PROCESO: IMPUGNACIÓN TUTELA
RADICACIÓN: 08001-4053-002-2023-00858-01
ACCIONANTE: SHEYLYN VIZCAINO ARENAS con CC N. 1140879143 como agente oficioso de su menor hija MILA CARRASCAL VIZCAINO.
ACCIONADO: SANITAS E.P.S.
DERECHO: SEGURIDAD SOCIAL.

Barranquilla, veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a decidir acerca de la impugnación a que fue sometido el fallo de tutela de fecha diecisiete (17) de enero de dos mil veinticuatro (2024), proferido por EL JUZGADO SEGUNDO (02) CIVIL MUNICIPAL ORAL DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por SHEYLYN VIZCAINO ARENAS con CC N. 1140879143 como agente oficioso de su hija MILA CARRASCAL VIZCAINO, en contra de SANITAS E.P.S., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y seguridad social consagrados en la Constitución Nacional; y en el cual se concedió el amparo solicitado.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la parte accionante, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. La Accionante manifiesta que la niña MILA CARRASCAL VIZCAÍNO, se encuentra afiliada a SANITAS ESP, con diagnóstico de MICROCEFALIA Y RETARDO DEL DESARROLLO, TRASTORNO DE LA CONDUCTA. Por lo que le prescribieron TRATAMIENTO DE REHABILITACIÓN INTEGRAL, CON TERAPIAS DE FONOAUDIOLOGÍA, TERAPIA OCUPACIONAL, TERAPIA FÍSICA Y TERAPIA DE PSICOLOGÍA.

2. Son personas de escasos recursos económicos, teniendo que transportarse en vehículo público para poder asistir a las terapias de rehabilitación, presentando dificultad para movilizarse, alteración y ansiedad en el comportamiento, y por la condición de salud del paciente necesita transporte adecuado.

3. La accionante solicitó a SANITAS EPS, autorización de lo expuesto en los hechos anteriores, el cual fue negado, afectando la salud y calidad de vida de la menor MILA CARRASCAL VIZCAÍNO, teniendo en cuenta la patología y por ser persona vulnerable, por lo que sus derechos deben ser prevalentes.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende que *"…Ordenar a SANITAS EPS, a la brevedad posible AUTORIZAR AL PACIENTE Y ACOMPAÑANTE TRANSPORTE PARA ASISTIR A LAS TERAPIAS DE REHABILITACIÓN, prescritas por el médico tratante, no solo en el presente, sino también en el futuro, hasta que su patología lo genere, para mejorar su calidad de vida, evitar perjuicio en la salud. EN CONSECUENCIA, DE LO ANTERIOR ORDENAR*

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

A SANITAS EPS, la entrega de medicamentos, realización de valoraciones y Continuar con el Tratamiento que requiera y demás tratamientos alternativos, que se consideren pertinentes en el tiempo si así lo necesitase de acuerdo a su patología…"

IV. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida el primero (01) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), por EL JUZGADO SEGUNDO (02) CIVIL MUNICIPAL ORAL DE BARRANQUILLA, ordenándose la notificación de la accionada, a fin de que se pronunciara sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela.

EPS SANITAS S.A.S., a través de MARÍA ROSA LACOUTURE PEÑALOZA, en su calidad de Gerente Regional manifestó: *"…las afirmaciones dispuestas en la presente acción constitucional carecen de cualquier sustento jurídico o fáctico que den cabida a tutelar el derecho que alega el accionante y que presuntamente se está vulnerando por dicha entidad, toda vez que, como se observa en los hechos de la tutela, la supuesta vulneración bajo ninguna circunstancia encuentra su origen en alguna actuación u omisión a ella exigible. Que, al efectuar el análisis y validación del sistema de información, se evidencia que la menor MILA CARRASCAL VIZCAÍNO, se encuentra en estado de afiliación activo en el régimen contributivo. Que, la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A le ha brindado todas y cada una de las prestaciones médico - asistenciales que ha requerido debido a su estado de salud, lo cual se ha efectuado a través de un equipo multidisciplinario, y acorde con las respectivas órdenes médicas emitidas por los galenos tratantes. Que, respecto al servicio de transporte, es de suma importancia que el Honorable Despacho tenga en cuenta que la paciente no cuenta con orden médica para el servicio, pues no resulta posible para la EPS SANITAS SAS, autorizar la prestación de servicios médicos que no han sido prescritos resaltando que conforme a lo preceptuado en el Resolución 2808 de diciembre de 2022 se trata de servicios no PBS. Que, no es posible para EPS SANITAS SAS garantizar la cobertura conforme lo establece la normatividad legal vigente. Que no demuestra carencia de recursos económicos para cubrir los servicios pretendidos en esa solicitud, por lo tanto, no se evidencia un perjuicio irremediable que comprometa el derecho a la salud, por cuanto el servicio pedido NO es inherente al servicio de salud. Que, los gastos de transportes no corresponden a servicios médicos por lo que la EPS no puede incurrir en desvió de los recursos del sistema de salud, es por ello que deben ser soportados por su grupo familiar, por lo cual, el ordenar a la EPS cubrir este tipo de servicios, se estaría incurriendo a un mal uso de los limitados recursos del SGSSS. Que, en caso de pretenderse el suministro de tratamiento integral, sin que se cuente con orden o prescripción médica, consideran que no se puede presumir que, en el futuro EPS SANITAS SAS, vulnerará o amenazará los derechos fundamentales ya que la pretensión elevada es referente a hechos que no han ocurrido y se ignora si ocurrirán. Que para la programación de los de servicios, ya sean citas, procedimientos quirúrgicos, toma de muestras y en general. Que, NO EXISTE ORDEN MÉDICA ACTUAL CONOCIDA O RADICADA Y QUE HAYA SIDO EXPEDIDA POR EL MÉDICO TRATANTE ADSCRITO A EPS SANITAS SAS. Que, NO existe derecho constitucional fundamental amenazado o vulnerado a la menor MILA CARRASCAL VIZCAÍNO, pues se le ha autorizado las valoraciones con médicos especialistas y los medicamentos requeridos para el manejo de su patología, pero frente a la autorización del servicio de transporte, NO es obligación de la EPS SUMINISTRARLOS. Que, la señora SHEYLYN VIZCAÍNO ARENAS en calidad de Agente Oficiosa de la señora MILA CARRASCAL VIZCAÍNO presuntamente solicita, conceder el tratamiento integral. No obstante, no allega al despacho prueba siquiera sumaria de las órdenes médicas desatendidas por esta EPS, por lo cual, resulta a todas luces improcedente lo pretendido, ya que no se tiene pleno conocimiento y exacto de lo ordenado por el galeno tratante, así es menester resaltar que la carga probatoria le corresponde a las partes, quienes en el curso del procedimiento deberán acreditar de manera eficiente y veraz los hechos que invocan a su favor para de esta manera lograr la prosperidad de cada una las pretensiones…"*

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

Posterior a ello, el diecisiete (17) de enero de dos mil veinticuatro (2024), se profirió fallo de tutela, concedió el amparo de los derechos depuestos, por lo que fue impugnada y por reparto correspondió su conocimiento a esta agencia judicial.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo proferido el diecisiete (17) de enero de dos mil veinticuatro (2024), por EL JUZGADO SEGUNDO (02) CIVIL MUNICIPAL ORAL DE BARRANQUILLA, decidió conceder el amparo de los derechos depuestos por la parte accionante, en ocasión a que: *"…Así las cosas, si bien el ordenamiento prevé los casos en los cuales el servicio de transporte se encuentra cubierto por el POS, 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 derive n de dicho traslado, en aras de evitar imponer barreras u obstáculos a la garantía efectiva y oportuna del derecho fundamental a la salud. Atendiendo a lo anterior, en relación con la solicitud de la prestación del servicio de transporte para el traslado de la menor MILA CARRASCAL VIZCAÍNO, y demás insumos que logren garantizar una vida digna y continuar con el tratamiento integral que requiere se evidencia que el menor reside con sus padres en la CARRERA 75 NO. 78 75 BARRIO EL PARAISO, de esta ciudad (Tal y como se indica en la historia clínica del menor, y la IPS TRABAJEMOS JUNTOS IPS SAS, donde recibe tratamientos, se encuentra ubicado en la CALLE 56 No. 44 12, DE LA CIUDAD DE BARRANQUILLA, y que dicho transporte se encuentran expresamente excluidos del POS. Sin embargo, se advierte que se tratan de terapias y tratamientos cuya finalidad es la protección de la vida en condiciones dignas y que se cumplen las reglas jurisprudenciales para acceder a los servicios no consagrados en el plan de beneficios. Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, este Juzgado le da una respuesta positiva al problema jurídico estudiado y considera al respecto, que, por la condición de sujeto de especial protección, la menor MILA CARRASCAL VIZCAINO, necesita el tratamiento solicitado, y por lo tanto debe ser ordenado el transporte para el traslado del menor, y su acompañante, a la IPS TRABAJEMOS JUNTOS IPS SAS, UBICADO EN LA CA LLE 56 No. 44 12, EN LA CIUDAD DE BARRANQUILLA, las veces que medicamente las requiera el menor, que está encaminado a preservar su subsistencia en condiciones dignas, por lo que en virtud de ello y con base a los criterios jurisprudenciales enunciados, se concederá el amparo deprecado por el accionante a fin de am parar los derechos invocados…"*

VI. IMPUGNACION

La parte accionada SANITAS E.P.S., manifestó su inconformidad en los siguientes términos: *"…Por las razones antes expuestas, le solicito muy comedidamente señora Juez, se sirva dar trámite a la presente IMPUGNACIÓN y en dicho sentido se declare la improcedencia de la tutela interpuesta por la señora SHEYLYN VIZCAINO ARENAS EN CALIDAD DE AGENTE OFICIOSA DE MILA CARRASCAL VIZCAINO, y en consecuencia decretar el archivo de la misma, toda vez que como quedó EVIDENCIADO SE LE ESTÁN PRESTANDO TODOS LOS SERVICIOS EN SALUD. De manera respetuosa solicitamos que se DENIEGUE la pretensión del suministro de GASTOS DE TRASLADO PARA EL USUARIO Y UN ACOMPAÑANTE hasta que se cuente con orden o prescripción médica. Por los argumentos expuestos, se solicita al Despacho OTORGUE la facultad de recobro a EPS Sanitas S.A.S., los servicios efectivamente prestados que no se encuentran cubiertos por la UPC y que excedan el presupuesto máximo asignado, lo anterior, buscando garantizar la continuidad y acceso a los servicios de salud de la población afiliada. En el evento, en el que el A Quo no haya resuelto favorablemente la solicitud de ADICIÓN, solicitamos al Ad Quem decida de fondo dicha petición…"*

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

VII. PROBLEMA JURIDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿Las accionadas SANITAS E.P.S., han vulnerado los derechos fundamentales a la vida digna, al acceso efectivo a la salud, de la niña MILA CARRASCAL VIZCAINO, al no autorizar y suministrar al menor y a un acompañante el transporte para asistir a las terapias de rehabilitación, citas, valoraciones, consultas, procedimientos médicos y demás prescripciones médicas, no sólo en el presente, sino también en el futuro, hasta que su patología lo genere, para mejorar su calidad de vida, evitar perjuicio en la salud y vida del paciente?

VIII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 y 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1.991 y 1382 del 2.000, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

IX. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 44, 46, 48, 86, de la Carta Política, Decreto 2591 de 1991, Ley Estatutaria de Salud, 1751 de 2015, Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley 100 de 1993; sentencias T-233 de 2012, C-313 de 2014, C-507 de 2004, T-717 de 2011, T-445 de 2017, T-062 de 2017, T-408 de 2011, T-1059 de 2006, T-062 de 2006, T-730 de 2007, T-536 de 2007, T-421 de 2007, T - entre otras.

X. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

DERECHO A LA SALUD

En primer lugar, el artículo 49 de la Constitución se encuentra consagrada la obligación que recae sobre el Estado de garantizar a todas las personas el acceso a la salud, así como de organizar, dirigir, reglamentar y establecer los medios para asegurar a todas las personas su protección y recuperación. De ahí su doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y por otro, un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela.

Al efecto, la Corte, en sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, con M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que:

> *"Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud."*

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud, 1751 de 2015, claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho. En la sentencia C-313 de 2014 al respecto se dijo:

> *"El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado"*

De este modo, la salvaguarda del derecho fundamental de la salud debe otorgarse de conformidad con los principios contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993 en los que se consagran como principios rectores y características del sistema, entre otros, accesibilidad, solidaridad, continuidad, libre escogencia, universalidad y obligatoriedad.

SU CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS.

En lo concerniente a la salud y su amplio alcance, en la sentencia T-659 de 2003 la Corte estimó que este no sólo tiene que ver con el estado de bienestar físico o funcional, sino también con el psicológico, emocional y social de una persona; ya que son todos esos aspectos los que viabilizan el desarrollo de una vida de calidad y también tienen incidencia en el desarrollo integral del ser humano. Por lo anterior, dicha Corporación ha considerado que una decisión que afecte tanto el ámbito funcional como el psicológico, emocional y social sería vulneratoria de los derechos fundamentales de la persona, tales como el de la integridad física, moral y psíquica y a una vida digna.

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

Ahora bien, la Corte también ha desarrollado un concepto amplio del derecho a la vida, pues ha considerado que este no sólo implica "la mera subsistencia biológica", sino también "el reconocimiento y la búsqueda de una existencia digna."[1]

En ese mismo sentido, se enfatizó en que el derecho a la vida digna *"se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna"*.[2]

De lo anterior y teniendo en consideración que el derecho fundamental a la vida ha sido consagrado y garantizado en el preámbulo y los artículos 1, 2 y 11 de la Constitución Política, se puede afirmar que éste no hace referencia exclusivamente a la existencia material, sino también a la posibilidad de ésta sea desarrollada de forma digna.

De este modo, la Corte ha hecho especial énfasis en la importancia que tiene que tanto la reglamentación como la aplicación del Plan de Beneficios en Salud no desconozcan los derechos fundamentales de las personas; situación que podría presentarse en los casos en que una entidad prestadora del servicio de salud hace una interpretación restrictiva de la reglamentación del Plan o cuando se abstiene de autorizar y practicar un procedimiento quirúrgico que tiene la capacidad de afectar directamente la dignidad o vida misma del paciente, argumentando indebidamente que se trata de una intervención excluida del Plan de Salud. Así, cuando una persona instaura una acción de tutela encaminada a lograr su recuperación física y emocional, psicológica o mental, producto de un padecimiento por una afección física, aquella actuación también busca lograr la protección de sus derechos a la integridad personal y a una vida digna.[3]

De allí que pueda colegirse que la salud no sólo involucra el tener un estado de bienestar físico o funcional, pues también debe comprender un bienestar psíquico, emocional y social. Ello, toda vez que todos esos elementos permiten proporcionarle a una persona el desarrollo de su vida en condiciones dignas y de calidad. Es por esto que "*tanto el Estado como los particulares que intervienen en la prestación del servicio público de salud desconocen el derecho constitucional a la salud cuando adoptan una medida que no solo afecta el bienestar físico o funcional de las personas, sino que se proyecta de modo negativo en su bienestar psíquico, social y emocional."*[4]

TRATAMIENTO INTEGRAL EN SALUD.

En virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, *"(…) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan*". Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias.

[1] Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
[2] Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, reiterando la sentencia T-076 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-956 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, entre muchas otras.
[3] Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
[4] Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

Al mismo tiempo ha señalado la Corte Constitucional que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes.

Así, cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS encargada la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el médico tratante prescriba para que el paciente restablezca su salud y mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constante de acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine.

LA ACCIÓN DE TUTELA Y EL CUBRIMIENTO DE SERVICIOS E INSUMOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (HOY PLAN DE BENEFICIOS).

En relación con el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), la Corte Constitucional, ha precisado[5] que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.

Así, el efecto real de tales restricciones se traduce en la necesidad de que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinen a la satisfacción de los asuntos que resultan prioritarios, bajo el entendido de que progresivamente las personas deben disfrutar del nivel más alto posible de atención integral en salud. Bajo este supuesto, la Corte ha admitido que el PBS esté delimitado por las prioridades fijadas por los órganos competentes y así ha negado tutelas, que pretenden el reconocimiento de un servicio excluido del PBS, en la medida que dicha exclusión no atente contra los derechos fundamentales del interesado.

Con todo, las autoridades judiciales constantemente enfrentan el reto de resolver peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o procedimiento excluido del PBS. Este desafío consiste en determinar cuáles de esos reclamos ameritan la intervención del juez constitucional, es decir, en qué casos la entrega de un medicamento que está por fuera del plan de cubrimiento, y cuyo reconocimiento afecta el principio de estabilidad financiera del sistema de salud, es imperiosa a la luz de los principios de eficacia, universalidad e integralidad del derecho a la salud.

[5] Sentencias T-034 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-017 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

Por lo anterior, como lo resaltó la Sentencia T-017 de 2013[6], de lo que se trata es de determinar en qué condiciones la negativa a suministrar una prestación por fuera del PBS afecta de manera decisiva el derecho a la salud de una persona, en sus dimensiones físicas, mentales o afectivas.

Para facilitar la labor de los jueces, la Sentencia T-760 de 2008[7], resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurran las siguientes condiciones:

> *"(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado".*

De hecho, esta sentencia puntualiza, además, que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el PBS, en un caso específico, no implica per se la modificación del Plan de Beneficios en Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que exista un goce efectivo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas.

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del PBS, continuarán excluidos y su suministro sólo será autorizado en casos excepcionales, cuando el paciente cumpla con las condiciones anteriormente descritas. Esto, sin que eventualmente el órgano regulador incluya ese medicamento o servicio dentro del plan de beneficios.

Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección. Así, existen circunstancias en las que, a pesar de no existir órdenes médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el PBS, en razón a que la patología que padece el actor es un hecho notorio del cual se desprende que su existencia es indigna, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece.

INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD.

El artículo 44 de la Constitución Política estableció la preeminencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes respecto de las prerrogativas constitucionales de los demás, ello en atención a sus condiciones de indefensión y vulnerabilidad, las cuales suponen la necesidad de cuidado especial. En ese orden, estos derechos exigen de especial protección dadas las disposiciones previstas tanto en el ámbito internacional como en un Estado Social de Derecho.

Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su numeral 1 del artículo 3 estableció *que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o*

[6] Sentencia T-017 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
[7] Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"; y en el artículo 3-2, determinó que "*los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*".

Asimismo, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 19, estableció que los niños cuentan con una protección específica. En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispuso, en su artículo 24-1, que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere y estas deben ser brindadas, tanto por su familia, como por la sociedad y el Estado.

La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha resaltado la importancia de los derechos fundamentales de los niños. Así, en sentencia C-507 de 2004 señaló que los derechos fundamentales de los niños se tratan de derechos de protección:

> "*Los derechos de protección, a diferencia de los derechos de libertad, garantizan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para protegerlos. Dentro de las primeras se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen movilización de recursos materiales y humanos para impedir, por ejemplo, que la frágil vida e integridad de un niño recién nacido sea maltratada. Dentro de las medidas de carácter normativo se encuentran, entre otras, las reglas de capacidad o las edades a partir de las cuales se pueden realizar ciertas actividades como trabajar y las condiciones en que ello puede suceder. Cabe decir que el titular de un "derecho de protección", puede ser cualquier persona (art. 2, CP), no sólo los "sujetos de protección especial" como niños, discapacitados o adultos mayores. Sin embargo, que la Constitución reconozca un derecho de protección especial a un tipo de sujeto determinado, como sucede con los menores, plantea la cuestión de cuál es el alcance específico de dicho mandato legal de protección, diferente del ámbito de protección del mandato general que cobija a todas las personas (...)*"

En este sentido, en sentencia T-717 de 2011 la Corte recordó que "*…los derechos de protección en contraposición a los de libertad, le imponen al Estado obligaciones de hacer, respecto de la garantía de los mismos. Conforme a esto, se deben adoptar medidas tanto fácticas como normativas para lograr la efectiva salvaguarda de estos derechos*".
En virtud de lo anterior, es necesario adoptar una serie de medidas a fin de garantizar su efectividad. Al respecto también se ha dicho en sentencia T-307 de 2006 y reiterada en la T089-18:

> "*Dentro de las medidas de carácter fáctico, dijo la Corte, se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen la movilización de recursos, tanto materiales como humanos, para impedir que los derechos de los niños sean vulnerados. Dentro de las medidas de orden normativo, existen toda una serie de mandatos dirigidos a establecer normas especiales de protección, como aquellas orientadas a limitar la edad a partir de la cual los niños pueden realizar actividades de índole laboral.*"

Ahora bien, el mismo artículo 44, la Constitución Política estableció, entre otros, los derechos a la seguridad social y a la salud de los menores como derechos fundamentales. Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, dada su condición de sujeto de especial protección, y en relación con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de los Niños, el

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

compromiso de asegurar el más alto nivel posible de salud de los menores responde a que el interés del niño prevalece al momento de resolver cuestiones que le afecten. La Corte, desde sus inicios, estableció que:

> *"(...) el derecho a la salud y a la seguridad social de los niños son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política, lo cual significa para lo que a este asunto interesa, que en ausencia de la específica obligación legal, reglamentaria o contractual de la "cobertura" familiar, por vínculos jurídicos y económicos entre entidades de seguridad social y los trabajadores y empleadores, o ante la falta de cualquiera otro plan o régimen de seguridad social, o de compensación familiar o prestacional, público, privado o mixto, prepagado o subsidiado, directo o indirecto que comprenda a los menores, éstos (sic) tienen el derecho constitucional fundamental de ser atendidos por el Estado en casos de afección a su salud e integridad física, y a gozar de la seguridad social que les brinde la protección integral que haga falta."*

En ese mismo orden, se consideró que supeditar el derecho fundamental de una menor de edad, a un simple trámite administrativo ante un Comité Técnico Científico desplazaba el principio de interés superior de la niña.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que SHEYLYN VIZCAINO ARENAS con CC N. 1140879143 como agente oficioso de su hija MILA CARRASCAL VIZCAINO, instauro acción constitucional contra: SANITAS E.P.S. por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y seguridad social consagrados en la Constitución Nacional.

Lo anterior, en ocasión a que manifiesta que el menor en condición de discapacidad MILA CARRASCAL VIZCAINO, de 6 años, 5 meses y 11 días de edad, tiene un diagnóstico con: "MICROCEFALIA Y RETARDO DEL DESARROLLO, TRASTORNO DE LA CONDUCTA", motivo por lo cual como consta en la orden médica anexa, el medico neurólogo, en su plan para rehabilitarlo prescribió una serie de terapias y se las realizan de lunes a viernes en la IPS TRABAJEMOS JUNTOS IPS SAS ,; y que SANITAS E.P.S., se niega autorizar transporte al menor MILA CARRASCAL VIZCAINO y a su acompañante.

Por su parte indicó SANITAS E.P.S., que la negativa del suministro de transporte obedecen a que se OPONE a las pretensiones de la acción de tutela que nos ocupa, no por capricho de la EPS, sino porque claramente lo solicitado no hacen parte del Plan de Beneficios en Salud, razón por la cual no corresponde solventar a su representada, precisamente por el PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD QUE LE ASISTE A LOS REPRESENTANTES (PADRES) del menor, principio que no es más que los afiliados asuman con su peculio los servicios excluidos del Plan de Beneficios en Salud.

De lo expuesto hasta ahora, deduce el despacho que el problema suscitado en torno a la atención médica del menor en condición de discapacidad, recae exclusivamente en la entidad promotora de salud al negar el servicio de transporte al menor en su condición y un acompañante por cuanto se evidencia por el diagnóstico del paciente, "MICROCEFALIA Y RETARDO DEL DESARROLLO, TRASTORNO DE LA CONDUCTA", trastornos generalizados del desarrollo y trastorno del lenguaje expresivo.

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

En este punto, es de resaltar que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son de naturaleza fundamental y autónoma y tienen un carácter prevalente por expresa disposición del artículo 44 superior, en este sentido, requieren de protección inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional cuando se encuentren amenazados o vulnerados, como se avizora en el caso de marras, teniendo en cuenta que la paciente, es una niña y además de eso se encuentra en estado de vulnerabilidad, en ocasión a su condición de salud, teniendo en cuenta el diagnóstico del paciente, "MICROCEFALIA Y RETARDO DEL DESARROLLO, TRASTORNO DE LA CONDUCTA" el trastorno generalizados del desarrollo y trastorno del lenguaje expresivo que padece.

En oportuno señalar que según los criterios de la jurisprudencia constitucional es procedente el cubrimiento de los gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), en los casos donde se demuestre 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*".

Además, si se comprueba que el paciente es "*totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento*" y que requiere de "*atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas*", está obligación también comprenderá la financiación del traslado de un acompañante.

> *"…5. El cubrimiento de los gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud. Reiteración de jurisprudencia.*
> *El servicio de transporte no es catalogado como una prestación médica en sí. No obstante, se ha considerado por la jurisprudencia constitucional, al igual que por el ordenamiento jurídico, como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, pues, en ocasiones, de no contar con el traslado para recibir lo requerido conforme con el tratamiento médico establecido, se impide la materialización de la mencionada garantía fundamental…"*

De las pruebas evidenciadas en el libelo probatorio, se colige que es usuario en el régimen contributivo y en este momento registra estado activo, documenta que el núcleo familiar del accionante es de escasos recursos económicos, teniendo que transportarse en vehículo público para poder asistir a las terapias, presentando dificultad para movilizarse, alteración y ansiedad en el comportamiento, ya que por la condicionó de salud del paciente, necesita transporte adecuado según diagnóstico, según lo informado en su escrito de tutela, su familia próxima no vive con ellos, así como soportes documentales que sustentan el enunciado de ausencia de ingresos adicionales constantes y fijos, para asumir los gastos de transporte para la realización de las terapias prescritas por el médico tratante.

Existe una regla jurisprudencia que dictamina, le corresponde a la parte accionada desvirtuar la información suministrada por el actor. Es decir, al no haberse obtenido una información contraria a la indicada en la acción de tutela, es decir, una prueba que controvirtiera la manifestación del accionante acerca de la afectación de su derecho al mínimo vital como consecuencia de la negativa de los costos del transporte, surge una verdad probatoria consistente, en el caso concreto, que la accionante y su familia nuclear no cuentan con los recursos para asumir los gastos de transporte, por pertenecer a un grupo poblacional catalogado como vulnerable.

De no efectuarse el suministro del transporte, se puede suspender la asistencia a las terapias prescritas por el médico tratante, se ponen en riesgo la dignidad, y la integridad física del

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

usuario, toda vez que la efectividad del tratamiento para mejorar e identificar el espectro en el que se encuentra, es la constancia y continuidad del tratamiento, en los términos de la prescripción médica.

Ahora bien, corresponde dictaminar a quien debe imponerle la responsabilidad del suministro del servicio de transporte, pues es evidente que, a la luz de los principios de accesibilidad al sistema y solidaridad del mismo, aunque los transportes no estén incluidos dentro del denominado PBS, pero son necesarios para llevar a cabo la terapia del paciente.

De hecho, debe tenerse presente que ha sido por la vía jurisprudencial que se han decantado las múltiples contingencias que se presentan entorno de este servicio y se ha determinado que el mismo deba estar a cargo de dichas entidades cuando se convierta en una barrera de acceso a la prestación efectiva del servicio de salud.

Tratándose de una condición neurológica que compromete su desarrollo sicomotor, es evidente que el accionante requiere una atención periódica, oportuna, continua y especializada para su tratamiento, dada la exposición a múltiples riesgos y complicaciones. En este sentido, pese a que no se dan los presupuestos para asumir que la EPS va a negar otros servicios, es necesario que esta actué de conformidad con los principios desarrollados a lo largo de este fallo.

Es preciso resaltar que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son de naturaleza fundamental y autónoma y tienen un carácter prevalente por expresa disposición del artículo 44 superior, en este sentido, requieren de protección inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional cuando se encuentren amenazados o vulnerados, como se avizora en el caso de marras, teniendo en cuenta que la paciente es una infante y además de eso se encuentra en estado de vulnerabilidad, en razón a su condición de salud, teniendo en cuenta las patologías "MICROCEFALIA Y RETARDO DEL DESARROLLO, TRASTORNO DE LA CONDUCTA".

Como bien lo ha decantado la jurisprudencia constitucional, no es menester que el juez de tutela en su sentencias emita decisión respecto de facultar a las EPS para ir en recobro bien ante el ADRES o bien ante el ente territorial, para reclamar por los gastos en que incurra por suministrar o practicar lo excluido del POS y que legalmente no está obligada, dado que no es requisito para el pago, que el juez de tutela lo haya ordenado, por tanto no es un requisito que el ADRES o el ente territorial, exijan para obtener su reembolso, pues, se repite, las EPS ya están facultadas legal y reglamentariamente para ir en recobro por los gastos en que incurran y que legalmente no estén obligadas a asumir , por lo que mal podría la EPS buscando una facultad judicial de recobro desconocer la facultad legal y reglamentaria que ya tiene para dicho fin y así OBVIAR los trámites ya establecidos para tal fin.

Respecto del recobro, concluye este despacho que las EPS conociendo que pueden autorizar lo no pos y luego acudir a las acciones que el legislador y el ejecutivo les han diseñado para el recobro y no lo hacen, deja ver que tal vez : *a) niegan el servicio no pos solo con la intención de que sea el juez de tutela quien le ordene prestarlo y en consecuencia, SO PRETEXTO de un presunto desequilibrio económico del sector salud la faculte para el recobro, o b) que está más interesada en la facultad judicial de recobro, que en la satisfacción al derecho a la salud de sus usuarios y c) que pretende utilizar la acción de tutela en su beneficio y omitir los trámites legales y reglamentarios para el recobro.*

Por los anteriores argumentos, colige el despacho que no existe otra vía, sino la confirmación del proveído impugnado.

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

XI. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de los hechos y argumentaciones esbozadas anteriormente, procederá el juzgado a confirmar el amparo los derechos depuestos por la parte accionante, en consideración a que, de no asistir la niña a las terapias, citas médicas o exámenes de diagnóstico que sean prescritos por el médico tratante para enfrentar su diagnóstico actual, se pone en riesgo la salud de la paciente, la cual requiere un tratamiento oportuno derivado de la condición médica que padece, la cual afecta su dimensión física y neurológica.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito Mixto de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

1. CONFIRMAR el fallo de tutela de fecha diecisiete (17) de enero de dos mil veinticuatro (2024), proferido por EL JUZGADO SEGUNDO (02) CIVIL MUNICIPAL ORAL DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora SHEYLYN VIZCAINO ARENAS con CC N. 1140879143 como agente oficioso de su menor hija MILA CARRASCAL VIZCAINO RC 1046733232, contra SANITAS E.P.S., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

2. NOTIFÍQUESE está providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.

3. ENVÍESE a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4