



San Andrés, Isla, Cinco (05) de Julio de Dos Mil Veintidós (2022)

RADICACIÓN:	88-001-4003-003-2023-00136-00
REFERENCIA:	ACCIÓN DE TUTELA
TUTELANTE:	MELIZA LORENA BAUQUE ARCHBOLD quien actúa en nombre de su hija menor J.J.Z.B.
TUTELADOS:	SALUD TOTAL S.A, E.S.E HOSPITAL DEPARTAMENTAL, SECRETARIA DE SALUD DE LA GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL.

SENTENCIA No. 00069-2023

1. OBJETO

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela instaurada por la señora MELIZA LORENA BAUQUE ARCHBOLD quien actúa en nombre y representación de su hija menor J.J.Z.B en contra de SALUD TOTAL S.A, E.S.E HOSPITAL DEPARTAMENTAL, SECRETARIA DE SALUD DE LA GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL.

2. ANTECEDENTES

la señora MELIZA LORENA BAUQUE ARCHBOLD quien actúa en nombre y representación de su hija menor J.J.Z.B, interpuso acción de tutela por razón de los hechos que a continuación se sintetizan:

Expresa la accionante que su hija menor J.J.Z.B de dos meses, se encuentra vinculada al régimen subsidiado de SALUD TOTAL S.A., EPS que tiene a cargo sus servicios médicos como menor de edad protegida.

Sostiene que fue necesario ingresarla a urgencia del Hospital Departamental por la progresión de un cuadro clínico viral, así como se observa en el historial médico.

Indica que lleva varios días internada sin que presente mejoría, por lo que el médico tratante determinó que es necesario la hospitalización de UCI PEDIATRICA, servicio de alta complejidad que no se encuentra disponible en la ínsula, por ello, se requiere de intervención especializada de urgencia, remisión en avión ambulancia y el reconocimiento de los servicios complementarios necesarios.

Solicita que el juez de tutela intervenga para que se ejerzan las acciones pertinentes frente a las patologías descritas por el médico tratante en el historial clínico, y se remita a la menor de edad inmediatamente a la ciudad donde la EPS tenga en disposición los servicios médicos necesarios para que se restablezca su restablecimiento de salud.

3. PRETENSIONES

Con fundamento en los anteriores hechos la señora MELIZA LORENA BAUQUE ARCHBOLD quien actúa en nombre y representación de su hija menor J.J.Z.B solicita:

- 3.1. Ordenar a SALUD TOTAL S.A., que se le remita para atención especializada, y se reconozca la estadía, alimentación, transporte aéreo y terrestre interno a favor de la paciente y su acompañante.
- 3.2. Ordenar a SALUD TOTAL S.A., que se autorice el tratamiento integral de todos los servicios incluidos o no en el plan de beneficios y que se necesiten debido al diagnóstico indistintamente de si estos se prestan o no en la isla de San Andrés.
- 3.3. Ordenar a SALUD TOTAL S.A., que a futuro se ABSTENGA de interrumpir el tratamiento que se requiera para la promoción, prevención, paliación, atención de la enfermedad que padezca y en general se ABSTENGA de incurrir en actos omisivos que violen o amenacen el derecho fundamental a la salud, conforme a los hechos que fueron relatados, y en cumplimiento del literal a) del Artículo 10 de la ley 1751 de 2015, derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud, omisiones continuas devenidos de una tutela antecesora.

4. ACTUACIÓN JUDICIAL

Mediante Auto No. 00426-23 de fecha Veintidós (22) de Junio de Dos Mil Veintitrés (2023), se admitió la presente acción de tutela, donde se ordenó comunicarle a la SALUD TOTAL S.A, E.S.E HOSPITAL DEPARTAMENTAL, SECRETARIA DE SALUD DE LA GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL, con el fin de que contestara la presente solicitud y rindiera los informes del caso dentro del término de dos (2) días, de la presente acción.

Así mismo, se accedió a la medida provisional solicitada por la accionante, requiriendo a las accionadas, para que, de manera inmediata, autorizaran y suministrarán la remisión en avión ambulancia de la menor J.J.Z.B a la CLINICA REINA CATALINA, en la ciudad de Barranquilla, dado que de acuerdo a la historia clínica anexa, se vislumbra que la misma acepto la remisión médica, y se le suministren todos los servicios médicos requeridos de conformidad a la patología medica que presenta

El anterior auto fue notificado mediante correo electrónico el día 22 de Junio del año en curso, los soportes de la notificación reposan dentro del expediente electrónico archivo No.06.

5. CONTESTACIÓN A LA ACCIÓN DE TUTELA

La accionada SECRETARIA DE SALUD DE LA GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL contestó la presente acción manifestando que, los servicios y tecnologías de salud que amerite la usuario MELIZA LORENA BAUQUE ARCHBOLD quien actúa en nombre y representación de su hija menor J.J.Z.B. (Sean las incluidas dentro del plan de beneficios de salud o las no financiadas por la UPC del régimen subsidiado a través de la herramienta tecnológica de MIPRES, el cual es un derecho que tienen todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia) deben ser garantizados de manera integral por parte de la Nueva EPS, toda vez que la Resolución 3512 de 2019 y el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019 así la disponen.

Los gastos de alojamiento externo a un centro hospitalario, transporte terrestre, estadía y alimentación (del paciente y acompañante), así como transporte aéreo o de acompañante (exceptuando acompañante de personal de Salud, el transporte aéreo de la paciente (ya sea por vuelo comercial o por transporte aéreo medicalizada) la cobija el plan de beneficios con cargo a la Unidad de Pago per cápita, ya que para el Departamento Archipiélago es diferencial por ser un territorio alejado) no son contemplados en la normatividad vigente como servicios de salud (Resolución 5261 de 1994, Decreto 780 de 2016 y Resolución 3512 de 2019), por lo tanto el estado no transfiere ni determina el aporte recursos económicos.

Por último, es de anotar que a la fecha ningún acudiente, y/o familiar y/o congéneres han reportado ante la Secretaría de Salud petición, queja, reclamo, sugerencia y/o denuncia por deficiencias en la prestación de servicios de salud por parte de su empresa aseguradora en salud, la empresa promotora de salud, La Nueva EPS y su red prestadora de servicios de salud.

En cuanto a los derechos fundamentales presuntamente violados por el accionante, como el derecho a la salud, al mínimo vital, la integridad personal, los derechos de los niños y a la vida, solicita a la jueza que declare la improcedencia de la acción de tutela por no existir violación de los derechos fundamentales ya mencionados por parte del ente departamental.

Sostiene que, al no existir violación por parte de la secretaria de salud, no se considera apropiado imputar cargos en contra de la administración, ya que la Secretaría de Salud Departamental no ha incidido en la vulneración de derechos fundamentales a la salud, a la vida y al mínimo vital en condiciones dignas.

Por otro lado, SALUD TOTAL EPS-S S.A, se opone a las pretensiones del accionante porque lo solicitado no está incluido en el Plan de Beneficios en Salud.

Manifiesta que no les corresponde asumir los costos de servicios que están excluidos del Plan, de acuerdo con el principio de solidaridad del sistema general

Expediente: 88-001-4003-003-2023-00132-00

Accionante: MELIZA LORENA BAUQUE ARCHBOLD quien actúa en nombre y representación de su hija J.J.Z.B

Accionado: SALUD TOTAL S.A., E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL, SECRETARIA DE SALUD DE LA GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL

Acción: TUTELA

SIGCMA

de seguridad social en salud que le asiste a los representantes o familiares de la protegida, que establece que los afiliados deben asumir con sus propios recursos los servicios no cubiertos por el Plan.

Indica que dentro del trámite tutelar no se ha presentado alguna orden médica que respalde lo solicitado, revelando que la petición corresponde a un capricho familiar sin fundamentos científicos y factuales que permitan proceder con la autorización, y como EPS-S, solo pueden autorizar lo que el médico tratante, adscrito a la red prestadora, prescriba a través de la plataforma MIPRES, siendo este caso correspondiente a un servicio que no es médico y no está cubierto por el Plan de Beneficios en Salud.

No obstante, una vez notificados de la medida provisional, se procedió a remitir a la menor de edad con diagnóstico de BRONQUIOLITIS AGUDA a la ciudad de Barranquilla para manejo en Unidad de Cuidados Intensivos Pediátrica, actualmente se encuentra hospitalizada en IPS Reina Catalina recibiendo tratamiento médico.

En razón a lo anterior, solicitan denegar la acción de tutela por no existir vulneración de derechos fundamentales, dado que mi representada ha autorizado todo lo que ha requerido el protegido conforme a lo que reglamenta el Sistema General de Seguridad Social en Salud

Por su parte, el E.S.E HOSPITAL DEPARTAMENTAL, no dio contestación a la presente acción constitucional.

6. – CONSIDERACIONES

6.1. COMPETENCIA:

De conformidad con el numeral 1° del Art. 1° del Decreto 1983 del 2017, este Despacho es competente para conocer la presente solicitud de tutela. La norma citada, respecto del *reparto de la acción de tutela*, dispone lo siguiente:

“(…) Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital, municipal y contra particulares, serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, a los jueces municipales”. Lo anterior por ser la tutelada una Entidad de carácter privado que presta el servicio de salud en el Departamento Archipiélago.

Frente a la competencia, según el criterio del lugar donde se haya producido el hecho o sus efectos, los mismos tuvieron ocurrencia en la Isla de San Andrés.

Así las cosas, son los Juzgados Municipales del Distrito Judicial de San Andrés, los competentes para conocer la presente solicitud de tutela, según el correspondiente reparto.

6.2. PROCEDENCIA:

El Artículo 86 de la Constitución Política de 1991, desarrollado en los Decretos 2591 y 306, ambos del mismo año, ha institucionalizado la acción de tutela como una garantía y un mecanismo constitucional de protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y de los particulares, en los casos que establezca la ley.

Dicha acción muestra por su finalidad un carácter extraordinario, en la medida en que su utilización parte del respeto y garantía a la consagración constitucional y legal de las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como de las respectivas acciones, procedimientos, instancias y recursos que ante las mismas se surten, lo que supone un uso en forma supletiva con carácter subsidiario; de manera que, la procedencia de la tutela se restringe a la inexistencia de otros medios de defensa judicial o a la ineficacia de los mismos, como también a su utilización transitoria ante la presencia de un perjuicio irremediable que permita contrarrestar dicho efecto en forma temporal, con una operancia inmediata, urgente, rápida y eficaz, mediante el trámite de un procedimiento preferente y sumario, hasta tanto la autoridad correspondiente defina el fondo del asunto.

En el presente asunto, se trata del ejercicio de la Acción de Tutela incoada contra una entidad que prestan el servicio público de salud y por tanto es procedente, al tenor del Artículo 49 de la C.P. que le da ese carácter a la salud, en concordancia con los Artículos 5º y 42 Numeral 2º del Decreto 2591 de 1991.

6.3. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar, si se vulneraron o no los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, mínimo vital, vida digna y los derechos especiales de los niños, específicamente la menor J.J.Z.B quien está siendo representada por su madre MELIZA LORENA BAUQUE ARCHBOLD, por parte de las entidades tuteladas, al no remitir a un Hospital que cuente con UCI PEDIATRICA a la menor J.J.Z.B , y a cubrir los gastos de estadía, alimentación, transporte aéreo y terrestre interno a favor de la paciente y su acompañante.

6.4. ANÁLISIS NORMATIVO Y/O JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS O AMENAZADOS

6.4.1. Derecho a la salud

En la actualidad la salud es considerada como un derecho fundamental, sin necesidad de que se encuentre en conexidad con el derecho a la vida u otro derecho del mismo rango, por expresa definición del Alto Órgano de la Jurisdicción Constitucional.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que:

"... Inicialmente se dijo que el derecho a la salud no era por sí mismo un derecho fundamental y que únicamente sería protegido en sede de tutela cuando pudiera mostrarse su estrecha conexión con el derecho a la vida. (...) Con el paso del tiempo, no obstante, esta diferenciación tiende a ser cada vez más fluida, hasta el punto que hoy se afirma que el derecho a la salud es fundamental no sólo por estar conectado con un derecho fundamental – la vida, pues, en efecto, sin salud se hace imposible gozar de una vida digna y de calidad—sino que es en sí mismo fundamental. (...)

Así las cosas, se puede considerar que el derecho a la salud es un derecho fundamental cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto. Esto no implica, sin embargo, que deje de ser por ello un derecho fundamental y que no pueda gozar de la debida protección por vía de tutela, como sucede también con los demás derechos fundamentales. (...)" (Sent. T-573 de 2005. M.P. Dr. Humberto Sierra Porto).-

En sentencia T-869 de 2006, M.P. Doctor Rodrigo Escobar Gil, la Alta Corporación puntualizó:

"...por cuanto el derecho a la salud, en su dimensión de derecho subjetivo, es de naturaleza fundamental, en virtud de su estrecha relación con el principio de dignidad humana, vínculo que responde al criterio fijado por la Corte Constitucional como parámetro funcional de definición de derechos fundamentales".

En la sentencia T-467 de 2007, se remató a manera de reiteración:

"En este orden de ideas, el reconocimiento de esa doble dimensión se dirige, entre otras cosas, a obtener que las empresas prestadoras de servicios de salud, tanto del régimen

contributivo como del subsidiado, cumplan de forma integral con las obligaciones que el sistema de seguridad social ha establecido, de tal forma que no les sea posible negar el catálogo de servicios específicos y concretos contenidos en el Plan Obligatorio de Salud.

En conclusión, el derecho a la salud, en razón de su estrecha relación con el principio de la dignidad humana y en la medida en que se traduce en un derecho subjetivo como consecuencia de la determinación del régimen de servicios médicos exigibles al Estado, transmuta de derecho prestacional a derecho fundamental exigible a través del mecanismo de amparo constitucional. En ese sentido, el hecho de que las empresas prestadoras de servicios de salud -sean éstas del régimen contributivo o del subsidiado-, nieguen el reconocimiento de las prestaciones que se encuentra definidas dentro del Plan Obligatorio de Salud, comporta una vulneración de un derecho de carácter fundamental.”

La misma Corporación en sentencia de constitucionalidad de la Ley 1122 de 2007, C-463 del 14 de Mayo de 2008, M.P. Doctor Jaime Araujo Rentarías, expuso lo siguiente:

“...dada la naturaleza constitucional del derecho a la salud que, como se acaba de explicar es para esta Corte per se de carácter fundamental...Este carácter fundamental del derecho a la salud se justifica también por la importancia y relevancia del mismo para la vida digna de las personas. En este sentido, esta Corte ha hecho énfasis en la fundamentabilidad del derecho a la salud en los casos de los menores de edad, de personas de la tercera edad, o de sujetos de especial protección constitucional...así como a los usuarios del Régimen Subsidiado de salud, que por lo demás son los usuarios con menos recursos económicos, frente a los cuales el Estado tiene una obligación positiva de promoción y protección especial...”

6.4.2 Derecho a la seguridad social

Según el Art. 48 de la constitución política, la seguridad social es un derecho irrevocable que el estado, con ayuda de los particulares, debe de garantizar a todas las personas.

Con razón a esto, la jurisprudencia de la corte ha manifestado:

“En Sentencia T-628 de 2007, esta Corporación estableció que la finalidad de la seguridad social guarda:

“necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político¹, donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación²”.

Aunado a lo anterior, es necesario destacar que el concepto de "seguridad social" hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas”. (Sent. T-043/19)

6.4.3 Derecho al mínimo vital

Al respecto, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-678/17 indicó:

“El derecho al mínimo vital ha sido definido por esta Corte como "la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”³.

En ese sentido, el mínimo vital constituye un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales, en tanto salvaguarda de las condiciones básicas de subsistencia del individuo⁴. El reconocimiento del derecho al mínimo vital encuentra su fundamento en el concepto de dignidad humana, pues es claro que la carencia de las condiciones materiales mínimas necesarias para garantizar la subsistencia del individuo, comporta la negación de la dignidad que le es inherente⁵. Igualmente, este derecho se proyecta en otros derechos fundamentales como la vida (Art. 11 C.P.),

¹ Artículos 2, 13, 5 de la Constitución. Véase la sentencia C-575 de 1992.

² Artículo 366 de la Constitución

³ Corte Constitucional, Sentencia SU-995 de 1999.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-651 de 2008.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-818 de 2000.

la salud (Art. 49 C.P.), el trabajo (Art. 25 C.P.) y la seguridad social (Art. 48 C.P.). De esta forma, la protección al mínimo vital se configura una de las garantías de mayor relevancia en el Estado Social de Derecho.

De acuerdo con lo anterior, la salvaguarda del derecho al mínimo vital se materializa en la satisfacción de las necesidades básicas del individuo, para el desarrollo de su proyecto de vida⁶. Es en ese sentido que la Corte Constitucional ha señalado que “derecho al mínimo vital adopta una visión de la justicia constitucional en la que el individuo tiene derecho a percibir un mínimo básico e indispensable para desarrollar su proyecto de vida (...)”⁷. (Se destaca)”

6.4.4 Derecho a la vida digna

El Art. 1 de la Constitución Política, reserva a todos los ciudadanos el derecho fundamental al respeto de la dignidad humana, principio que han de observar no sólo los servidores públicos sino los particulares que temporalmente ejercen funciones públicas y en relación con el desarrollo de las mismas.

Respecto a la Corte Constitucional, ostenta que:

“El artículo 1° de la Carta, consagra que la dignidad humana justifica la existencia del Estado y en razón a su naturaleza de valor Superior y principio fundante, exige el reconocimiento a todas las personas del derecho a recibir un trato acorde a su naturaleza humana.

De esta manera, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades⁸ que el derecho a la dignidad humana debe entenderse bajo 2 dimensiones: a partir de su objeto concreto de protección y con base en su funcionalidad normativa. En relación con el primero, este Tribunal ha establecido 3 lineamientos claros y diferenciados: i) la dignidad humana como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y iii) la dignidad humana como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, de la integridad física y moral o, en otras palabras, la garantía de que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de trato degradante o humillante.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T – 891 de 2013.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-426 de 2014.

⁸ Sentencia T-881 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

De otro lado, al tener como punto de vista la funcionalidad de la norma, este Tribunal ha identificado 3 expresiones del derecho a la dignidad: i) es un valor fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado; ii) constituye un principio constitucional; y iii) también tiene la naturaleza de derecho fundamental autónomo.” (Sentencia T-335/19)

6.4.5 Derechos especiales de los niños y niñas

El Art. 44 de la Constitución Política señala que son derechos fundamentales de los niños la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

La jurisprudencia de la corte señala:

“Como principios rectores para la interpretación de las disposiciones del Código se consagra en su parte inicial, que deberán ser aplicadas a la luz de la Constitución Política y la Convención de los Derechos del Niño y demás tratados internacionales sobre la misma materia (artículo 6º), la protección integral (artículo 7º), el interés superior del menor (artículo 8º), la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes (artículo 9º) y la corresponsabilidad entendida como “la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección” (artículo 10º), entre otros.

Establece que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es la entidad competente para definir “los lineamientos técnicos que las entidades deben cumplir para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y para asegurar su restablecimiento” (artículo 11).

Por su parte, el artículo 17 consagra el derecho de todo niño, niña y adolescente a contar con una calidad de vida en condiciones de dignidad humana, lo que supone “la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano” (...)” (Sentencia T-287/18)

6.5. CASO CONCRETO

Encuentra el Despacho que de acuerdo a lo manifestado por la señora MELIZA LORENA BAUQUE ARCHBOLD quien actúa en nombre y representación de su hija menor J.J.Z.B, encuentra vulnerados los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, mínimo vital, vida digna y los derechos especiales de los niños y niñas de su hija menor por las entidades tuteladas, al no autorizar la remisión a un Hospital que cuente con UCI PEDIATRICA a favor de la menor J.J.Z.B, la cual fue ordenado por su médico tratante en razón a una BRONQUIOLITIS AGUDA que le fue diagnosticada, y autorizar el cubrimiento de los gastos de estadía, alimentación, transporte aéreo y terrestre interno a favor de la paciente y su acompañante.

De acuerdo con lo anterior, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-163 de 2010, ha sostenido que:

“La Constitución Política consagra en sus artículos 48 y 49 el derecho a la seguridad social y determina que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley⁹.

La H. Corte Constitucional en principio diferenció los derechos protegidos mediante la acción de tutela de los de contenido exclusivamente prestacional, de tal suerte que el derecho a la salud, para ser amparado por vía de tutela debía tener conexidad con el derecho a la vida, la integridad personal o la dignidad humana. Sin embargo, se protegía como derecho fundamental autónomo cuando se trataba de los niños, en razón a lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, y en el ámbito básico cuando el accionante era un sujeto de especial protección.

En el mismo sentido, la H. Corte Constitucional manifestó que:

“Conforme a la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte, la salud es un derecho fundamental¹⁰ 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

⁹ El artículo 2° de la ley 100 de 1993, define los principios sobre los cuales debe basarse el servicio público esencial de seguridad social y la forma en que debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, así:

“a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; (...) d. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley; (...)

¹⁰ Ver sentencia T-859 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett). Para entonces, se acudió a los criterios dogmáticos establecidos en la sentencia T-227 de 2003 para resolver que el derecho a la salud es fundamental. Allí se señaló que son derechos fundamentales: “(i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) “todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”. La tesis del derecho a la salud como fundamental, ha sido considerablemente reiterada en sentencias como la T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-820 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentería), T-999 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-184 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-321 de 2012 (MP. Nilson Pinilla Pinilla), entre otras.

presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”¹¹, que abarca tanto la esfera biológica del ser humano como su esfera mental y debe ser garantizado en condiciones de dignidad, por ser la salud un derecho indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales¹².

Se tiene entonces que, de acuerdo a lo manifestado por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, 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.

El artículo 44 constitucional consagra la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas sobre los de los demás. Esta norma establece de forma expresa los derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad son fundamentales. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías. La H. Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas, por encontrarse en condición de debilidad, merecen mayor protección, de forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Adicionalmente, atendiendo al carácter de fundamental del derecho, la acción de tutela procede directamente para salvaguardarlo sin tener que demostrar su conexidad con otra garantía, incluso en los casos en los que los servicios requeridos no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbre su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria.

Ahora bien, de conformidad con la jurisprudencia constitucional⁵, el servicio de transporte de pacientes no se trataba en el hoy llamado PBS; sin embargo, el parágrafo del artículo 2 de la Resolución 5261 de 1994 señalaba que, “(...) cuando en el municipio de residencia del paciente no cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con él. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria (...)”.

¹¹ Ver sentencia T-355 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

¹² Ver sentencia T-311 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

No fue sino hasta el Acuerdo 08 de 2009, expedido por la Comisión de Regulación en Salud, que se reglamentó el transporte y se incluyó en el Plan Obligatorio de Salud en los siguientes casos:

“ARTÍCULO 33. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, de los pacientes remitidos, según las condiciones de cada régimen y teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

El servicio de traslado de pacientes cubrirá el medio de transporte adecuado y disponible en el medio geográfico donde se encuentre, con base en el estado de salud del paciente, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión y de conformidad con las normas del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad de la Atención en Salud.

PARÁGRAFO 1o. Si en concepto del médico tratante, el paciente puede ser atendido en un prestador de menor nivel de atención el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del POS o POS-S según el caso. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria, en los eventos en que el paciente siga estando bajo la responsabilidad del respectivo prestador.

PARÁGRAFO 2o. Si realizado el traslado, el prestador del servicio, encuentra casos de cobertura parcial o total, por seguros de accidente de tránsito, seguros escolares y similares, el valor del transporte deberá ser asumido por ellos antes del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes, en los términos de la cobertura del seguro y la normatividad vigente.”

Posteriormente, el Acuerdo 029 de 2011 derogó la anterior regulación eliminando el segundo párrafo y añadiendo el siguiente artículo:

“Artículo 43. Transporte del paciente ambulatorio. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional de las Unidades de Pago por Capitalización respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión”.

Luego, el artículo 126 de la Resolución 6408 de 2016, dispuso que el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitalización cubría el traslado

acuático, aéreo y terrestre ya sea en ambulancia básica o medicalizada en los siguientes supuestos:

“Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles.

• Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente, para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

Asimismo, se cubre el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe”.

Actualmente, el artículo 121 de la Resolución No. 5269 del 22 de diciembre de 2017 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social “Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)” establece que el servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia se efectuará en los siguientes casos: (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.

No obstante, la H. Corte Constitucional, frente a las solicitudes de transporte elevadas por usuarios que requieren trasladarse a una ciudad distinta a la de su residencia para acceder al tratamiento médico prescrito, ha ordenado el cubrimiento del servicio de transporte y los correspondientes a la estadía 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.

Asimismo, frente a los gastos de transporte y estadía de un acompañante ha dispuesto que para su reconocimiento debe probarse que:

“(i) El paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado”.

La creación de las reglas precedentes se originó como respuesta al objetivo de garantizar la accesibilidad a los servicios de salud de todos los afiliados al SGSSS, ya que los diferentes planes de servicios preveían el transporte para aquellos pacientes que necesitaban atención complementaria o se encontraban en zonas donde se pagaba una UPC diferencial mayor, no así para el desplazamiento de los usuarios que requerían un tratamiento o servicio que no se encontraba disponible en el municipio de afiliación, que no constituía una urgencia certificada o no estaban hospitalizados.

Aterrizando en el caso concreto, observa el Despacho que se trata de una menor de dos meses de nacida, que fue ingresada de urgencias a la E.S.E. Hospital Departamental, en razón al diagnóstico de BRONQUIOLITIS AGUDA, bajo la cual el médico tratante ordena “REMISION URGENTE A UCI PEDIATRICA-PENDIENTE TRASLADO EN AVION AMBULANCIA”, con el fin de darle un mejor manejo, dado el grave estado de salud de la menor

En el término de traslado de la acción constitucional, encuentra este Despacho que SALUD TOTAL S.A. mediante la contestación presentada en el trámite de esta acción constitucional expresó que una vez fueron notificados de la medida provisional, se procedió a remitir a la menor de edad, con diagnóstico de BRONQUIOLITIS AGUDA a la ciudad de Barranquilla para manejo en Unidad de Cuidados Intensivos Pediátrica, actualmente se encuentra hospitalizada en IPS Reina Catalina recibiendo tratamiento médico.

Sostuvo que a la fecha no se encuentra registro de servicios negados y/o pendientes de trámite por parte de SALUD TOTAL S.A. al respecto, es necesario precisar que las entidades promotoras de salud brindan las prestaciones médico – asistenciales a través de la red de prestadores adscrita, acorde con sus parámetros de direccionamiento de usuarios, con el fin de distribuir eficiente y equitativamente la utilización de servicios tanto ambulatorios como hospitalarios.

Por su parte, la SECRETARIA DE SALUD del DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO, dio contestación a la acción constitucional, señalando que los servicios y tecnologías de salud que amerite la usuario MELIZA LORENA BAUQUE ARCHBOLD quien actúa en nombre y representación de su hija menor J.J.Z.B. (Sean las incluidas dentro del plan de beneficios de salud o las no financiadas por

la UPC del régimen subsidiado a través de la herramienta tecnológica de MIPRES, el cual es un derecho que tienen todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia) deben ser garantizados de manera integral por parte de la “Nueva EPS” (sic) , toda vez que la Resolución 3512 de 2019 y el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019 así la disponen.

En concordancia, como lo señala el artículo 44 de la Carta Política, el derecho a la salud de los niños tiene carácter fundamental y, además, con soporte en preceptos superiores y en instrumentos de derecho internacional, son considerados sujetos de especial protección constitucional y acreedores de un acentuado amparo en sede de tutela, en tanto que sus derechos prevalecen sobre las prerrogativas de los demás, por ende, deben ser tratados con preferencia.

Esta protección se acrecienta cuando el pequeño padece algún tipo de discapacidad o enfermedad que le suponga sufrir la merma en su capacidad física, por lo que, de conformidad con las directrices contenidas en los artículos 13 y 47 Superiores, le corresponde al Estado adelantar políticas públicas tendientes a buscar su rehabilitación e integración social y, de esa manera, es su deber brindarles la atención especializada que requieran.

En ese sentido, a los menores de edad que padecen una enfermedad que les ha generado algún tipo de discapacidad física, mental o sensorial, se les debe prodigar la totalidad del componente médico previsto para el manejo del padecimiento que le sobrevino así no se obtenga su recuperación completa y definitiva, pues los mismos, aunque sirvan solo como paliativos, aseguran que al paciente se le dé la posibilidad de vivir en el mayor nivel de dignidad a que haya lugar.

Ahora, importante resulta garantizarles a los niños con disminuciones físicas las condiciones de accesibilidad al componente médico que requieran, para que disfruten del más alto grado de salud. Tal exigencia se deriva de la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas.

De otro lado, en cuanto al principio de integralidad que rige al Sistema de Seguridad Social de Salud en Colombia, el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 dispuso que: *“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud (...) No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.”*

Es así como, en el marco del amparo constitucional las exclusiones previstas en el Plan de Beneficios en Salud no son una barrera inquebrantable, pues le corresponde al juez de tutela verificar, a partir de las particularidades del caso concreto, cuándo se reúnen los requisitos establecidos por la propia jurisprudencia para aplicar o inaplicar una exclusión o cuándo, ante la existencia de un hecho notorio, surge la imperiosa necesidad de proteger el derecho a la salud y a la vida digna de quién está solicitando la prestación del servicio, insumo o procedimiento excluido.

En este punto, resalta el Despacho que, del material probatorio allegado en el traslado de la acción constitucional, se evidenció que SALUD TOTAL S.A., remitió a la menor J.J.Z.B. a la ciudad de Barranquilla para manejo en Unidad de Cuidados Intensivos Pediátrica, actualmente se encuentra hospitalizada en IPS Reina Catalina recibiendo tratamiento médico.

Así mismo, se indica que la menor se encuentra *“bajo asistencia ventilatoria mecánica debido a bronquiolitis severa vs. síndrome coqueluchoide, ha permanecido estable, con tendencia a la taquicardia, por lo que se suspendió soporte de inotrópicos, en manejo con claritromicina + ampicilina sulbactam, metilprednisolona, omeprazol, acetaminofén, tiene historia de haber presentación palidez e hipoactividad súbita con estado hipoactividad. tiene pendiente realizar tac de cráneo simple. en el momento con automatismo respiratorio, se decide preparar para extubación, previo tac. se solicitan paraclínicos de control **paciente con alto riesgo de complicaciones.**”*

De tal forma, que ante la pretensión de la accionante de ordenar a la E.P.S. la remisión de la menor J.J.Z.B. para atención especializada, es dable decir que nos encontramos frente a lo que la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha denominado hecho superado por carencia actual de objeto.

Frente al hecho superado en las acciones de tutela, la H. Corte Constitucional en Sentencia T- 358 de 2014 ha manifestado que:

“La carencia actual de objeto por hecho superado se da cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo, razón por la cual cualquier orden judicial en tal sentido se torna innecesaria.”

De acuerdo con lo anterior, cuando la situación de hecho que causa la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde toda razón de ser como mecanismo más apropiado y expedito de protección judicial, por cuanto a que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso concreto resultaría a todas luces inocua, y por consiguiente contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción. Tenemos entonces, que cuando se presenta el fenómeno de hecho superado, en términos de

Expediente: 88-001-4003-003-2023-00132-00

Accionante: MELIZA LORENA BAUQUE ARCHBOLD quien actúa en nombre y representación de su hija J.J.Z.B

Accionado: SALUD TOTAL S.A., E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTA, SECRETARIA DE SALUD DE LA GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL

Acción: TUTELA

SIGCMA

decisiones judiciales, la obligación del juez de tutela no es la de pronunciarse de fondo.

No obstante, ante el grave estado de salud de la menor y las distintas anotaciones realizadas por los médicos tratantes en la historia clínica anexa, debido al diagnóstico de BRONQUIOLITIS AGUDA VS SINDROME - COQUELUCHOIDE VS TOS FERINA, y dado que se trató de una menor con especial protección constitucional, el despacho tutelar el derecho fundamental a la salud invocado por la señora MELIZA LORENA BAUQUE ARCHBOLD quien actúa en nombre y representación de su hija menor J.J.Z.B, y en consecuencia, ordenara a SALUD TOTAL S.A.S., que para los controles médicos que requiera la menor que sean por fuera de esta ínsula, suministre transporte aéreo, terrestre, alimentación y hospedaje para la menor y un acompañante; así como también que, en adelante se le autorice todos los servicios, procedimientos quirúrgicos, clínicos y/o de laboratorio, controles periódicos y los medicamentos e implementos que le sean prescritos por sus médicos tratantes con ocasión al diagnóstico médico mencionado en precedencia.

Finalmente, se ordenará a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES que reintegre a SALUD TOTAL S.A.S. en un término perentorio, el 100% de los costos de los servicios y tecnologías en Salud NO PBS: TRANSPORTE AEREO Y TERRESTRE, HOSPEDAJE Y ALIMENTACIÓN, que en virtud de la orden de tutela se suministren a la menor J.J.Z.B.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE SAN ANDRÉS**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud invocado por la señora **MELIZA LORENA BAUQUE ARCHBOLD** quien actúa en nombre y representación de su hija menor **J.J.Z.B.**

SEGUNDO: ORDENAR a **SALUD TOTAL S.A.S.** que para los controles médicos que requiera la menor que sean por fuera de esta ínsula, suministre transporte aéreo, terrestre, alimentación y hospedaje para la menor y un acompañante; así como también que, en adelante se le autorice todos los servicios, procedimientos quirúrgicos, clínicos y/o de laboratorio, controles periódicos y los medicamentos e implementos que le sean prescritos por sus médicos tratantes con ocasión al diagnóstico médico de BRONQUIOLITIS AGUDA VS SINDROME - COQUELUCHOIDE VS TOS FERINA.

Expediente: 88-001-4003-003-2023-00132-00

Accionante: MELIZA LORENA BAUQUE ARCHBOLD quien actúa en nombre y representación de su hija J.J.Z.B

Accionado: SALUD TOTAL S.A., E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTA, SECRETARIA DE SALUD DE LA GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL

Acción: TUTELA

SIGCMA

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE, la pretensión numero uno de la acción constitucional, al presentarse un hecho superado por carencia actual de objeto, en virtud de las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES que reintegre a SALUD TOTAL S.A.S. en un término perentorio, el 100% de los costos de los servicios y tecnologías en Salud NO PBS: TRANSPORTE AEREO Y TERRESTRE, HOSPEDAJE Y ALIMENTACIÓN, que en virtud de la orden de tutela se suministren a la menor J.J.Z.B.

QUINTO: ORDENAR a la accionada, que oficie con destino a este despacho el cumplimiento de lo ordenado en esta sentencia, aportando los soportes pertinentes, teniendo como objeto el presente amparo constitucional.

SEXTO: PREVENIR a **SALUD TOTAL S.A.S.**, para que, en lo sucesivo, eviten la repetición de los actos omisivos, que dieron origen a la presente tutela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991

SÉPTIMO: NOTIFICAR la presente sentencia en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

OCTAVO: Contra la presente procede el recurso de impugnación

NOVENO: Si éste fallo no fuere impugnado oportunamente, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



INGRID SOFÍA OLMOS MUNROE
JUEZA

LHR