

T-446-18

Sentencia T-446/18

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE Y DERECHO A LA SALUD DE MENOR EN SITUACION DE DISCAPACIDAD

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Madre en representación de hijo menor

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Entidad que se ocupa de prestar el servicio público de salud

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN ACCION DE TUTELA-Reglas generales

LEY 1122/07-Confirió a Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos que resuelvan controversias entre entidades promotoras de salud y usuarios

LEY 1438/11-Reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ampliando el ámbito de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud, e instituyó un procedimiento “preferente y sumario”

PROCESO JURISDICCIONAL A CARGO DE SUPERINTENDENCIA DE SALUD COMO MECANISMO DE PROTECCION DE DERECHOS DE USUARIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Desarrollo jurisprudencial

ACCION DE TUTELA Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Flexibilidad en caso de sujetos de especial protección constitucional

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia dada la menor eficacia del mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud previsto en la ley 1122 de 2007

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL-Reiteración de jurisprudencia sobre protección por tutela

A través de la jurisprudencia constitucional y de la Ley Estatutaria se ha definido el rango

fundamental del derecho a la salud y, en consecuencia, se ha reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Carácter autónomo e irrenunciable

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Fundamental y prevalente

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Protección constitucional

La acción de tutela resulta procedente cuando se trate de solicitudes de amparo relacionadas o que involucren los derechos de las niñas, niños o adolescentes, más aún si estos padecen alguna enfermedad o afección grave que les genere una condición de discapacidad. Lo anterior, por cuanto se evidencia la palmaria debilidad en que se encuentran y, en consecuencia, la necesidad de invocar una protección inmediata, prioritaria, preferente y expedita del acceso efectivo y continuo al derecho a la salud del cual son titulares.

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE-Orden a EPS-S cubrir gastos de transporte de menor de edad y acompañante para trasladarse a citas médicas y sesiones de terapia

Expediente T-6.814.756

Acción de tutela presentada por Luz Adriana Mosquera Patiño, en representación de su hijo Juan Esteban Hernández Mosquera contra SALUD TOTAL EPS-S

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá DC, trece (13) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las Magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger y el Magistrado Antonio José Lizarazo

Ocampo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido el 22 de marzo de 2018 por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Rosa de Cabal (Risaralda).

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y relato contenidos en el expediente[1]

La señora Luz Adriana Mosquera Patiño, en representación de su hijo Juan Esteban Hernández Mosquera, presentó acción de tutela contra SALUD TOTAL EPS-S, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la salud, la seguridad social y a la vida, al no proporcionar la atención domiciliaria o el servicio de transporte para acceder a las diversas terapias ocupacionales prescritas y autorizadas para ser realizadas en una IPS de la ciudad de Pereira, siendo que el paciente reside en Santa Rosa de Cabal, Risaralda. La accionante sustentó su solicitud con base en los siguientes hechos:

- Juan Esteban Hernández Mosquera -actualmente, de 9 años de edad- reside en Santa Rosa de Cabal (Risaralda) y se encuentra afiliado a SALUD TOTAL EPS-S, entidad encargada de prestarle la atención médica requerida.

- El niño Juan Esteban ha sido diagnosticado con trastorno de la recepción del lenguaje, otras malformaciones congénitas del encéfalo especificadas, discapacidad congénita e hipotonía congénita y, el 15 de enero de 2018, su médico tratante le ordenó un tratamiento de tres (3) meses con terapias ocupacionales con énfasis en neurodesarrollo (2 terapias por semana), adicionalmente terapia de fonoaudiología con énfasis en neurodesarrollo (2 terapias por semana) y 10 terapias de fonoaudiología, las cuales fueron autorizadas en la ciudad de Pereira.

- El 12 de febrero de 2018, la madre accionante presentó petición a SALUD TOTAL EPS-S solicitando que las terapias ocupacionales ordenadas a su hijo fueran realizadas de manera domiciliaria debido a que ella es la única que puede trasladarlo y no cuenta con los

recursos económicos para transportarlo a la ciudad de Pereira. Además, manifestó que el no realizarle las terapias a su hijo afectan su progreso y mejoría.

· A la fecha de presentación de la acción de tutela, esto es, 9 de marzo de 2018, la accionada no ha dado respuesta a la petición referida.

Por lo expuesto, solicitó la protección de los derechos fundamentales de su hijo y, en consecuencia, que se ordene a la accionada realizar las mencionadas terapias de carácter domiciliario y, de no ser posible, se brinde el transporte para llevarlo hasta la ciudad de Pereira.

2. Contestación de acción de tutela

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Rosa de Cabal, mediante auto del 12 de marzo de 2018 avocó el conocimiento de la presente acción de tutela y corrió traslado a la parte demandada para que en el término de dos (2) días hábiles se pronunciara respecto de los hechos expuestos[2].

SALUD TOTAL EPS-S, el 23 de marzo de 2018[3], se opuso a las pretensiones de la accionante, en los siguientes términos:

2.1. En cuanto a la prestación de servicios médicos y el diagnóstico del médico tratante expuso lo siguiente:

“Paciente de 8 años de edad, quien recibió atención médica, por el doctor John Jairo Silvestre Avendaño, especialista en Neuropediatría, profesional adscrito a la red de prestación de servicios de SALUD TOTAL EPS, a través de la IPS JHON JAIRO SILVESTRE AVENDAÑO, quien posterior a la realización de examen físico y procedimientos diagnósticos, conceptuó que el paciente presenta como diagnóstico - trastorno de la recepción del lenguaje- por lo cual le ordenó los servicios de terapia ocupacional, terapias fonoaudiología y terapia física integral, servicios incluidos en el Plan de Beneficios de Salud con cargo a la UPC y autorizado oportunamente por SALUD TOTAL EPS-S. (...)”

2.2. En cuanto a la solicitud de cubrimiento de gastos de transporte:

“Respecto a la petición que se eleva al despacho y que pretende el suministro de recursos

para el pago de gastos de transporte y poder así acceder a la atención de citas médicas y demás tratamientos, debemos informar que SALUD TOTAL EPS se acoge a lo dispuesto en el actual ordenamiento jurídico para el SGSSS, en el que no se contempla la cobertura de este tipo de situaciones, MÁXIME CUANDO SE TRATA DE TRATAMIENTOS AMBULATORIOS. (...)

Frente a esta pretensión, es preciso aclarar que además de tratarse de un servicio que no es de carácter médico, las normas que regulan la materia no contemplan la cobertura de este tipo de solicitudes. Respecto a la cobertura de transporte en el Plan de Beneficios en Salud debemos recordar que si bien el Artículo 121 de la resolución N° 5269 de 2017 alude al cubrimiento de transporte, éste no le es aplicable al caso que hoy se debate, (...).

(...)”

Por lo tanto, concluyó que el reconocimiento de transporte no aplica para el caso bajo estudio, toda vez que su ciudad de residencia no se encuentra entre las denominadas zonas especiales por dispersión geográfica, establecidas por la Resolución 5268 de 2017 Artículo 2, por lo que, la prima adicional se reconoce únicamente para el departamento de Risaralda en los municipios de Mistrató y Pueblo Rico.

2.3. En cuanto a la capacidad económica del afiliado, indicó que esta Corte ha señalado que cuando el actor manifiesta que no cuenta con los recursos necesarios para asumir los servicios solicitados, esta afirmación puede ser comprobada por cualquier medio, incluyendo los testimonios. Por lo tanto solicitó al despacho realizar la correspondiente citación de la accionante con el fin de que exprese su verdadera capacidad económica.

Así mismo, indicó que “[c]on respecto a las herramientas con las cuales cuenta SALUD TOTAL EPS-S S.A y, atendiendo las disposiciones Jurisprudenciales sobre la materia para desvirtuar la afirmación relacionada con la INCAPACIDAD ECONÓMICA del accionante, debemos informar que por tratarse de un afiliado al régimen subsidiado nuestra Entidad no cuenta con herramienta alguna para verificar la verdadera capacidad de pago”.

2.4. De otra parte, resaltó su cumplimiento como EPS, dado que ha autorizado la atención médica requerida -que es objeto de la presente acción de tutela- e, igualmente, ha garantizado los servicios médicos durante la vigencia de la afiliación del paciente Juan Esteban.

2.5. Reseñó la jurisprudencia constitucional respecto de la improcedencia de la acción de tutela frente a hechos futuros e inciertos, esto es, el suministro integral que requiera a futuro la parte actora. Al respecto, informó que “actualmente, no cuenta con orden médica vigente pendiente de autorización, además es una pretensión que está supeditada a FUTUROS REQUERIMIENTOS Y PERTINENCIA MÉDICA POR NUESTRA RED DE PRESTADORES”, por lo tanto, afirmó que esta solicitud no está llamada a prosperar.

2.6. Por último, solicitó que en el evento en que se desestimen las peticiones anteriores, se ordene al Ministerio de Protección Social, entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), de forma expresa, pagar a SALUD TOTAL EPS-S S.A la totalidad de los costos en que incurra por el reconocimiento de los servicios que se encuentren por fuera del plan de beneficios en salud y que se vean obligados a garantizar.

3. Documentos relevantes cuyas copias obran en el expediente

Obran en el cuaderno 1 del expediente los siguientes documentos, en copia simple:

- Tarjeta de identidad de Juan Esteban Hernández Mosquera[4].
- Cédula de Ciudadanía de la señora Luz Adriana Mosquera Patiño[5].
- Petición elevada por la señora Mosquera Patiño con “acuse de recibido” de SALUD TOTAL EPS-S con fecha 12 de febrero de 2018[6].
- Orden médica (recetario) de terapias e historia clínica (parcial) de Juan Esteban Hernández Mosquera[7].

4. Decisión judicial objeto de revisión

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Rosa de Cabal, mediante sentencia de 22 de marzo de 2018, declaró la improcedencia de la acción de tutela promovida a favor de Juan Esteban Hernández Mosquera considerando que pese a estar autorizadas las terapias, resulta imposible para la EPS-S trasladar todos los insumos y demás servicios especializados al domicilio del niño para la práctica de las mismas, siendo evidente que para la realización del tratamiento se requiere la asistencia de un prestador especializado que cuente con la

infraestructura necesaria para su eficaz práctica.

Según el análisis de procedencia realizado por el juez constitucional, SALUD TOTAL EPS-S no ha negado la autorización y práctica de los servicios médicos requeridos por la accionante, en los siguientes términos:

“(…) se observa que la solicitud de amparo constitucional surge de la condición económica de la madre del menor, que dificulta el traslado para acudir a las terapias ordenadas por los médicos tratantes, sin que medie orden médica; en cuyo efecto cabe resaltar que en el municipio se presta un buen servicio de transporte intermunicipal que resulta de bajo costo, ante la cercanía de la capital, en donde debe realizarse el tratamiento.

Así las cosas, no es posible endilgarle negación alguna de servicios a la EPS accionada, puesto que, se itera, obedece a una situación médica particular.

(…)

Al respecto, resulta claro y contundente el precedente jurisprudencial constitucional citado, decantándose que el servicio procede bajo el siguiente entendido: i) corresponde a un traslado distinto del lugar de residencia; ii) cuando el precario estado de salud del paciente lo amerite bajo concepto del médico tratante; iii) siempre que se necesite un tratamiento y no esté disponible en el lugar de residencia. (…)

Circunstancias que no corresponden al caso de estudio cuya motivación es la carencia de recursos, el cual excede la subsidiariedad del trámite de tutela, sin que se verifique violación alguna de derechos fundamentales por parte de la Entidad Prestadora de Salud, siendo la situación económica planteada competencia del ejecutivo bajo trámite ante el ente territorial municipal bajo inscripción en los programas presidenciales de subsidio a la población vulnerable, en especial el programa Familias en Acción, mediante el cual se brindan este tipo de subsidios por parte del Gobierno Nacional; de lo contrario, se atentaría contra la viabilidad del sistema de salud bajo afectación general de los usuarios.”[8]

Conforme a lo expuesto, el juez estimó que no es posible endilgar a SALUD TOTAL EPS-S ninguna actividad vulneratoria de los derechos fundamentales del niño Juan Esteban Hernández Mosquera. Por lo que concluyó la improcedencia de la acción y así lo declaró.

5. Actuación surtida en sede de revisión

5.1. Mediante auto del 26 de julio de 2018, el Magistrado Sustanciador, en cumplimiento del artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, dispuso solicitar información a la accionante sobre su situación económica actual y sobre el estado actual de salud de su hijo Juan Esteban. A la EPS accionada le solicitó lo siguiente:

SEGUNDO.- SOLICITAR, por conducto de la Secretaría General de esta Corporación, a SALUD TOTAL SA -Sede Pereira- que -en el término de tres (3) días contados a partir de la comunicación de este auto- INFORME, con destino al expediente de la referencia, lo siguiente:

1. ¿Cuál es el estado actual de la afiliación del niño Juan Esteban Hernández Mosquera?
3. Precisar sobre la respuesta brindada a la petición elevada el 12 de febrero de 2018, respecto a la solicitud de tratamiento domiciliario (terapias a domicilio), con “número de contacto” #02121810745.

Adicionalmente, deberá remitir a esta Corporación la documentación que soporte sus respuestas al presente requerimiento.

5.2. Respecto de las anteriores solicitudes, SALUD TOTAL EPS-S informó que Juan Esteban Hernández Mosquera se encuentra afiliado a esa entidad en calidad de beneficiario del régimen subsidiado y su estado es activo. Así mismo, remitió copia de todos los servicios que han sido autorizados -a la fecha- a favor del niño Juan Esteban[9] y reiteró los argumentos presentados en el escrito de respuesta a la acción de tutela.

En atención al requerimiento sobre la respuesta brindada a la petición de tratamiento domiciliario, remitió transcripción de la comunicación del 26 de abril de 2018, aclarando que “el Programa de Atención Domiciliaria no tiene dentro de su zona de cobertura el Municipio de Santa Rosa de Cabal en el Departamento de Risaralda”. Puntalmente, expresó:

“En respuesta a su comunicado radicado en días anteriores donde nos solicita le sea autorizadas las terapias domiciliarias, le informamos que su caso fue revisado con el grupo del Plan de atención Domiciliaria, PAD, quienes determinan que su lugar de residencia se encuentra fuera del área de cobertura pues el programa aplica para los protegidos del área

urbana de Pereira, por lo cual la opción de atención es que tenga un domicilio temporal en la ciudad de Pereira donde la podamos atender durante el tiempo que sea necesario.

(...)”.

5.3. Por su parte, la accionante guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro de los procesos de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento de lo ordenado por la Sala de Selección Número Cinco mediante el Auto del 27 de junio de 2018, notificado el 12 de julio de la misma anualidad.

2. Procedencia

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991[10], cualquier persona es titular de este medio de defensa judicial constitucional cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o excepcionalmente, por un particular.

Respecto de lo anterior, esta Corporación, mediante Sentencia SU-377 de 2014, se ocupó de establecer algunas reglas en relación con la legitimación por activa, para lo cual precisó, en términos generales, que (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar “por sí misma o por quien actúe a su nombre”; (ii) no es necesario, que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre, cuando se encuentra en imposibilidad de formular el amparo; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) ser el representante del titular de los derechos, b) actuar como agente oficioso, o c) ser Defensor del Pueblo o Personero Municipal[11]. En complemento de lo anterior, la Corte, en reiterada jurisprudencia, se ha referido a las hipótesis bajo las cuales se puede instaurar la acción de tutela, a saber:

“(a) ejercicio directo, cuando quien interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (b) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (c) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo; y finalmente, (d) por medio de agente oficioso[12]”.

Ahora bien, cuando la acción de tutela se interpone en nombre de una niña, niño o adolescente, la Corte Constitucional ha considerado que cualquier persona está legitimada “para interponer acción de tutela en nombre de un menor [de edad], siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño”[13].

En consideración de lo anterior, la Sala encuentra que en el caso objeto de revisión, la señora Luz Adriana Mosquera Patiño actúa en defensa de los derechos fundamentales de su hijo, por tanto, está facultada para invocar la protección de los mismos, ante la presunta vulneración en la que incurrió SALUD TOTAL EPS-S.

2.2. Sobre la legitimación por pasiva

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva de la acción de tutela que se revisa, la Sala verifica que se cumple este requisito por cuanto la entidad accionada es la encargada de la prestación del servicio público de salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º y el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991[14].

2.3. La inmediatez

En reiteradas oportunidades la jurisprudencia ha sido clara en señalar que la procedencia de la acción de tutela se encuentra sujeta al cumplimiento del requisito de inmediatez. Al respecto, ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía este medio de defensa constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno, ello en procura del principio de seguridad jurídica y la preservación de su naturaleza propia.

Sobre el particular, la Corte ha determinado que si bien es cierto la acción de tutela no

tiene un término de caducidad, esto no debe entenderse como una facultad para presentar la misma en cualquier tiempo. Lo anterior, por cuanto a la luz del artículo 86 Superior el amparo constitucional tiene por objeto la protección inmediata de los derechos invocados[15].

Al respecto, la Sala observa que Juan Esteban Hernández Mosquera se encuentra a la espera de que la entidad demandada autorice las terapias ordenadas de carácter domiciliario y que, de no ser posible, cubra los gastos de transporte, dado que esas terapias son necesarias e imprescindibles para el tratamiento de las patologías que padece el niño representado, tal como lo consideró y prescribió su médico tratante. Con todo esto, se advierte que la presunta vulneración a sus derechos fundamentales permanece en el tiempo, manteniéndose con ello, una situación de vulnerabilidad continua y actual que hace imperativa la intervención del juez de tutela de manera urgente e inmediata. Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que “la acción de tutela tiene como objetivo la protección cierta y efectiva de derechos fundamentales que se encuentran amenazados, bien por acción o bien, por omisión de autoridad pública o particular cuando a ello hay lugar. Ese objetivo, no se agota con el simple paso del tiempo, sino que continua vigente mientras el bien o interés que se pretende tutelar pueda seguir siendo tutelado para evitar que se consume un daño antijurídico de forma irreparable”[16].

En consecuencia, la Sala encuentra igualmente superado el requisito de inmediatez en tanto encontró que la accionante acudió de manera oportuna (9 de marzo de 2018) ante el juez constitucional para reclamar la protección de los derechos fundamentales de su representado, los cuales se han visto, aparentemente, conculcados por parte de la entidad tutelada que -por omisión de respuesta a la petición presentada el 12 de febrero de 2018- ha negado la atención domiciliaria de las terapias ordenadas desde el 15 de enero de 2018, o, en su defecto, a cubrir los gastos de transporte a la ciudad de Pereira o donde sean autorizadas, tratamiento que se requiere para el manejo médico de las enfermedades que sufre el niño Juan Esteban.

2.4. Reglas de subsidiariedad de la acción de tutela frente al procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud

2.4.1. Desarrollo legal. A través de la expedición de la Ley 1122 de 2007, el Legislador le

confirió potestades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver las controversias que se susciten entre las entidades promotoras de salud y sus usuarios.

En un primer momento, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 señaló que su competencia está encaminada a resolver controversias relacionadas con: (i) la denegación por parte de las entidades promotoras de salud de servicios incluidos en el “POS”; (ii) el reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una I.P.S. no adscrita a la entidad promotora de salud o por el incumplimiento injustificado de la EPS de las obligaciones radicadas en su cabeza; (iii) la multiafiliación dentro del sistema; y (iv) los conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad Social.

En complemento de lo anterior, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, amplió el ámbito de competencia de la respectiva Superintendencia al adicionar tres asuntos a los cuatro anteriormente relacionados, incluyendo las controversias relacionadas con: (v) la denegación de servicios excluidos del Plan de Beneficios en Salud que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (vi) recobros entre entidades del sistema y (vii) pago de prestaciones económicas por parte de las entidades promotoras de salud y el empleador. Igualmente, para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia, instituyó un procedimiento “preferente y sumario” el cual se debe llevar a cabo “con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”[17]. Así mismo, dado el carácter informal del trámite se enumeraron los requisitos de la demanda, en la que se debe indicar:

- el nombre y residencia del solicitante;
- la causal que motiva la solicitud;
- el derecho que se considere violado y
- las circunstancias de tiempo, modo y lugar que sustentan la petición.

También, dispuso que la demanda puede presentarse por “memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia”

y, se previó un término máximo de 10 días para emitir la decisión de primera instancia, la cual podrá ser impugnada dentro de los 3 días siguientes a su notificación, que se efectuará mediante telegrama o cualquier otro medio expedito.

Ahora bien, en Sentencia C-119 de 2008, este Tribunal Constitucional analizó un cargo de inconstitucionalidad contra el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, referente a la presunta vulneración del debido proceso, en razón a la supuesta competencia exclusiva del juez de tutela para decidir en casos concretos sobre la cobertura del POS. En esa oportunidad, se resolvió declarar la exequibilidad de la citada disposición, al considerar:

(...) según se prevé en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual, que implica que sólo resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo cuando habiéndolos, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así las cosas, cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conozca y falle en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, asuntos referentes a la '(c)obertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario', en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder "como mecanismo transitorio", en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente. Ciertamente, la Corte ha explicado que "la procedencia de la acción de tutela se determina según si el demandante carece o no de un medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales, para lo cual no basta con registrar en abstracto la eventual existencia de otros instrumentos procesales, sino que se torna necesario evaluar su eficacia a la luz de las circunstancias concretas". (Negrilla fuera del texto)

En ese orden de ideas, el juez constitucional -para cada caso concreto- debe analizar si el

mecanismo judicial establecido en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 es eficaz e idóneo para la efectiva protección de los derechos fundamentales alegados, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que haga ineludible la presentación de una acción de tutela por la urgencia de la protección.

2.4.2. Desarrollo jurisprudencial. A través del control concreto de constitucionalidad, la Corte ha desarrollado una evolución jurisprudencial en torno a la subsidiariedad de la acción de tutela frente al procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud. A continuación, se sintetiza de la siguiente manera:

Así mismo, ha sostenido que la idoneidad del mecanismo jurisdiccional que se surte ante la Superintendencia Nacional de Salud debe analizarse en cada caso, por lo que el juez constitucional no puede declarar la improcedencia de la acción de tutela automáticamente[19]; toda vez que deberá tener en consideración las condiciones de salud de la persona que acude al amparo y la urgencia de una resolución pronta.

Igualmente, concluyen que resulta imposible desconocer los problemas de los usuarios para acceder a dicho mecanismo. “Es innegable que las personas pueden acudir con mayor facilidad a un juez dentro del territorio colombiano para presentar una acción de tutela, cosa que no ocurre con el mecanismo a surtirse ante la Superintendencia Nacional de Salud que no cuenta con presencia en todas las ciudades y mucho menos en todos los municipios del país”[20].

(ii) Otras Salas de Revisión estiman que pese a la competencia preferente de la Superintendencia Nacional de Salud para conocer de la protección de garantías en relación con el acceso al derecho fundamental a la salud, este recurso judicial carece de reglamentación suficiente que garantice su idoneidad y eficacia en la protección de este derecho, particularmente cuando está comprometido gravemente el acceso a los servicios de salud en términos de continuidad, eficiencia y oportunidad[21].

2.4.3. Conclusiones sobre la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud. Conforme a lo expuesto, -en virtud de la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud y de la procedencia excepcional de la acción de tutela- la Sala concluye que, en cada caso concreto, el juez constitucional deberá estudiar si, efectivamente, el trámite es

idóneo y eficaz para la urgente protección de las garantías constitucionales, así:

- (i) Si el fundamento de la solicitud de amparo se encuentra cubierta o no dentro de las competencias de la Superintendencia de Salud, circunstancia determinante para que el juez constitucional asuma la competencia principal;
- (ii) Si la Superintendencia Nacional de Salud cuenta con presencia en el lugar de residencia del accionante y/o si tiene acceso a su plataforma virtual;
- (iii) Si existe una respuesta negativa por parte de la entidad prestadora de salud; o si, por el contrario, se desprende de una conducta puramente omisiva que vulnera directamente el derecho iusfundamental a la salud, ámbito sobre el cual el juez constitucional inexorablemente conserva la competencia principal;
- (iv) Aún en caso de que la Superintendencia de Salud tenga la competencia, la jurisprudencia de la Corte ha flexibilizado el requisito de subsidiariedad (frente a trámites administrativos y judiciales) en situaciones de grave vulneración de derechos fundamentales, de manera tal que ese mecanismo no resulte idóneo, ni eficaz, ni célere dadas las condiciones de salud del paciente; y cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional, que se encuentren en situaciones de extrema vulnerabilidad y debilidad manifiesta.

En efecto, aunque el procedimiento judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud, en principio, podría considerarse idóneo para asegurar la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de las personas, la acción de tutela resulta procedente cuando las circunstancias particulares de cada caso concreto hacen que la función jurisdiccional de aquella autoridad no resulte lo suficientemente eficaz para garantizar tales postulados superiores; o cuando el juez constitucional advierta un riesgo de daño inminente y grave que requiera medidas urgentes e impostergables para evitar su ocurrencia.

2.4.4. Subsidiariedad del caso concreto. Sin perjuicio de lo anterior, tomando en consideración que en el caso ahora sometido a revisión está de por medio los derechos fundamentales de sujeto de especial protección constitucional, tanto por su edad como por la situación de enfermedad en la que se encuentra, la Sala advierte que el procedimiento establecido en las leyes 1122 de 2007[22] y 1438 de 2011[23], que otorgó facultades

jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver controversias entre las EPS y sus afiliados, carece de la reglamentación suficiente a la luz de la nueva Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015 y por lo tanto, no puede considerarse un mecanismo de defensa judicial que resulte idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales invocados por los accionantes.

Así las cosas, en lo concerniente a niñas, niños y adolescentes -que se encuentren en situación de discapacidad o enfermedad- el derecho a la salud adquiere mayor relevancia, toda vez que se trata de sujetos que, por su temprana edad y situación de indefensión, requieren de especial protección. Por esta razón, la Corte ha concluido que el análisis de procedencia del amparo debe realizarse de forma flexible, en aras de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

Adicionalmente, esta Corporación ha afirmado que “(...) resulta desproporcionado enviar las diligencias y actuaciones que se han realizado por vía de tutela a dicha Superintendencia, cuando se evidencien circunstancias en las cuales esté en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, pues la eventual demora que implica reiniciar un trámite, por la urgencia y premura con la que se debe emitir una orden para conjurar un perjuicio, podría conducir al desamparo de los derechos o a la irreparabilidad in natura de sus consecuencias, en especial cuando se trata de casos que ya está conociendo el juez constitucional en sede de revisión”[24].

En este orden de ideas, la Sala encuentra configurado el requisito de subsidiariedad, y reconoce que la acción de tutela procede, en el caso objeto de revisión, como mecanismo autónomo y definitivo para proteger los derechos fundamentales invocados.

Lo anterior, por cuanto el trámite ante la Superintendencia de Salud no sería idóneo y eficaz, respecto a la necesidad prioritaria de garantizar el derecho a la salud de sujetos especial protección constitucional, los cuales han sido aparentemente vulnerados por la entidad accionada.

Una vez superado el análisis de los presupuestos formales para la procedencia de la acción de tutela que se revisa, la Sala continuará por presentar las consideraciones a las que haya lugar para efectos de resolver el caso concreto.

3. Problema jurídico a resolver

De conformidad con las circunstancias fácticas que fueron expuestas, y de acuerdo con la decisión adoptada por el juez de instancia en el marco de la acción de tutela objeto de análisis, le corresponde a la Sala Quinta de Revisión resolver el siguiente problema jurídico:

¿SALUD TOTAL EPS-S vulnera el derecho fundamental de acceso a la salud de un niño que tiene padecimientos congénitos, ante la falta de prestación del servicio de atención domiciliaria de las terapias ordenadas y autorizadas o, en su defecto, a cubrir los gastos de transporte (paciente y acompañante) a la ciudad de Pereira o donde sean autorizadas, para que pueda asistir a sus consultas médicas y terapias semanales?

Para resolver el problema jurídico anteriormente planteado, la Sala abordará los siguientes ejes temáticos: (i) el derecho fundamental a la salud y su protección por vía de tutela; (ii) la protección constitucional reforzada de niñas, niños y adolescentes que se encuentren en situación de discapacidad o enfermedad; (iii) el cubrimiento de los gastos de transporte por parte de las Entidades Prestadoras de Salud y, finalmente, (iv) resolver el caso concreto.

4. Derecho fundamental a la salud y su protección por vía de acción de tutela. Reiteración jurisprudencial

El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

Por su parte, el artículo 44 Superior se refiere a la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Esto se complementa con los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad entre los cuales se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2º) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) que contemplan el derecho a la salud y exigen a los Estados parte su garantía y protección.

En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de esta Corporación[25] y, concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015[26], le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares el “(...) trato a la persona conforme con su humana condición (...)”[27].

Respecto de lo anterior, es preciso señalar que la referida Ley Estatutaria fue objeto de control constitucional por parte de esta Corporación y mediante la Sentencia C-313 de 2014 precisó que “la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano”. Bajo la misma línea, la Corte resaltó que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía “pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente”[28].

En suma, a través de la jurisprudencia constitucional y de la Ley Estatutaria se ha definido el rango fundamental del derecho a la salud y, en consecuencia, se ha reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados.

5. Protección constitucional reforzada de niñas, niños y adolescentes que se encuentren en situación de discapacidad o enfermedad. Reiteración jurisprudencial

5.1. Como ya se dijo, el orden constitucional y legal vigente ha sido claro en reconocer que la salud reviste la naturaleza de derecho fundamental autónomo e irrenunciable, susceptible de ser protegido por vía de acción de tutela. Lo anterior, adquiere particular relevancia tratándose de niñas, niños y adolescentes, teniendo éstos un carácter prevalente

respecto de los derechos de los demás, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política[29], en el cual se establecen como derechos fundamentales de los niños “la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social”, precisando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de “asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”.

En lo que corresponde específicamente a las personas en situación de discapacidad o enfermedad, el artículo 13 Superior le ordena al Estado la protección especial de aquellas personas que por sus condiciones físicas o mentales se hallan en condiciones de debilidad manifiesta[30]. Por su parte, el artículo 47 del mismo Texto Constitucional le impone al Estado el deber de adelantar “una política de previsión, rehabilitación e integración social para (...) [personas en situación de discapacidad o enfermedad], a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

A partir de la lectura de los referidos mandatos constitucionales, este Tribunal ha considerado que el propósito del Constituyente en esta materia estuvo orientado a implementar y fortalecer la recuperación y la protección especial de quienes padecen de algún tipo de patología que produce una disminución o pérdida física, sensorial o psíquica, incentivando así, el ejercicio real y efectivo de la igualdad[31].

Por su parte, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño[32] reitera expresamente el derecho de los menores de edad al disfrute del más alto nivel posible de servicios para el tratamiento de las enfermedades que padezcan, así como la rehabilitación de su salud. De esta manera, prevé que “Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”[33]. Del mismo modo, el artículo 3.1 de dicha Convención se refiere al principio de interés superior de los niños, al exigir que en “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o 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”.

Bajo la misma línea, el literal f) del artículo 6º de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 establece

que el Estado está en la obligación de implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral de los derechos consagrados en la Carta Política para las niñas, niños y adolescentes. Estas medidas deben encontrarse formuladas por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años. A su vez, el artículo 11 de la referida ley reconoce como sujetos de especial protección a las niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, adultos mayores, personas que padecen enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, cuya atención no podrá ser limitada o restringida por razones de naturaleza administrativa o económica. Esta disposición normativa reitera el enfoque diferencial y la atención prioritaria que deben tener las niñas, niños y adolescentes en los siguientes términos:

A propósito de lo último, esta Corporación[34] ha precisado que el derecho a la salud implica, no sólo su reconocimiento sino la prestación continua, permanente y sin interrupciones de los servicios médicos y de recuperación en salud. Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que las entidades públicas y privadas que prestan el servicio público de salud deben “procurar la conservación, recuperación y mejoramiento del estado de sus usuarios, así como (...) el suministro continuo y permanente de los tratamientos médicos ya iniciados”[35].

5.2. Ahora bien, tratándose de la prestación del servicio de salud requerido por niñas, niños o adolescentes, o personas en situación de discapacidad, ha señalado la Corte que el examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud debe realizarse de manera dúctil, en aras de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de este tipo de sujetos[36]. Esta Corporación ha sostenido que cualquier afectación a la salud de los menores de edad reviste una mayor gravedad, pues compromete su adecuado desarrollo físico e intelectual. En palabras de la Corte: “En una aplicación garantista de la Constitución, y de los distintos instrumentos que integran el Bloque de Constitucionalidad. La jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes debe ser garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita, sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud”[37].

En atención a lo expuesto, la acción de tutela resulta procedente cuando se trate de

solicitudes de amparo relacionadas o que involucren los derechos de las niñas, niños o adolescentes, más aún si estos padecen alguna enfermedad o afección grave que les genere una condición de discapacidad. Lo anterior, por cuanto se evidencia la palmaria debilidad en que se encuentran y, en consecuencia, la necesidad de invocar una protección inmediata, prioritaria, preferente y expedita del acceso efectivo y continuo al derecho a la salud del cual son titulares.

6. El cubrimiento de los gastos de transporte por parte de las Entidades Prestadoras de Salud. Reiteración jurisprudencial

Si bien es cierto el servicio de transporte no tiene la naturaleza de auxilio médico, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de este Tribunal han considerado que, en determinadas ocasiones, dicha asistencia guarda una estrecha relación con las garantías propias del derecho fundamental a la salud, razón por la cual surge la necesidad de disponer su prestación.

6.1. En desarrollo del anterior planteamiento, la Resolución 5269 de 2017-“Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)” establece, en su artículo 120, que se procede a cubrir el traslado acuático, aéreo y terrestre en ambulancia básica o medicalizada cuando se presenten patologías de urgencia o el servicio requerido no pueda ser prestado por la IPS del lugar donde el afiliado debería recibir el servicio. Así mismo, el artículo 121 de la misma resolución se refiere al transporte ambulatorio del paciente a través de un medio diferente a la ambulancia para acceder a una atención descrita en el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado[38].

Sobre el particular, la Corte ha sostenido que en aquellos casos en que el paciente requiera un traslado que no esté contemplado en la citada Resolución y, tanto él como sus familiares cercanos carezcan de recursos económicos necesarios para sufragarlo, le corresponde a la EPS cubrir el servicio. Ello, en procura de evitar los posibles perjuicios que se pueden llegar a generar como consecuencia de un obstáculo en el acceso al derecho fundamental a la salud.

Respecto de este tipo de situaciones, la jurisprudencia constitucional ha condicionado la obligación de transporte por parte de la EPS, al cumplimiento de los siguientes requisitos:

“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”[39](resaltado fuera del texto original).

6.2. Ahora bien, en cuanto a la capacidad económica del afiliado esta Corte ha señalado que cuando este afirma que no cuenta con los recursos necesarios para asumir los servicios solicitados, lo cual puede ser comprobado por cualquier medio, incluyendo los testimonios, se invierte la carga de la prueba. Por consiguiente, es la EPS la que debe entrar a desvirtuar tal situación, en la medida en que cuenta con las herramientas para determinar si es verdadera o no[40].

6.3. Por otro lado, en relación al tema del transporte se pueden presentar casos en los que el paciente necesita de alguien que lo acompañe a recibir el servicio, como es el caso de las personas de edad avanzada, de las niñas, niños y adolescentes, de las personas en condición de discapacidad o que el tratamiento requerido causa un gran impacto en la condición de salud de la persona. Para estos casos, la Corte ha encontrado que “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’ (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado” la EPS adquiere la obligación de sufragar también los gastos de traslado del acompañante[41].

En conclusión, si bien el ordenamiento prevé los casos en los cuales el servicio de transporte se encuentra cubierto por el PBS, existen otras circunstancias en que, a pesar de encontrarse excluidos, el traslado se torna de vital importancia para poder garantizar la salud de la persona, como sería el caso de los acompañantes.

Por este motivo la Corte ha considerado que el juez de tutela debe analizar la situación en concreto y determinar si a partir de la carencia de recursos económicos tanto del paciente, como de su familia, sumado a la urgencia de la solicitud, se le debe imponer a la EPS la obligación de cubrir los gastos que se deriven de dicho traslado, en aras de eliminar las barreras u obstáculos a la garantía efectiva y oportuna del derecho fundamental a la salud[42].

Atendiendo las circunstancias fácticas descritas y los elementos de juicio plasmados en esta parte considerativa, la Sala entrará a decidir el caso concreto.

7. Análisis del caso concreto

Inicia la Sala por reiterar que la acción de tutela bajo revisión es procedente, puesto que como se explicó en la parte considerativa de esta providencia, la persona que reclama su derecho es sujeto de especial protección constitucional por su edad -por tratarse de un niño de 9 años de edad- por tanto sus derechos prevalecen sobre los demás, y por vía de enfermedad, circunstancias que lo colocan en una posición de debilidad manifiesta, motivo por el cual, esta Corporación ha reconocido que los requisitos para que proceda la acción constitucional deben flexibilizarse con el fin de analizarse el caso planteado para determinar si es viable el amparo de los derechos solicitados. Así las cosas, procede la Corte a resolver el caso concreto.

7.1. La señora Luz Adriana Mosquera Patiño, actuando como representante de su hijo Juan Esteban Hernández Mosquera que padece de trastorno de la recepción del lenguaje, otras malformaciones congénitas del encéfalo especificadas, discapacidad congénita e hipotonía congénita, solicitó ante el juez de tutela la protección de sus derechos a la dignidad humana, la salud, la seguridad social y a la vida, los cuales fueron presuntamente vulnerados por SALUD TOTAL EPS-S, al omitir dar respuesta de la autorización de atención domiciliaria de las diversas terapias ocupacionales prescritas y autorizadas para ser realizadas en una IPS de la ciudad de Pereira, siendo que el paciente reside en Santa Rosa de Cabal, Risaralda.

La entidad accionada, por su parte, sostuvo en su escrito de contestación que, de acuerdo con sus patologías, el niño Juan Esteban Hernández Mosquera ha recibido, por parte de la EPS-S accionada, todos los servicios y tecnologías POS y no POS que le han sido prescritos, siendo autorizados en la ciudad de Pereira, sin pronunciarse sobre la solicitud de brindar un tratamiento y/o atención domiciliaria. En cuanto a la solicitud de cubrir los gastos del servicio de transporte, señaló que no se encuentra incluido en el PBS y tampoco hay orden médica que dé cuenta de la necesidad del mismo.

De la referida acción constitucional conoció el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Rosa de Cabal – Risaralda que, mediante sentencia del 22 de marzo de 2018, resolvió

declarar la improcedencia de la acción de tutela promovida a favor de Juan Esteban Hernández Mosquera considerando que a pesar de estar autorizadas las terapias, resulta imposible para la EPS-S trasladar todos los insumos y demás servicios especializados al domicilio del niño para la práctica de las mismas siendo evidente que para la realización del tratamiento se requiere la asistencia de un prestador especializado que cuente con la infraestructura necesaria para su eficaz práctica.

7.2. A partir de las pruebas allegadas al proceso, la Sala encontró probados los siguientes hechos:

(i) Juan Esteban Hernández Mosquera de 9 años, padece de trastorno de la recepción del lenguaje, otras malformaciones congénitas del encéfalo especificadas, discapacidad congénita e hipotonía congénita.

(ii) Se encuentra afiliado al régimen subsidiado de salud en calidad de beneficiario de su madre.

(iii) Como consecuencia de su patología, el médico tratante de SALUD TOTAL EPS-S le ordenó un tratamiento de tres (3) meses con terapias ocupacionales con énfasis en neurodesarrollo (2 terapias por semana), adicionalmente terapia de fonoaudiología con énfasis en neurodesarrollo (2 terapias por semana) y 10 terapias de fonoaudiología, las cuales fueron autorizadas en la ciudad de Pereira, Risaralda.

(iv) El paciente tiene su lugar de residencia en Santa Rosa de Cabal, municipio ubicado en el Departamento de Risaralda.

(v) En el trámite de la tutela, la EPS-S demostró que ha autorizado los servicios, medicamentos, insumos y tecnologías que han sido prescritos al niño.

(vi) En relación con el servicio de transporte solicitado señaló que, además de que no se encuentra incluidos en el POS (ahora Plan de Beneficios en Salud-PBS), tampoco hay orden médica que dé cuenta de la necesidad del mismo.

(vii) En atención al requerimiento respecto a la atención y/o tratamiento domiciliario, aclaró que el lugar de residencia del paciente -Santa Rosa de Cabal- no está incluido dentro de la zona de cobertura del Programa de Atención Domiciliaria en el Departamento de

Risaralda.

7.3. El caso concreto gira en torno a si la entidad SALUD TOTAL EPS-S vulneró el derecho fundamental de acceso a la salud de Juan Esteban Hernández Mosquera que tiene padecimientos congénitos, ante la falta de prestación del servicio de atención domiciliaria de las terapias ordenadas y autorizadas o, en su defecto, a cubrir los gastos de transporte (paciente y acompañante) a la ciudad de Pereira o donde sean autorizadas, para que pueda asistir a sus consultas médicas y terapias semanales.

7.3.1. Respecto del servicio de atención domiciliaria. En virtud del material probatorio, la Sala advierte que no existe cobertura en el lugar de residencia del paciente -Santa Rosa de Cabal- tanto para realizar las terapias (razón por la cual han sido autorizadas en la ciudad de Pereira), como para ser incluidas en el Programa de Atención Domiciliaria, circunstancias que no afectan sus derechos, toda vez que se requeriría una infraestructura adecuada para su tratamiento, que no puede obligarse a la EPS a asumirla y, además, resulta más costo-eficiente en términos de derechos fundamentales que se costeen los gastos de transporte del niño y su acompañante.

7.3.2. Respecto del servicio de transporte. Es preciso empezar por advertir que de la lectura de las Resoluciones 5267[43] y 5269[44] de 2017 y de la Resolución 0046 de 2018[45] -expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social- se puede sostener que las prestaciones derivadas del servicio de salud, se dividen en tres grandes categorías: i) servicios y tecnologías que se encuentran incluidos expresamente en el PBS, ii) servicios y tecnologías que están taxativamente excluidos del PBS, y iii) servicios y tecnologías que no se encuentran incluidos pero que tampoco han sido excluidos del PBS.

Finalmente, en cuanto a la autorización del servicio de transporte al niño Juan Esteban y su acompañante, es preciso señalar que en tanto el mismo no se encuentra excluido del Plan de Beneficios en Salud, debe entenderse incluido. No obstante, actualmente su prestación se encuentra regulada por los artículos 120 y 121 de la Resolución No. 5269 de 2017, en los cuales se establece que el servicio de transporte en ambulancia debe correr a cargo de la EPS en dos circunstancias específicas, a saber: (i) cuando se presenten patologías de urgencia o (ii) cuando el servicio requerido no pueda ser prestado por la IPS del lugar donde el afiliado debería recibir la atención. Así mismo, se precisó que el transporte en un medio

diferente a la ambulancia podrá, igualmente, ser autorizado por la EPS cuando se requiera acceder a una atención en salud que tenga lugar en un municipio distinto a la residencia del paciente[46].

Así, aun cuando el servicio de transporte no se encuentra excluido del PBS, su accesibilidad está condicionada al cumplimiento de los presupuestos antes enunciados, de manera que, en los casos en que la situación fáctica bajo análisis no se enmarque dentro de los mismos, el cargo de la prestación no le corresponde ser asumida directamente a la EPS.

Como ya se advirtió, la Corte ha señalado que si bien el servicio de transporte no tiene propiamente la naturaleza de prestación médica, existen circunstancias en las cuales la falta del mismo afecta las garantías propias del derecho fundamental a la salud. De este modo, ha considerado que le corresponde al juez constitucional analizar la situación en concreto y determinar si a partir de la carencia de recursos económicos tanto del paciente, como de su familia, sumado a la urgencia de la solicitud, se le debe imponer a la EPS la obligación de cubrir los gastos de transporte.

7.4. En el caso objeto de estudio, se advierte que de las pruebas que obran en el expediente se pudo establecer que el domicilio del niño Juan Esteban es el municipio de Santa Rosa de Cabal (Risaralda) y de acuerdo con la información suministrada por la accionada “las terapias y controles médicos están a cargo de la I.P.S Jhon Jairo Silvestre Avendaño en Pereira”. Con lo cual, entiende la Sala que la representante solicita el servicio de transporte para que su hijo pueda ser trasladado desde su lugar de residencia hasta Pereira, lugar donde la entidad SALUD TOTAL EPS-S le presta los servicios de atención médica que requiere o hasta otro municipio donde se remite, si así sucede.

Ahora bien, en consonancia con las normas que regulan la materia, para la Sala es claro que en correspondencia con lo señalado por la demandada en relación con el lugar donde se le prestan los servicios médicos a Juan Esteban Hernández Mosquera, no existe razón alguna para que la EPS-S no proceda a autorizar el transporte para el niño y su acompañante. Todo esto, en consideración a que la atención en salud del paciente tiene lugar en un municipio distinto al de su residencia, hecho que da lugar a un traslado, donde se hace imperioso el uso de un vehículo, máxime si se toma en consideración el estado de salud en el que se encuentra el infante y su nivel de dependencia en relación con su madre o cuidador.

Por lo expuesto, los argumentos de la EPS accionada y del juez de instancia resultan vulneradores de los derechos fundamentales de Juan Esteban Hernández Mosquera al afirmar:

- Que resultaba inviable el reconocimiento del servicio de transporte porque la ciudad no se encuentra entre las denominadas zonas especiales por dispersión geográfica.
- Que una solución sería que la madre y su hijo tuvieran un domicilio temporal en la ciudad de Pereira, donde la EPS podría atenderlo durante el tiempo necesario.
- Que el municipio presta un buen servicio de transporte intermunicipal de bajo costo, entre el municipio de residencia y la ciudad donde debe realizarse el tratamiento.

Adicionalmente, este Despacho encuentra que se cumplen con los presupuestos desarrollados por este Tribunal para imponerle a la EPS-S demandada la obligación de asumir los gastos de transporte del representado.

Lo anterior, por cuanto, (i) como ya se explicó, la madre del paciente (menor de edad) no se encuentra en condiciones económicas que le permitan asumir los costos que se puedan generar para trasladar a su hijo desde Santa Rosa de Cabal hasta Pereira; (ii) además, el paciente -por ser menor de edad- depende de la atención permanente de su progenitora para garantizar su integridad física, por lo que proceden los gastos de transporte para el acompañante que -en principio- no están cubiertos; y (iii) la falta de acceso a este servicio podría afectar las condiciones de salud e integridad física del niño, como quiera que no podría asistir a las terapias, los controles y citas médicas prescritas para el tratamiento adecuado de su enfermedad.

7.5. Por lo anterior, la Sala procederá a ordenarle a SALUD TOTAL EPS-S que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, cubra los gastos de transporte para trasladarse a las citas médicas y sesiones de terapia en el municipio de Pereira, autorizadas a Juan Esteban Hernández Mosquera, junto con su acompañante.

Lo anterior, sin perjuicio de que -garantizando el derecho fundamental al debido proceso- la entidad verifique la real situación económica de la accionante y su beneficiario, pues, si

posteriormente logra evidenciar que cuenta con los recursos para asumir los gastos de transporte, cesará la obligación de SALUD TOTAL EPS-S de correr con los mismos.

III.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 22 de marzo de 2018 proferida por Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Rosa de Cabal, mediante la cual declaró improcedente la acción de tutela instaurada por Luz Adriana Mosquera en calidad de representante del niño Juan Esteban Hernández Mosquera contra SALUD TOTAL EPS-S. En su lugar CONCEDER el amparo solicitado, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a SALUD TOTAL EPS-S que en un término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, cubra los gastos de transporte para trasladarse a las citas médicas y sesiones de terapia en el municipio de Pereira, autorizadas a Juan Esteban Hernández Mosquera, junto con su acompañante.

Lo anterior, sin perjuicio de que -garantizando el derecho fundamental al debido proceso- la entidad verifique la real situación económica de la accionante y su beneficiario, pues, si posteriormente logra evidenciar que cuenta con los recursos para asumir los gastos de transporte, cesa la obligación de SALUD TOTAL EPS-S de correr con los mismos.

TERCERO.- Por Secretaría General líbrese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] El presente capítulo resume la narración hecha por las partes, así como otros elementos fácticos y jurídicos obrantes en el expediente, los cuales se consideran relevantes para comprender el caso.

[2] Ver a folio 12 del cuaderno 1.

[3] Obra a folios 15 al 26 del cuaderno 1.

[4] Ver folio 3 del cuaderno 1.

[5] Ver folio 4 del cuaderno 1.

[6] Ver folios 5 y 6 del cuaderno 1.

[7] Ver folios 7 al 10 del cuaderno 1.

[8] Ver a folio 34 del cuaderno 1.

[9] Ver folios 19 y 20 del cuaderno de revisión.

[10] Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 “la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (...) También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de

promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.” (Negrilla fuera del texto original).

[11] Corte Constitucional, Sentencias T-557 de 2016, T-083 de 2016, T-291 de 2016.

[12] Ver sentencias T-308 de 2011, T-482 de 2013, T-841 de 2011.

[13] Sentencias T-408 de 1995, T-482 de 2003, T-312 de 2009, T-020 de 2016, entre otras.

[14] “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

[15] Sobre la materia, revisar la sentencia SU-391 de 2016.

[16] Sentencia T-590 de 2014.

[17] Ver sentencia T-804 de 2013.

[18] Ver, entre otras, las Sentencias T-603 de 2015, T-098 y T-400 de 2016 y T-450 de 2016.

[19] Cfr. Sentencia T-707 de 2016.

[20] Sentencia T-450 de 2016.

[21] Ver, entre otras, las sentencias T-014 de 2017; T-313 y T-406 de 2015 y T-804 de 2013.

[22] “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

[23] “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

[24] Sentencia T-592 de 2016. En el mismo sentido, ver sentencias T-862 de 2013, T-316A de 2013, T-678 de 2014 y T-450 de 2016.

[25] Mediante sentencia T-760 de 2008, la Corte puso de presente la existencia de fallas estructurales en la regulación del Sistema de Seguridad Social en Salud, se afirmó que el derecho fundamental a la salud es autónomo “en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”. Con este desarrollo jurisprudencial se puso fin a la interpretación restrictiva de la naturaleza del derecho a la salud como derecho conexo a otros, y se pasó a la interpretación actual como un derecho fundamental nato.

[27] Sentencia T-760 de 2008.

[28] Sentencia C-313 de 2014.

[29] Ver sentencias de reiteración T-397 de 2004; T-943 de 2004; T-765 de 2011, T-610 de 2013, T-799 de 2014, T-177 de 2017, T-306 de 2017, T-089 de 2018 y T-196 de 2018, entre otras.

[30] Artículo 13 de la Constitución Política “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

[31] Sentencia T-086 de 2016.

[32] Adoptada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

[33] Artículo 24 de la Ley 12 de 1991.

[34] Sentencias T-335 de 2006, T-672 de 2006, T-837 de 2006, T-765 de 2008, entre otras

[35] Cfr. Sentencias T-768 de 2008, T-158 de 2010, T-126 de 2014 y T-557 de 2016, entre otras.

[36] Sentencia T-121 de 2015, citada en Sentencia T-196 de 2018. Ver también T-104 de 2017.

[37] Sentencia T-447 de 2014, subrayado fuera del texto original.

[38] Resolución 5269 de 2017. ART. 120. Transporte o traslados de pacientes. El plan de beneficios en salud con cargo a la UPC financia el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos

1. Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio pre hospitalario y de apoyo terapéutico en ambulancias 2. 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 financiado con recursos de la UPC el traslado en ambulancia en caso de contra referencia.

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 financia el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe.

ART. 121. Transporte del paciente ambulatorio. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención descrita en el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica. AR. Las EPS o las entidades que hagan sus veces igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario deba trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de este acto administrativo, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la EPS o la entidad que haga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la EPS o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial.

[39] Sentencia T-154 de 2014.

[40] Cfr. las sentencias T-048 de 2012, T-148 de 2016, T-062 de 2017 y T-597 de 2017,

entre otras.

[41] Cfr. las sentencias T-154 de 2014; T-674 de 2016; T-062 de 2017; T-032, T-163 y T-196 de 2018, entre otras.

[42] Sentencia T- 062 de 2017.

[43] Por la cual Adopta el Listado de Servicios y tecnologías que serán Excluidas de la Financiación de Recursos públicos asignados a la Salud.

[44] Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con Cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

[45] Por medio de la cual se corrigen unos errores de carácter formal en la Resolución 5269 de 2017.

[46] Parágrafo del artículo 121 de la Resolución No. 5269 de 2017,