de recursos económicos, inclusive, le asisten el principio de la buena fe, hechos este que no fue desvirtuado por la entidad accionada.

Ahora bien, si en gracia de discusión el Plan Obligatorio de Salud se encontrara vigente, frente al interrogante de a quién le corresponde la prestación de los servicios No POS, ese Alto Tribunal ha dicho que:

***(...) cuando se refiere al suministro de servicios médicos excluidos del POS del Régimen Subsidiado, la obligación principal, esto es, su satisfacción directa, recae principalmente en el Estado, dada la precaria situación económica y social en la que se encuentra la población afiliada a dicho régimen. Las normas que se refieren a la responsabilidad del Estado en las prestaciones de los servicios no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, son el Decreto 806 de 1998 y la Ley 715 de 2001. Del análisis de las mismas se derivan las obligaciones directas de las entidades territoriales de i) informarle al paciente el procedimiento que debe seguir para recibir la atención que requiere; ii) de indicarle de manera específica la institución encargada de prestarle el servicio y iii) de acompañarlo en el proceso que culmine con el efectivo acceso a los servicios de salud. En armonía con lo anterior, jurisprudencialmente a la EPS- se le ha impuesto la obligación de acompañar al paciente y coordinar con las entidades públicas o privadas con las que el Estado tiene convenio para el efectivo suministro de los requerimientos excluidos del POS. En todo caso, y cuando la afectación del derecho a la salud exija medidas urgentes, la EPS-S, de manera excepcional, tiene el deber de garantizar el procedimiento requerido, manteniendo ésta la facultad de recobrar al Estado los gastos en que incurra por la prestación del servicio no POS. La exigencia a la EPS-S del suministro de los servicios de salud excluidos del POS que requiere sus afiliados, se deriva precisamente de la relación contractual que tiene con el paciente, la que implica que su recuperación se encuentra bajo su cuidado y su responsabilidad, más aún cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional, y también cuando en el caso de las personas afiliadas al régimen subsidiado, éstas se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y pobreza<sup>11</sup>. (Negrillas fuera de texto).***

Así las cosas, en uno y otro evento (Existiendo o no POS) es la EPS-S quien debe asumir directamente la prestación del servicio, ello con la finalidad de propender porque el/la paciente sea

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-115 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

11

atendido sin dilaciones y de forma inmediata para dar garantía a sus derechos fundamentales constitucionales.

Así entonces, así como lo consideró el juez de instancia la silla de rueda, la cama hospitalaria, el servicio de enfermería y el transporte para acudir a los servicios de salud, son de vital importancia para el mejoramiento de la salud y el desarrollo de la vida del menor, pues, a todas luces, al tener parálisis cerebral da cuenta que no depende por sí mismo, sino de un tercera persona, en este caso de su señora madre, por lo que no es de recibió que la EPS, coloque barreras de índole administrativas y económicas para garantizarle los servicios de salud que requiere el menor.

Así las cosas, para este juez de tutela no cabe duda sobre la protección especial constitucional al menor, de no ser así se le estaría vulnerado derechos fundamentales como a la Dignidad Humana, su Salud, el libre de Desarrollo a su Integridad Física, su Vida y además su derecho a la igualdad, por lo tanto, estos derechos citados deben de ser protegidos de manera inmediata y ordenar el cese de la vulneración a la entidad accionada.

Ahora con respecto a la nulidad de la sentencia alegada por la parte accionada, tenemos que el auto que admitió la tutela le fue notificado mediante oficio No. 45321 de fecha 29 de noviembre de 2019, al correo electrónico de la entidad, tal como se puede observar a folio 32 y 33, posteriormente, observamos que la entidad contestó los hechos de la acción de tutela, (fol. 34 al 38) por lo tanto, no podría hablarse de nulidad alguna, puesto que fue notificada y se le garantizó el debido proceso derecho de defensa y contradicción, por ende, no habría nulidad alguna, porque fue debidamente notificada y como prueba de ello, se pronunció sobre los hechos.

Por lo anterior, los argumentos del escrito de impugnación se respetan, sin embargo, no se comparte, pues es deber de éste Juez Constitucional velar por la protección de los derechos fundamentales de un menor de edad, aún más cuando se trata de una persona con Hipoxia Cerebral.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta las jurisprudencias citadas, la patología de WILSON DE JESUS GARCÍA MÁRQUEZ y la historia clínica, por lo tanto, es dable de proteger los derechos fundamentales del menor representado, así como lo puntualizó el juez fallador, aún más, por tratarse de una persona de especial protección, dada a la patología que actualmente padece, por ende, se comparte los argumentos de la sentencia de primera instancia y se procede a confirmar íntegramente la misma.

Finalmente, resulta pertinente destacar que para el recobro -cuando hay lugar a él, existe un trámite de orden administrativo, por lo que no es obligatorio para el juez de tutela ordenarlo en la sentencia que concede el amparo<sup>12</sup>. De manera que, este mecanismo de

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional Sentencia T-760 de 2008.

protección constitucional no tiene por fin obviar el trámite legal administrativo de cobro que deben hacer las EPS y EPSS, a la Secretaría de Salud Departamental, ni al Fosyga y/o ADRES cuando tengan derecho a éste, empero no es del resorte del fallador constitucional disponerlo así en la resolución del caso.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO:** CONFIRMAR la sentencia adiada 12 de Diciembre de 2019, de 2019, proferida Juzgado Segundo Civil Municipal de Valledupar, Cesar, por la motivaciones antes expuestas.

**SEGUNDO:** NOTIFÍQUESE a las partes de esta providencia por el medio más expedito.

**TERCERO:** En consecuencia, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, envíese el expediente la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GERMÁN DAZA ARIZA

JUEZ