



JUZGADO SEGUNDO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE
BUCARAMANGA

Bucaramanga, veintitrés (23) de junio de dos mil veintidós (2.022)

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO No. 680014105002-2022-00207-00

ACCIONANTE: JENNIFER YOHANA GALLEGO ROJAS identificada con C.C 1.098.645.805 actuando en representación de su menor hijo DANIEL JOSUE ALVARADO GALLEGO

ACCIONADA: SANITAS EPS

VINCULADO: ASOCIACION SANTANDEREANA PRO NIÑO RETARDO MENTAL – ASOPORMEN

ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. ASUNTO A DECIDIR

En desarrollo del Art. 86 de la Carta política y de conformidad con el procedimiento consagrado en el Decreto 2591 de 1991, procede el Despacho a resolver lo que en Derecho corresponda respecto a la **Acción de Tutela** instaurada por la señora **JENNIFER YOHANA GALLEGO ROJAS**, identificada con C.C 1.098.645.805, actuando en representación de su menor hijo **DANIEL JOSUE ALVARADO GALLEGO**, en contra de **SANITAS EPS** y **ASOCIACION SANTANDEREANA PRO NIÑO RETARDO MENTAL – ASOPORMEN**, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y justas, a la seguridad social y a la integridad física.

HECHOS

Manifestó la agente oficiosa que su menor hijo actualmente se encuentra diagnosticado con **DISTROFIA MUSCULAR**, **RINOFARINGITIS AGUDA** y **SOPLOS CARDIACOS**.

Indicó que el médico tratante adscrito a la EPS, prescribió como plan de manejo para sus patologías: **terapia física integral**, **terapia ocupacional integral** y **terapia fonoaudiológica integral**.

Informó que el menor debe acudir a terapias los días martes, jueves y viernes en la sede de ASOPORMEN ubicada en la ciudad de Bucaramanga, lo cual genera una situación sumamente compleja ya que el agenciado y la agente oficiosa no cuentan con la capacidad económica suficiente para sufragar los gastos de transporte para acudir a las terapias ordenadas por el médico tratante.

Manifestó que para acudir a las terapias se han visto en la necesidad de recurrir a la caridad de familiares y amigos cercanos, ya que no cuentan con la capacidad física para llevar a cabo ejercicio laboral alguno, que les permita sufragar los gastos derivados de un transporte cotidiano, por lo que encuentran una talanquera para el acceso a los servicios de salud.

PETICION

La accionante solicitó tutelar los derechos fundamentales invocados y ordenar a las accionadas:

“PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales constitucionales a la SALUD, VIDA EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS, SEGURIDAD SOCIAL Y INTEGRIDAD FISICA, con carácter fundamental autónomo, en condición de discapacidad. Para que con esto tenga derecho a la ATENCIÓN INTEGRAL que mi hijo requiera de manera permanente debido a su patología que presenta, por parte de SANITAS E.P.S.

SEGUNDO: Ordenar a SANITAS E.P.S, que suministre de manera urgente ATENCIÓN INTEGRAL PERMANENTE DEBIDO A LA PATOLOGIA QUE PRESENTA DANIEL JOSUE ALVARADO GALLEGO , en donde solicito:

A) SALUD, VIDA EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS, SEGURIDAD SOCIAL Y LA INTEGRIDAD FISICA; DERECHO AL SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS QUE SE REQUIERA, CITAS MEDICAS CON ESPECIALISTA, REALIZACIÓN DE EXAMENES SIN QUE DEBA CANCELAR NINGUN COPAGO, EXONERACIÓN DE COPAGOS POR CONCEPTO DE HOSPITALIZACION, CUOTAS DE RECUPERACION Y PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TRASPORTE – PARA EL TRASLADO DE REALIZACIÓN DE TERAPIAS (De MARTES a VIERNES en los horarios establecidos en los (documentos adjuntos)

TERCERO: Ordenar a SANITAS E.P.S que GARANTICE LO SOLICITADO DE MANERA PERMANENTE (es decir que no haya demora) suministro transporte para los traslados a efectos de ejecución de terapias ida y vuelta, realización de exámenes sin que deba cancelar ningún copago, copagos por concepto de hospitalización, cuotas moderadoras de recuperación y cualquier tipo de expensa que la E.P.S imponga como talanquera a la prestación del servicio. Para

*evitar presentar tutela por cada evento, solicito **ORDENAR QUE LA ATENCIÓN SE PRESTE EN FORMA INTEGRAL** es decir todo lo que requiera en forma **PERMANENTE y OPORTUNA***

***CUARTO:** Que se exonere de todo pago por cualquier concepto de servicio de salud prestado para atender su condición en materia de salud, es decir, copagos o cuotas de recuperación.”*

ACTUACIÓN JUDICIAL

Una vez asumido el trámite se admitió la acción de tutela mediante auto de fecha 09 de junio de 2022, corriéndose traslado a las accionadas a fin de que dentro de los dos (2) días siguientes al recibo de la respectiva comunicación se pronunciaran al respecto.

Contestación de las accionadas.

SANITAS EPS, procedió a dar contestación oportuna al requerimiento y en su lugar indicó que el menor DANIEL JOSE ALVARADO GALLEGO, se encuentra afiliada a la EPS SANITAS S.A.S., en calidad de beneficiario amparado (hijo) del señor PEDRO ANTONIO ALVARADO SOLER, en calidad de cotizante independiente con un ingreso base de cotización de \$1.795.532.00.

Manifestó que ha realizado todas las gestiones pertinentes para garantizar el suministro de los servicios médicos requeridos por el menor DANIEL JOSE ALVARADO GALLEGO, quien no cuenta con una orden médica del prestador adscrito a EPS SANITAS S.A.S, que haya ordenado el servicio de transporte, por lo cual considera que no ha vulnerado o amenazado sus derechos fundamentales. Señaló que los usuarios del sistema general de seguridad social en salud tienen una carga de solidaridad que, en casos como éste, exige que por sí mismos o a través de sus familiares, asuman los gastos de desplazamiento a los lugares donde se brinda la atención médica, sin debilitar los recursos del sistema, pues estos son limitados y deben cubrir el requerimiento de la totalidad de los afiliados.

Respecto al cobro de copagos y cuotas moderadoras, manifestó que las entidades promotoras de salud, prestan el plan de beneficios en salud por delegación del Estado, por lo que deben cumplir con la normativa que al respecto emita, lo que permite inferir que no puede eximir a sus usuarios de la responsabilidad de cancelar las cuotas moderadoras o copagos, reglamentados por el consejo nacional de seguridad social en salud.

En relación con el tratamiento integral, señaló que no existe orden médica alguna que la conmine a otorgar determinado servicio médico como tratamiento

integral a favor del agenciado y se trata de una solicitud basada en hechos futuros, aleatorios y no concretados en violación a derecho fundamental alguno, motivo por el cual resulta a todas luces, improcedente, máxime cuando no se le ha negado servicio alguno.

ASOPORMEN, no allegó pronunciamiento pese a haber sido notificada.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

De la legitimación en la acción de tutela

Uno de los requisitos para analizar de fondo la procedibilidad de la acción de Tutela corresponde a la legitimación tanto por la parte accionante para interponer la acción que es equivalente a la legitimación por activa, la legitimación de la parte accionada para asumir el conocimiento de la situación que se suscita por la parte actora o legitimación por pasiva, como la legitimación del juez para conocer de las presentes diligencias.

De la legitimación del Juez de conocimiento para asumir el conocimiento de las diligencias.

La acción de tutela se estableció en el artículo 86 de la actual Constitución Política de 1991, como el medio más expedito y rápido para hacer cesar las acciones u omisiones que vulneran o amenazan un derecho fundamental; pero, se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, es decir, sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares.

En este evento la queja va dirigida contra **SANITAS EPS** y **ASOPORMEN** y frente al artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 y Artículo 1 Decreto 1983 de 2017, se advierte claramente que es procedente esta acción contra esta entidad, siendo este Despacho competente para resolverla al ser un asunto de competencia municipal y estar legitimado para conocer del asunto que nos ocupa.

De la legitimación por activa.

En el presente caso concurre la señora **JENNIFER YOHANA GALLEGO ROJAS** actuando en representación de su menor hijo **DANIEL JOSUE ALVARADO GALLEGO** siendo por tanto necesario que el representante legal del menor, en este caso su madre actúe en defensa de sus derechos fundamentales de su hijo,

lo que habilita a la señora **JENNIFER YOHANA GALLEGO ROJAS** para incoar esta acción constitucional.

De la legitimación por pasiva.

La parte pasiva en el presente tramite se encuentra conformada por **SANITAS EPS** y **ASOPORMEN** de manera tal que al ser estas entidades responsables de la prestación de los servicios de salud objeto del presente tramite, se encuentran legitimadas por pasiva para emitir un pronunciamiento al respecto.

De la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela

El artículo 86 del Decreto 2591 de 1991 indica la naturaleza subsidiaria de la acción de Tutela, la cual procede por regla general solo cuando se han agotado los medios legales pertinentes.

Ahora bien, de conformidad con lo señalado en Sentencia C-132 de 2018, con Magistrado Ponente: Dr. ALBERTO ROJAS RIOS:

“El inciso tercero de este artículo consagra el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se trata de una condición de procedibilidad del mecanismo concebido para la adecuada y eficaz protección de los derechos fundamentales. En desarrollo del artículo 86 superior, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991, establece que la acción de tutela será improcedente cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

(...)

La Corte ha reiterado, entonces, que la acción de tutela procede cuando se han agotado los mecanismos de defensa judicial ordinarios; sin embargo, existen situaciones en las que puede demostrarse la ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable, razón por la que resulta urgente la protección inmediata e impostergable por parte de las autoridades correspondientes para evitar la afectación de un bien jurídicamente protegido. Sobre esta materia recientemente la Corporación ha expresado:

“En este sentido, la Corte ha determinado que la acción de tutela no procede como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, evento en el que el juez de tutela únicamente podrá suspender la aplicación del acto administrativo mientras se surte el respectivo proceso ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículos 7 y 8 del Decreto 2591 de 1991).¹

De conformidad con lo anterior, se tiene que en este último evento, la persona que solicita el amparo deberá demostrar de forma suficiente la necesidad de la medida para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, cuyos elementos han sido fijados por la jurisprudencia constitucional de la siguiente manera: (i) que se esté ante un perjuicio inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; (iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.”²

4.10. Como se observa, desde sus inicios hasta la actualidad la Corte Constitucional ha enseñado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, según sus pronunciamientos a pesar de la existencia de otros mecanismos judiciales llamados ordinarios es posible acudir al medio excepcional previsto en el artículo 86 superior, como ocurre cuando se trata de actos administrativos bien sean éstos subjetivos o de carácter impersonal, siempre y cuando los instrumentos judiciales comunes u ordinarios no cumplan con los criterios de eficacia e idoneidad requeridos para la adecuada protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.”

Así las cosas, al encontrarnos frente a los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, se torna comprensible que la parte actora hubiere acudido de forma primigenia a la acción de Tutela con miras a procurar la defensa de los derechos fundamentales del menor **DANIEL JOSUE ALVARADO GALLEGO** quien es una persona vulnerable que requiere mayor protección que otras, al ser menor de edad y dado a la condición de salud en la que se encuentra en la actualidad.

De la inmediatez en la acción de tutela

En Sentencia T-246 de 2015 Magistrado Ponente: MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ se analiza el criterio de inmediatez en la acción de tutela determinando lo siguiente:

*La Sentencia **SU-961 de 1999**³ dio origen al principio de la inmediatez, no sin antes reiterar, como regla general, que la posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que esta no tiene un término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez constitucional, en principio, no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo...*

A partir de estas consideraciones, la Sala Plena infirió tres reglas centrales en el análisis de la inmediatez. En primer término, la inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. En segundo lugar, la satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto⁴. Finalmente, esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental.

(...)

Empero, la acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual⁵.

En ese orden de ideas, de acuerdo con las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional y las interpretaciones garantistas efectuadas sobre este principio, no se desprende la imposición de un plazo terminante para la procedencia del amparo, sino uno razonable y prudente que debe ser verificado por el juez, de acuerdo a las circunstancias fácticas y jurídicas que rodean cada caso en concreto, máxime si el establecimiento de un plazo perentorio para interponer la acción de tutela implicaría el restablecimiento de la caducidad, con efectos contraproducentes sobre principios que inspiran la filosofía de la Constitución de 1991, tales como: i) el acceso a la administración de justicia; ii) la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; iii) la autonomía e independencia judicial; iv) la primacía de los derechos de la persona y; v) la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales.

(...)

*Del anterior recuento jurisprudencial, la Sala Octava concluye que no existe un término establecido como regla general para interponer la acción de tutela, ni siquiera cuando se trate de tutelas contra providencias judiciales. Así, el requisito de la inmediatez deberá ser abordado desde la discrecionalidad y autonomía judicial, con el fin de que cada juez evalúe si la solicitud fue presentada dentro de un plazo razonable y proporcional, toda vez que, “...en algunos casos, **seis (6)***

meses podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de 2 años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso”⁶.

Visto lo anterior, queda claro para este fallador que la parte actora cumple a cabalidad con el criterio de inmediatez al haberse interpuesto la acción de Tutela dentro de un término prudencial respecto de la ocurrencia de la afectación a los derechos fundamentales de los cuales se invoca su protección.

Marco Jurídico Internacional Del Derecho A La Salud

En el ámbito internacional, al Estado colombiano le asiste multiplicidad de obligaciones. Estas se derivan de los siguientes declaraciones y normas internacionales: en principio se encuentra la carta de constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1946 y en la que se definió la salud como un completo estado de bienestar y el goce al grado máximo como derecho fundamental sin discriminación y se señaló además que su contenido implica la lucha contra la desigualdad, el sano desarrollo de la infancia y una política de estado, que implemente medidas socio-sanitarias, de promoción y protección a la salud.

En segundo lugar, está la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 que en su artículo 25 numeral 1, contempla que todas las personas tienen derecho a un nivel de vida adecuado en alimentación, vivienda, vestido, servicios sociales y de asistencia médica. También planteó que los principios rectores del derecho a la salud son la igualdad y la universalidad.

Asimismo, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales, y Culturales (PIDESC), adoptado en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas e integrado a la legislación nacional mediante la Ley 74 de 1968, es la principal herramienta del derecho internacional del derecho fundamental a la salud, pues en dicha Ley estableció los compromisos estatales respecto a esta prerrogativa y se definieron como objetivos; la reducción de mortandad infantil, el mejoramiento de higiene del trabajo y medio ambiente, la prevención y tratamiento de enfermedades y la asistencia médica y servicios.

En la misma línea se encuentra la Observación General 14 de agosto de 2000, adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que desarrolla el deber de los Estados Partes de garantizar el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y establece la interdependencia del derecho a la salud con otros derechos humanos.

Es importante resaltar que en ella se crean para los estados partes tres tipos de obligaciones principalmente: **(i) el respeto**, que implica la abstención por parte

del Estado de limitar el acceso universal y equitativo a bienes y servicios en salud; (ii) **la protección**, que consiste en garantizar el acceso igual a servicios previstos por el Estado y por terceros, la provisión de mecanismos judiciales para evitar y reparar las trasgresiones, entre otros y finalmente, (iii) **la satisfacción**, que conlleva el acceso igual a factores determinantes básicos de la salud, la disponibilidad equitativa de servicios en el territorio nacional y la adopción de medidas legislativa.

Marco Jurídico Regional En América Sobre El Derecho A La Salud

En el caso de América, se encuentran los siguientes instrumentos vinculantes para el Estado Colombiano: para comenzar, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 en la que reconoce el derecho a la preservación de la salud, acompañado de medidas socio- sanitarias y destaca dentro de los derechos sociales la salud; en segundo lugar, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) de 1969, en ella el derecho a la salud se encuentra dentro del marco de compromisos de los Estados Parte de garantizar derechos derivados de las normas económicas, sociales y de educación contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos, e igualmente se resalta, el Protocolo de San Salvador adicional a la CADH, que consagra en su artículo 10 el derecho universal a la salud y establece medidas para su realización por los Estados Partes, con énfasis en la asistencia primaria.

Marco Jurídico Constitucional El Derecho A La Salud consagrado en el artículo 49 de la Carta Superior y su desarrollo jurisprudencial por la Corte Constitucional

El derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política que señala: *“la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”*.

La Corte Constitucional ha desarrollado el derecho fundamental a la salud¹ y lo ha definido como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”*². Es decir, este derecho comprende los aspectos biológico y mental del ser humano y debe ser garantizado en condiciones de dignidad, puesto que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales³.

Es por lo anterior, que la Corte de manera reiterada ha establecido que *“las personas vinculadas al Sistema General de Salud independiente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garantice un servicio de*

salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad y con la posterior recuperación; por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones dignidad”⁴.

Insistente ha sido la jurisprudencia constitucional al establecer que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que necesite, independientemente de si ellos se encuentran o no en el plan de salud o si la entidad a la que corresponde su prestación o suministro cuenta o no con los mecanismos para ello⁵.

En razón a esto, el máximo tribunal constitucional ha establecido cuatro premisas de cuando resulta vulnerado el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico cuando no se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud, estas son: **(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)** *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.*

Sentencia Estructural del Derecho a la Salud T-760 de 2008⁶ proferida por la Corte Constitucional

Esta sentencia de Tutela se refirió con suficiente claridad al carácter *ius fundamental* del derecho a la salud, al considerar que se trata de un derecho que garantiza o asegura la dignidad humana y que, por tanto, debe ser concebido como un estado completo de bienestar físico-mental y social del más alto nivel posible dentro de cada Estado, conforme al alcance fijado en los pactos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, según el artículo 93 de la Constitución.

Sin embargo, a propósito del reconocimiento de la fundamentalidad de ese derecho, también se señaló que ello no significa que todos los aspectos cobijados por éste sean objeto de la acción de tutela, como quiera que los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, que pueden ser limitados conforme a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad fijados por la jurisprudencia constitucional. De modo, que la posibilidad de exigir el

cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables.⁷

De ahí que en la sentencia T-1182/08⁸ se precisó que, cuando se pretende la inaplicación de las normas legales o reglamentarias que rigen el sistema de salud, únicamente podrá acudir al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional⁹ y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

Marco Jurídico Legal -Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se reguló el Derecho Fundamental a la Salud-

En su artículo 2 esta Ley estableció que el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual. Además señala que éste derecho comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. Así mismo determina, que el Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas.

El servicio de transporte como medio de acceso a la salud.

Sobre este particular la tesis de la Corte Constitucional ha venido variando, teniendo en cuenta los cambios que el Ministerio de Salud y Protección Social implementa mediante sus Resoluciones, es de resaltar que la mayoría de estas resoluciones tienden a brindar mayor protección a los usuarios del SGSSS. En cuanto al servicio de transporte, en Sentencia T-309 de 2018, conforme al artículo 121 de la Resolución 5269 de 2017 se explica que será concedido *“(i) en los eventos de patologías de urgencia, desde el lugar donde ocurrió la misma hasta una institución hospitalaria, (ii) cuando el paciente deba trasladarse entre instituciones prestadoras del servicio de salud –IPS- dentro del territorio nacional, a fin de recibir la atención médica pertinente no disponible en la institución remitora; esto aplica independientemente de si en el municipio la Entidad Promotora de Salud -EPS- o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial o (iii) en caso de requerirse atención domiciliaria, según lo prescrito por el médico tratante”* y cuando *“(i) La falta de recursos económicos por parte del paciente y sus familiares no les permitan asumir los mismos y (ii) de no prestarse tal servicio se genere un obstáculo que ponga en peligro la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente.*

Pese a esto, no se hace claridad sobre la procedencia o no del cubrimiento de los gastos de transporte que se generen por trasladarse dentro del mismo municipio a citas periódicas y constantes; sin embargo, en Sentencia T-032 del mismo año se indicó que *“En principio, el transporte, fuera de los eventos anteriormente señalados, correspondería a un servicio que debe ser costeado únicamente por el paciente y/o su núcleo familiar. No obstante, en el desarrollo Jurisprudencial se han establecido unas excepciones en las cuales la EPS está llamada a asumir los gastos derivados de este, ya que el servicio de transporte no se considera una prestación médica, pues se ha entendido como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, visto que en ocasiones, al no ser posible el traslado del paciente para recibir el tratamiento médico ordenado, se impide la materialización del derecho fundamental.”*

Entonces, es claro que existen supuestos, como los mencionados, donde la normatividad vigente no contempló dichas situaciones, lo cual no significa que el sistema de salud, en atención a los elementos de la integralidad y la accesibilidad definidos en la Ley 1751 de 2015, no brinde la cobertura para el traslado del paciente, por cuanto se torna imperativo para la preservación de su vida y no pueden existir obstáculos en garantizar el derecho fundamental a la salud¹.

Ante estos eventos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que al juez de tutela le compete entrar a analizar la situación fáctica que se le presenta, pues se deben acreditar las reglas establecidas por este Tribunal como requisito para amparar el derecho y trasladar la obligación a la EPS de asumir los gastos derivados del servicio de transporte², a saber:

*(...) que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.*³

Precedente Constitucional que nos permite evidenciar que no todos los casos deben ser tratados bajo la misma regla directa, el Juez está en la labor de verificar si la patología del solicitante es merecedora de un tratamiento preferencial, y en consecuencia, tomar las decisiones que a bien considere para garantizar los medios para que pueda acceder al servicio de salud.

De igual manera, para que proceda el amparo constitucional cuando se requiere el servicio de transporte para un acompañante, se debe analizar: (i) si el paciente es totalmente dependiente de un tercero para sus desplazamientos, (ii) si

¹ Ver sentencia T-384 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa

² Sentencia T-039 de 2013.

³ Sentencia T-154 de 2014.

requiere de atención permanente que garantice su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas, y (iii) que ni el paciente ni su núcleo familiar cuenten con recursos suficientes para financiar el traslado.

Ahora bien, en cuanto a la capacidad económica del afiliado la Corte ha señalado que cuando este afirma que no cuenta con los recursos para asumir los servicios solicitados, lo cual puede ser comprobado por cualquier medio, incluyendo los testimonios, se invierte la carga de la prueba. Por consiguiente, es la EPS la que debe entrar a desvirtuar tal situación, en la medida en que cuenta con las herramientas para determinar si es verdadera o no.⁴

Así las cosas, si bien el ordenamiento prevé los casos en los cuales el servicio de transporte se encuentra cubierto por el PBS, existen otros eventos en los que, pese a encontrarse excluidos, el traslado se torna de vital importancia para poder garantizar la salud de la persona, por consiguiente, el juez de tutela debe analizar la situación particular, a fin de evidenciar si ante la carencia de recursos económicos tanto del afectado, como de su familia, sumado a la urgencia de la solicitud, es obligatorio para la EPS cubrir los gastos que se deriven de dicho traslado, en aras de evitar imponer barreras u obstáculos a la garantía efectiva y oportuna del derecho fundamental a la salud⁵

Respecto a la **EXONERACIÓN DE CUOTAS MODERADORAS, CUOTAS DE RECUPERACIÓN Y COPAGOS**, la H. Corte Constitucional ha emitido variadas providencias, resaltando que pese a que estos recursos ayudan a la sostenibilidad del sistema, de ninguna manera se puede convertir en una barrera de acceso al servicio de la salud, tal como se advierte en la Sentencia T-762 de 2013 con Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA:

“De acuerdo con la jurisprudencia estudiada, la Corte ha establecido que los pagos moderadores por los servicios de salud persiguen un fin constitucionalmente legítimo, como es aquel consistente en buscar un equilibrio financiero del sistema y en esa medida, garantizar mayor cobertura y mejor servicio. Sin embargo, también ha estimado que en algunos eventos, estos cobros pueden convertirse en una barrera para el acceso y disfrute del derecho fundamental a la Salud. Esta situación se presenta cuando la persona carece de capacidad económica y como tal no puede asumir los costos del tratamiento médico que necesita. En esos casos, constituye una violación al derecho fundamental de salud supeditar la realización de un procedimiento médico al pago del valor del servicio. Por tanto, en esas circunstancias debe exonerarse al paciente del pago de los procedimientos que requiere.

⁴ Ver Sentencia T-048 de 2012, entre otras.

⁵ Sentencia T-148/16

Ahora bien, por su parte, en materia probatoria, basta con la afirmación del tutelante consistente en la ausencia de capacidad económica para que opere una presunción de hecho que invierte la carga de la prueba en cabeza de la entidad encargada de prestar el servicio (entidad que cuenta con la información económica del paciente). Cuando eso ocurre, es ella quien debe demostrar que el paciente, y por tanto desvirtuar la presunción, puede asumir los costos del servicio requerido.”

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, la señora **JENNIFER YOHANA GALLEGO ROJAS**, acude a la presente acción constitucional con el objetivo de que se amparen los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y justas, a la seguridad social y a la integridad física de su menor hijo y en consecuencia se ordene (i) suministro de transportes para acudir a las sesiones de terapia ordenadas por su médico tratante (ii) exoneración de copagos y cuotas moderadoras y (iii) tratamiento integral para la patologías que padece.

Como prueba de los hechos que fundamentan la pretensión de tutela, se allegó con la presente demanda, copia de la historia clínica del menor, orden medica expedida por el médico tratante y certificación expedida por la coordinadora del servicio de neurorehabilitacion Asopormen.

Por su parte SANITAS EPS, emitió pronunciamiento a través del cual indicó que el menor DANIEL JOSE ALVARADO GALLEGO, se encuentra afiliado a la EPS SANITAS S.A.S., en calidad de beneficiario amparado (hijo) del señor PEDRO ANTONIO ALVARADO SOLER, en calidad de cotizante independiente con un ingreso base de cotización de \$1.795.532.00.

Manifestó que ha realizado todas las gestiones pertinentes para garantizar el suministro de los servicios médicos requeridos por el menor DANIEL JOSE ALVARADO GALLEGO, quien no cuenta con una orden médica del prestador adscrito a EPS SANITAS S.A.S, que haya ordenado el servicio de transporte, por lo cual considera que no ha vulnerado o amenazado sus derechos fundamentales. Señaló que los usuarios del sistema general de seguridad social en salud tienen una carga de solidaridad que, en casos como éste, exige que por sí mismos o a través de sus familiares, asuman los gastos de desplazamiento a los lugares donde se brinda la atención médica, sin debilitar los recursos del sistema, pues estos son limitados y deben cubrir el requerimiento de la totalidad de los afiliados.

Respecto al cobro de copagos y cuotas moderadoras, manifestó que las entidades promotoras de salud, prestan el plan de beneficios en salud por delegación del Estado, por lo que deben cumplir con la normativa que al

respecto emita, lo que permite inferir que no puede eximir a sus usuarios de la responsabilidad de cancelar las cuotas moderadoras o copagos, reglamentados por el consejo nacional de seguridad social en salud.

En relación con el tratamiento integral, señaló que no existe orden médica alguna que la conmine a otorgar determinado servicio médico como tratamiento integral a favor del agenciado y que trata de una solicitud basada en hechos futuros, aleatorios y no concretados en violación a derecho fundamental alguno, motivo por el cual resulta a todas luces, improcedente, máxime cuando no se le ha negado servicio alguno.

Ahora bien, con base en la jurisprudencia vigente para el asunto que nos ocupa, corresponde a este Despacho determinar si en efecto proceden las pretensiones invocadas por la parte accionante.

Siendo así una vez revisado en detalle el expediente se puede evidenciar que **(i)** el menor **DANIEL JOSE ALVARADO GALLEGO** padece de **DISTROFIA MUSCULAR, RINOFARINGITIS AGUDA y SOPLOS CARDIACOS**, patologías que no le permiten valerse por sí mismo y de no realizarse su tratamiento se estaría vulnerando su derecho fundamental a la salud y la vida digna como consecuencia de no garantizar el medio para acceder al mismo **(ii)** El agenciado debe trasladarse desde su casa hasta la IPS prestadora del servicio de salud para cumplir con las sesiones de terapia física, ocupacional y fonoaudiológica ordenadas por su médico tratante ; **(iii)** ni el agenciado, ni su núcleo familiar cuentan con los recursos económicos suficientes para sufragar los gastos que genera trasladarse tres veces a la semana a las sesiones de terapia; situación que no fue desvirtuada por la parte accionada y por lo tanto debe presumirse su veracidad; **(iv)** De no realizarse las terapias ordenadas por el médico tratante el derecho a la salud y la vida digna del agenciado podría verse vulnerado, como consecuencia de no garantizar el medio para acceder a los servicios requeridos para su tratamiento.

Por lo anterior, se ordenará a **SANITAS EPS** que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a autorizar y garantizar a favor del menor **DANIEL JOSE ALVARADO GALLEGO** y un acompañante el servicio de transporte desde su lugar de residencia hasta el centro médico en donde se le realizan las sesiones de terapia de física, ocupacional y fonoaudiológica ordenadas por su médico tratante, para lo cual deberán informar a la señora **JENNIFER YOHANA GALLEGO ROJAS**, los trámites y procedimientos internos que la EPS exige para el cubrimiento de dichos gastos.

Respecto a la petición de exoneración de copagos, cuotas moderadoras y cuotas de recuperación se observa que en el escrito de tutela se afirmó por parte de la madre del menor que el núcleo familiar no contaba con los recursos para sufragar esos costos, y aunado a ello, la entidad accionada no allegó elementos

que permitiesen concluir una situación contraria; pese a que le correspondía la carga de probar la capacidad económica, según lo ha apuntado la vigía de la Constitución:

“(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario”⁶

Como la entidad accionada no desvirtuó la falta de capacidad económica de la parte actora para asumir el costo de los copagos, cuotas moderadoras y de recuperación, por ende, no ofreció medios de convicción que probarán o exhibieran recursos en cabeza de ésta. En consecuencia, no queda otro camino que exonerarlo del pago de cuotas moderadoras o copagos que se requieran para la prestación de los servicios de salud por parte de la EPS para las patologías que presenta el menor.

Por tanto, se ordenará a **SANITAS EPS**, que proceda a exonerar al menor **DANIEL JOSUE ALVARADO GALLEGO** del cobro de copagos y cuotas moderadoras o cualquier otro concepto que se le fijen con ocasión de la prestación de los servicios médicos que requiere en atención de las patologías denominadas **DISTROFIA MUSCULAR**, **RINOFARINGITIS AGUDA** y **SOPLOS CARDIACOS**.

Igualmente, en el asunto bajo examen, se aprecia la necesidad de que el menor **DANIEL JOSUE ALVARADO GALLEGO** reciba un tratamiento continuo y oportuno para la curación de las patologías denominadas **DISTROFIA MUSCULAR**, **RINOFARINGITIS AGUDA** y **SOPLOS CARDIACOS**, dada su condición de manifiesta vulnerabilidad, en razón a su edad; por tanto, es de vital importancia que reciba una atención integral y célere para salvaguardar su vida y su integridad, la que será ordenada en el presente proveído en aras de efectivizar la especial protección que se merece en materia de salud. Lo anterior bajo la consideración que nos encontramos dentro de un Estado Social de derecho, que propende por la protección de derechos fundamentales y la materialización y realización de un bienestar social para todos sus asociados más tratándose de poblaciones protegidas constitucionalmente.

Por último, no habrá lugar acceder a la pretensión de recobro al ADRES incoada por la accionada, teniendo en cuenta que este es un trámite administrativo que debe ser realizado directamente por la EPS, sin que sea competencia del Juez de Tutela entrometerse en estos procedimientos interinstitucionales.

⁶ Sentencia T-225 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Por lo anteriormente expuesto, **EL JUZGADO SEGUNDO LABORAL DE PEQUEÑAS CAUSAS DE BUCARAMANGA**—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del menor **DANIEL JOSUE ALVARADO GALLEGO** identificado con NUIP 11.097.127.861, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR a **SANITAS EPS** que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a autorizar y garantizar a favor del menor **DANIEL JOSE ALVARADO GALLEGO** y un acompañante el servicio de transporte desde su lugar de residencia hasta el centro médico en donde se le realizan las sesiones de terapia de física, ocupacional y fonoaudiológica ordenadas por su médico tratante, para lo cual deberán informar a la señora **JENNIFER YOHANA GALLEGO ROJAS**, los trámites y procedimientos internos que la EPS exige para el cubrimiento de dichos gastos.

TERCERO: EXONERAR al menor **DANIEL JOSUE ALVARADO GALLEGO** del cobro de copagos y cuotas moderadoras o cualquier otro concepto que se le fijen con ocasión de la prestación de los servicios médicos que requiere en atención de las patologías denominadas **DISTROFIA MUSCULAR, RINOFARINGITIS AGUDA** y **SOPLOS CARDIACOS**.

CUARTO: ORDENAR a **SANITAS EPS** que tan pronto sea notificada de esta sentencia, proceda a brindar tratamiento integral al menor **DANIEL JOSUE ALVARADO GALLEGO** para las patologías denominadas **DISTROFIA MUSCULAR, RINOFARINGITIS AGUDA** y **SOPLOS CARDIACOS**, de conformidad con la parte considerativa de la sentencia.

QUINTO: NEGAR la solicitud de recobro ante el **ADRES** incoada por la accionada **SANITAS EPS**.

SEXTO: NOTIFICAR esta providencia al tutelante en forma personal y en su defecto a más tardar el día siguiente mediante oficio; y a los entes accionados a más tardar al día siguiente mediante oficio, y si no es impugnado envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

El juez,

CRISTIAN ALEXANDER GARZON DIAZ

JUEZ

Firmado Por:

**Cristian Alexander Garzon Diaz
Juez
Juzgado Pequeñas Causas
Laborales 02
Bucaramanga - Santander**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **db24083160ac2c3b2dc7b95938b182d0da0d21f6d5ef1d207020653165025fbd**

Documento generado en 23/06/2022 04:44:49 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**