

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Caso en el que se requiere la prestación del servicio de transporte, enfermería y ayudas técnicas para un menor en situación de discapacidad

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS COMO FUNDAMENTAL-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Carácter autónomo e irrenunciable

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Protección constitucional e internacional

La Corte ha establecido que la acción de tutela procede directamente para salvaguardar el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbre su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria. En consecuencia, cualquier desconocimiento de estos derechos exige una actuación por parte de las autoridades, lo cual incluye principalmente al juez constitucional

DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO

El servicio de salud debe ser prestado atendiendo, entre otros, al principio de integralidad. En consecuencia, debe ser prestado de manera eficiente, con calidad y oportunamente, en la etapa previa, durante y con posterioridad a la recuperación del estado de salud de la persona

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Fundamental como parte de la salud

Para garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud es necesario, entre otras cosas, que el individuo cuente con un diagnóstico efectivo. Lo anterior conlleva una valoración oportuna sobre las dolencias que aquejan al paciente, la determinación de la enfermedad que padece y el establecimiento de un procedimiento médico específico a seguir para lograr el restablecimiento de su salud

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-

Requisitos

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-
Criterios de exclusión de financiamiento con recursos públicos de la salud

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-
Reglamentación del procedimiento de exclusión de servicios y tecnologías

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS-Requisitos

ACCESIBILIDAD AL DERECHO A LA SALUD-Transporte no puede ser obstáculo para acceder a
los servicios de salud de quienes no tienen capacidad económica para asumirlos

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-
Reglas jurisprudenciales

ATENCION DOMICILIARIA-Concepto

ATENCION DOMICILIARIA-Exigencia de prescripción médica sobre su pertinencia y
oportunidad

AUTORIZACION DE SERVICIOS E INSUMOS-Las sillas de ruedas son ayudas técnicas incluidas
en el PBS

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-
Orden a la EPS de autorizar el servicio de transporte intermunicipal

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-
Orden a la EPS de convocar junta médica para valorar la necesidad de las ayudas técnicas y
del servicio de enfermería

Referencia: Expediente T-6.567.388

Acción de tutela instaurada por Deysi Yandy Zambrano, en representación de su hijo menor
de edad Maicol Yordani Yandy Zambrano, contra la Asociación Indígena del Cauca EPS-I

Magistrada Ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela de única instancia adoptado el 12 de octubre de 2017 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Jamundí, Valle del Cauca, mediante el cual se negó la acción de tutela interpuesta por la señora Deysi Yandy Zambrano, en representación de su hijo menor de edad Maicol Yordani Yandy Zambrano, contra la Asociación Indígena del Cauca EPS-I.

I. ANTECEDENTES

El 29 de septiembre de 2017, la señora Deysi Yandy Zambrano, en representación de su hijo menor de edad Maicol Yordani Yandy Zambrano, presentó acción de tutela contra la Asociación Indígena del Cauca EPS-I, por considerar que esta entidad vulneraba los derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana, a la seguridad social y a la vida digna de su hijo, al no suministrarle una silla de ruedas, así como los servicios de transporte en ambulancia y enfermería[1].

1. Hechos

Maicol Yordani Yandy Zambrano es un niño indígena de cinco años de edad[2], que reside, junto con su madre, la señora Deysi Yandy Zambrano, en el municipio de Jamundí, Valle del Cauca. Tanto Maicol Yordani como su madre se encuentran afiliados al régimen subsidiado de salud, a través de la Asociación Indígena del Cauca EPS-I[3].

Maicol Yordany ha sido diagnosticado con parálisis cerebral espástica y síndromes epilépticos especiales. Por lo tanto, de acuerdo con historia clínica del 10 de noviembre de 2015[4], requiere terapias integrales dos veces por semana. Adicionalmente, cada cuatro meses, debe acudir a control médico a la Fundación Clínica Infantil Club Noel IPS, ubicada en la ciudad de Cali. Por último, según informa su madre, el niño actualmente tiene una gastrostomía.

La señora Deysi Yandy Zambrano manifiesta que su hijo no puede desplazarse por sí mismo, por lo que, entre otras cosas, ella debe llevarlo en brazos “en los distintos recorridos y desplazamientos que debe realizar (...) para sus citas médicas”[5]. Igualmente, indica que ella es madre cabeza de hogar y que le es difícil dejar a su hijo al cuidado de otra persona mientras ella trabaja.

En razón de lo anterior, la señora Yandy Zambrano señala que ha solicitado a los médicos tratantes de su hijo el servicio de ambulancia, para que el niño pueda acudir a sus citas médicas y terapias, así como la asignación de una enfermera y el suministro de una silla de ruedas. Sin embargo, los médicos tratantes se han negado a emitir orden médica y, en consecuencia, la EPS-I no ha autorizado el suministro de los servicios e insumos requeridos.

2. Fundamentos de la solicitud

Con fundamento en los anteriores hechos, el 29 de septiembre de 2017, la señora Deysi Yandy Zambrano, en representación de su hijo menor de edad Maicol Yordani Yandy Zambrano, presentó acción de tutela contra la Asociación Indígena del Cauca EPS-I. La actora señala que su hijo, Maicol Yordani, es sujeto de especial protección constitucional, por ser menor de edad, pertenecer a una comunidad indígena, y enfrentar una condición de discapacidad. Afirma que la Asociación Indígena del Cauca EPS-I ha vulnerado los derechos fundamentales de su hijo al no prestarle el servicio de enfermería en casa ni suministrarle la silla de ruedas que requiere, y al no prestarle el servicio de ambulancia para desplazarse desde su residencia en el municipio de Jamundí hasta los centros médicos de Cali donde le realizan las terapias a Maicol Yordani y donde se encuentra el médico tratante.

En consecuencia, la actora solicitó: (i) tutelar los derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana, a la seguridad social y a la vida digna de su hijo; (ii) ordenar a la Asociación Indígena del Cauca EPS-I que realice la entrega de una silla de ruedas acorde con las condiciones y edad de Maicol Yordani Yandy Zambrano y que autorice la prestación del servicio de ambulancia “que le permita al niño trasladarse en condicione cómodas y dignas” [6] y del servicio de enfermería “que le ayude a la madre durante el día con el cuidado del menor para que [...] pueda ir a trabajar”[7]; y (iii) ordenar a la entidad accionada brindar una atención integral, “que garantice de manera total la protección de las

necesidades del estado de salud de [Maicol Yordani Yandy Zambrano]”[8].

3.1. El 29 de septiembre de 2017, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Jamundí, Valle del Cauca, admitió la acción de tutela contra la Asociación Indígena del Cauca EPS-I, dispuso vincular a la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca y corrió traslado de dicha acción con el fin de que las entidades ejercieran sus derechos de contradicción y defensa[9]. Las entidades se pronunciaron como se expone a continuación.

3.2. Asociación Indígena del Cauca EPS-I[10]. El 4 de octubre de 2017, el señor Oscar Alexander Tosne Palechor, en calidad de apoderado judicial de la Asociación Indígena del Cauca EPS-I, solicitó negar la acción de tutela interpuesta por la señora Deysi Yandy Zambrano, en representación de su hijo Maicol Yordani Yandy Zambrano.

Señaló que la Asociación Indígena del Cauca EPS-I no ha autorizado los servicios e insumos solicitados por la actora porque no ha recibido una orden médica al respecto, y porque en la historia clínica aportada por la accionante al proceso tampoco consta orden del médico tratante.

Adicionalmente, afirmó que, como la historia aportada por la señora Yandy Zambrano es de 10 de noviembre de 2015, la Asociación Indígena del Cauca EPS-I no cuenta con una historia clínica reciente del niño. Manifestó que le solicitó a la accionante que aportara al punto de atención de la entidad ese documento y afirmó que, como la señora Deysi Yandy Zambrano no lo ha hecho, ello impide que la EPS-I estudie y dé viabilidad a sus solicitudes.

De otra parte, indicó que se debe tener en cuenta que “algunos de los servicios que requiere el afectado se encuentran excluido (SIC) del POS [y] deben ser tramitados mediante el Comité Técnico Científico - CTC, que es el área encargada de estudiar y aprobar o no aprobar los servicios NO POS”[11].

Por último, manifestó que, como no existe orden médica relacionada con los servicios e insumos solicitados por la accionante, debía declararse el hecho superado.

3.3. Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca[12]. El 3 de octubre de 2017, la señora Lyda Caicedo Martínez, Jefe de la Oficina Jurídica de la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca dio respuesta a la acción de tutela y solicitó exonerar a dicha

entidad de brindar la atención solicitada por la accionante.

Señaló que, de conformidad con las normas vigentes y en especial la Resolución 6408 de 2016, la Asociación Indígena del Cauca EPS-I tiene la obligación de brindar los servicios de salud que requiere Maicol Yordani Yandy Zambrano, de forma integral y oportuna, a través de las IPS públicas o privadas con las cuales tenga contrato de prestación de servicios de salud.

Finalmente, indicó que el suministro de medicamentos, exámenes, insumos, materiales y equipos médicos debe estar soportado en una orden o fórmula médica emitida por el médico tratante y que “si estos se encuentran excluidos [del] Plan Obligatorio de Salud o NO contenidos en el Plan de Beneficios en Salud -PBS / NO POS, bien puede la Empresa Promotora de Salud prestar los servicios y recobrarlos al FOSYGA/Consortio SAYP- Sistema de Administración y Pagos”[13].

3.4. Mediante Auto del 9 de octubre de 2017[14], el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Jamundí requirió a la señora Deisy Yandy Zambrano para que aportara la orden expedida por el médico tratante respecto de la silla de ruedas, el transporte en ambulancia y el servicio de enfermera para el menor Maicol Yordani Yandy Zambrano. El 10 de octubre de 2017, la actora dio respuesta a este requerimiento en el siguiente sentido:

“Me permito dirigirme a ustedes, ya que mi hijo de 4 años de edad con una discapacidad (parálisis cerebral), atendido por medio de la EPS AIC en el Club Noel de la ciudad de Cali, el neurólogo infantil Santiago Sergio Cruz Zamorano no me expide la orden a lo que se le está pidiendo lo cual es de vital importancia para Maicol”[15].

Adicionalmente, manifestó que no cuenta con una historia clínica de su hijo actualizada.

4. Sentencia objeto de revisión[16]

El 12 de octubre de 2017, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Jamundí resolvió negar el amparo de los derechos a la salud, a la dignidad humana, a la seguridad social y a la vida digna de Maicol Yordani Yandy Zambrano. Consideró que la EPS-I accionada no había vulnerado los derechos del niño, en la medida en que la accionante no aportó órdenes médicas que contemplaran la prestación de los servicios de transporte en ambulancia y

enfermería, ni el suministro de una silla de ruedas para Maicol Yordani.

Esta autoridad judicial hizo énfasis en la ausencia de una historia clínica reciente del niño. Resaltó que la señora Deisy Yandy Zambrano no aportó a la Asociación Indígena del Cauca EPS-I las órdenes médicas expedidas por el médico tratante, a pesar de haber sido requerida por la entidad para ello. De acuerdo con el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Jamundí, lo anterior, junto con el hecho de que al proceso de tutela solo se allegó copia de la historia clínica del niño de fecha 10 de noviembre de 2015, indica que la señora Yandy Zambrano, “en el lapso de casi dos años, no ha llevado al menor a control médico para su patología”[17].

En consecuencia, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Jamundí, además de negar la acción de tutela, ordenó compulsar copias al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, centro zonal Jamundí, para que “asuma la investigación correspondiente, tendiente a verificar las condiciones en que se encuentra el menor Maicol Yordani Yandy Zambrano y así mismo verificar la necesidad de los insumos y servicios solicitados por la señora madre del menor Deysi Yandy Zambrano y en general tome las medidas tendientes a garantizar los derechos del menor”[18].

5. Actuaciones adelantadas en Sede de Revisión

En sede de revisión, mediante auto del 19 de abril de 2018[19], la Magistrada sustanciadora decretó pruebas para conocer: (i) si, a la fecha, los médicos tratantes del niño habían emitido orden médica alguna encaminada al suministro de los servicios e insumos solicitados por a accionante; (ii) cómo se ha estado transportando entre su residencia en el municipio de Jamundí y la Fundación Clínica Infantil Club Noel IPS, ubicada en la ciudad de Cali; y cuál es el concepto de los médicos tratantes de Maicol Yordani (iii) respecto de su estado de salud y (iv) sobre la necesidad de contar con los servicios e insumos solicitados.

La señora Deysi Yandy Zambrano y la Asociación Indígena del Cauca EPS-I no dieron respuesta al requerimiento del auto del 19 de abril de 2018. La IPS Fundación Clínica Infantil Club Noel respondió en el sentido que se describe a continuación.

Respuesta de la Fundación Clínica Infantil Club Noel[20]

El 2 de mayo de 2018, la Directora Médica de la Fundación Clínica Infantil Club Noel, Luz Myriam Claros Giraldo, dio respuesta al requerimiento de la Magistrada Sustanciadora, anexó la historia clínica de las atenciones de Maicol Yordani Yandy Zambrano en la Fundación Clínica Infantil Club Noel y señaló que en dicha historia clínica no se encuentra evidencia de que se haya ordenado el servicio de enfermería, el servicio de transporte intermunicipal o el suministro de una silla de ruedas.

Asimismo, manifestó que, para determinar la necesidad de estos insumos y servicios, era necesario realizar una Junta Médica multidisciplinaria con la participación de las especialidades de Neurología Pediátrica y Fisiatría. Agregó que “para esto se requiere orden de autorización expedida por la aseguradora para programarla de acuerdo con la disponibilidad de los especialistas requeridos”[21]

Por último, vale la pena señalar que, de acuerdo con la historia clínica aportada, la última atención del niño en la IPS fue el 30 de abril de 2018 en consulta externa. En la historia clínica de esa fecha se observan las siguientes órdenes médicas emitidas por el Neurólogo Infantil Eduardo Fonseca Santos[22]:

- Valoración por fisiatra (Control en 4 meses).
- Consulta de control por especialista en medicina física y rehabilitación.
- Consulta de control o de seguimiento por especialista en neurología pediátrica (Control en 4 meses).
- Terapia física integral (terapias integrales de neurodesarrollo, 2 sesiones por semana por 4 meses).
- Terapia fonoaudiológica integral (terapias integrales de neurodesarrollo, 2 sesiones por semana por 4 meses).
- Terapia ocupacional integral (terapias integrales de neurodesarrollo, 2 sesiones por semana por 4 meses).
- Exámenes de laboratorio: (i) Transaminasa glutámico – pirúvica (Alanino amino transferasa); (ii) Transaminasa glutámico oxalacética (Aspartato amino trasferasa); y (iii)

Hemograma III automatizado.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 16 de febrero de 2018, proferido por la Sala de Selección Número Dos, que decidió escoger para revisión el expediente de la referencia.

2. Problema jurídico

2.1. De acuerdo con los hechos y pruebas descritas, le corresponde a esta Sala de Revisión definir si una EPS vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de un niño que sufre graves padecimientos de salud que afectan su movilidad, al no suministrar una silla de ruedas, ni prestar los servicios de enfermería y de transporte, con fundamento en la ausencia de una orden médica.

2.2. Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala reiterará el precedente constitucional en relación con el derecho a la salud de los niños. Posteriormente, abordará el principio de integralidad del derecho a la salud y el derecho al diagnóstico efectivo. A continuación, se referirá a los servicios e insumos incluidos y excluidos en el Plan de Beneficios en Salud, y, en específico, a la autorización de los servicios de transporte y de atención domiciliaria, y al suministro de ayudas técnicas como las sillas de ruedas. Finalmente, realizará el análisis del caso de Maicol Yordani Yandy Zambrano.

3. El derecho a la salud de los niños

3.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido de manera reiterada que el derecho a la salud es un derecho fundamental[23]. Adicionalmente, la Ley Estatutaria 1751 de 2015[24] recogió los avances jurisprudenciales en la materia y definió legalmente el derecho a la salud como un derecho autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como

en lo colectivo[25]. En este sentido, en la Sentencia C-313 de 2014[26], la Corte señaló:

“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”[27]

3.2. En relación con los derechos de los niños, el artículo 44 Superior consagra su prevalencia sobre los de los demás y establece, de manera expresa, que el derecho a la salud de los niños es fundamental. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías[28].

3.3. Esta protección especial a los niños, niñas y adolescentes en salud también ha sido reconocida en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como la Convención sobre los Derechos del Niño[29], la Declaración de los Derechos del Niño[30], el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[31], el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[32], la Convención Americana sobre Derechos Humanos[33], la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948[34], entre otros[35].

3.4. En virtud de lo anterior, la Corte ha establecido que la acción de tutela procede directamente para salvaguardar el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes[36]. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbra su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria[37]. En consecuencia, cualquier desconocimiento de estos derechos exige una actuación por parte de las autoridades, lo cual incluye principalmente al juez constitucional.

4. El principio de integralidad del derecho a la salud y el derecho a un diagnóstico

efectivo

4.1. De acuerdo con el artículo 8º de la Ley Estatutaria de Salud, el servicio de salud debe ser prestado atendiendo, entre otros, al principio de integralidad. En consecuencia, debe ser prestado de manera eficiente[38], con calidad[39] y oportunamente[40], en la etapa previa, durante y con posterioridad a la recuperación del estado de salud de la persona[41]. El mencionado artículo establece:

“Artículo 8º. La integralidad. 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, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. 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.”

En consecuencia, dicho principio supone que el servicio de salud suministrado por parte de las instituciones adscritas al sistema debe “contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento de la salud, o para la mitigación de las dolencias que le impiden al paciente mejorar sus condiciones de vida”[42].

4.2. Ahora bien, para garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud es necesario, entre otras cosas, que el individuo cuente con un diagnóstico efectivo[43]. Lo anterior conlleva una valoración oportuna sobre las dolencias que aquejan al paciente, la determinación de la enfermedad que padece y el establecimiento de un procedimiento médico específico a seguir para lograr el restablecimiento de su salud[44].

El diagnóstico médico constituye, entonces, un punto de partida para garantizar el acceso a los servicios médicos, toda vez que, a partir de una delimitación concreta de los tratamientos, medicamentos, exámenes e insumos requeridos, se pueden desplegar las

actuaciones tendientes a restablecer la salud del paciente. De ahí que el derecho a tener un diagnóstico efectivo sea vulnerado cuando, entre otras, las EPS o sus médicos adscritos demoran o se rehúsan a establecer un diagnóstico para el paciente, así como la prescripción de un tratamiento para superar una enfermedad[45].

5. La autorización de servicios e insumos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud

5.1. En virtud del principio de integralidad del derecho fundamental a la salud, cuando el profesional de la salud determina que un paciente requiere la prestación de servicios médicos, la realización de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, la EPS correspondiente tiene el deber de proveérselos, sin importar que estén o no incluidos expresamente en el Plan de Beneficios en Salud (PBS) con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)[46].

5.2. Ahora bien, de manera reiterada, la Corte Constitucional ha señalado que la ausencia de inclusiones explícitas en el PBS no puede constituir una barrera insuperable entre los usuarios del sistema de salud y la atención eficaz de sus patologías, pues existen circunstancias en las que su autorización implica la única posibilidad eficaz de evitarles un perjuicio irremediable. Tal responsabilidad está a cargo de las prestadoras de salud, pero ante el incumplimiento de su deber constitucional y legal, es el juez de tutela el llamado a precaver y remediar dicha situación y exaltar la supremacía de las garantías constitucionales que se puedan conculcar.

Por tanto, en los eventos en que se reclamen elementos no incluidos expresamente en el Plan de Beneficios en Salud, el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos para determinar si procede su autorización[47]:

- i. La falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida o a la integridad personal de quien lo requiere;
- ii. El servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Plan de Beneficios en Salud;
- iii. Ni el interesado ni su núcleo familiar pueden costear las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada a cobrar y no

puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie[48]; y

iv. El servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien lo solicita, o se puede deducir razonablemente que la persona requiere dicho servicio.

Con todo, como en estos casos los procedimientos, servicios, medicamentos o insumos no se encuentran cubiertos expresamente por el PBS con cargo a la UPC o se encuentran cubiertos, pero no financiados por la UPC, las EPS deben adelantar el mecanismo previsto en la Resolución 1885 de 2018[49] para que la Administradora de los Recursos del Sistema General del Sistema de Salud -ADRES-[50] reconozca los gastos en que incurrió. En consecuencia, las Entidades Promotoras de Salud deben acatar el procedimiento allí establecido para efectuar la correspondiente solicitud de cobro del servicio, procedimiento, medicamento o insumo no financiado por la UPC.

5.3. Ahora bien, vale la pena resaltar que el Sistema de Seguridad Social en Salud presenta la posibilidad de establecer algunas exclusiones. Así, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 dispone que los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios de exclusión:

- “a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.”

Adicionalmente, dispone que los servicios o tecnologías que no cumplan con alguno de estos criterios serán excluidos de manera explícita del Plan de Beneficios en Salud, previo

un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

Teniendo en cuenta lo anterior, mediante la Resolución 330 del 14 de febrero de 2017[51], el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó dicho procedimiento con el fin de dar aplicación a los criterios de exclusión definidos en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, y, con ello, construir y actualizar periódicamente la lista de tecnologías que no serán financiadas con recursos públicos asignados a la salud.

Con base en este procedimiento, durante el 2017 el Ministerio de Salud y Protección Social adelantó cada una de las fases para determinar las tecnologías y los servicios excluidos del Plan de Beneficios en Salud y, en diciembre de ese año, a través de la Resolución 5267, adoptó el primer listado de exclusiones, el cual entró en vigencia el 1 de enero de 2018[52].

Por tanto, hasta el momento, los únicos servicios o tecnologías que se encuentran excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud, son aquellos contenidos en la Resolución 5267 de 2017[53].

5.4. En síntesis, el alcance del derecho a la salud en Colombia impone a las EPS y al Estado la obligación de brindar a los usuarios del sistema los servicios, insumos, medicamentos y procedimientos médicos que, de acuerdo con el criterio médico-científico del profesional de la salud, requieran. En ese sentido, el sistema prevé tres posibilidades:

i. Que se encuentren incluidos en el PBS con cargo a la UPC, en cuyo caso, al ser prescritos, deben ser suministrados por la EPS y financiados por la UPC;

ii. Que no estén expresamente incluidos en el PBS con cargo a la UPC o que, a pesar de estarlo en el PBS, no sean financiados por la UPC. En este evento, se deberá adelantar el procedimiento previsto por la Resolución 1885 de 2018 para su suministro y para que la EPS solicite el recobro a la ADRES. Adicionalmente, en caso de ser reclamados en sede de tutela, el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de los requisitos decantados por la jurisprudencia de esta Corporación para ordenar su autorización; o

El servicio de transporte

5.5. Los artículos 120 y 121 de la Resolución 5269 de 2017[54] establecen las

circunstancias en las que las EPS deben prestar el servicio de transporte de pacientes, por estar incluido en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC[55]. En general, el servicio de transporte para el caso de pacientes ambulatorios se encuentra incluido en el PBS y debe ser autorizado por la EPS cuando sea necesario que el paciente se traslade a un municipio distinto al de su residencia (transporte intermunicipal), para acceder a una atención que también se encuentre incluida en el PBS.

5.6. En consecuencia, en principio, el transporte, fuera de los eventos contemplados por el PBS, correspondería a un servicio que debe ser sufragado únicamente por el paciente y/o su núcleo familiar. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la ausencia del servicio de transporte puede constituir, en ciertas circunstancias, una barrera de acceso a los servicios de salud. Asimismo, ha resaltado que existen situaciones en las que los usuarios del sistema de salud necesitan un servicio de transporte que no está cubierto expresamente por el PBS para acceder a los procedimientos médicos asistenciales ordenados para su tratamiento son requeridos con necesidad. En estos casos, la Corte ha establecido que las EPS deben brindar dicho servicio de transporte no cubierto por el PBS cuando “(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 dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”[56].

5.7. Asimismo, esta Corporación no solo ha previsto la necesidad de reconocer el servicio de transporte para el usuario sino también para un acompañante en la medida en que el PBS con cargo a la UPC no contempla esa posibilidad. Para tal fin, se deberá corroborar que el paciente “(i) dependa totalmente de un tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y, (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero”[57].

5.8. En consecuencia, en la medida en que el servicio de transporte intramunicipal para el paciente, es decir, dentro del mismo municipio, o el servicio de transporte para un acompañante no se encuentran cubiertos expresamente por el PBS con cargo a la UPC, cuando el profesional de la salud advierta su necesidad y verifique el cumplimiento de los requisitos señalados en los anteriores párrafos, deberá tramitarlo a través del procedimiento establecido para ello en la Resolución 1885 de 2018.

El servicio de atención domiciliaria

5.9. La última actualización del Plan de Beneficios en Salud contempla la atención domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la UPC. Este tipo de atención es definido por el PBS como la “modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud y la participación de la familia”[58]. Así, entonces, el servicio que se presta por concepto de enfermería constituye una clase de atención domiciliaria[59].

Ahora, el artículo 26 de la Resolución 5269 de 2017 prevé esta modalidad de atención como una alternativa a la atención hospitalaria institucional. Además, establece que será cubierta por el PBS con cargo a la UPC, en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado[60].

5.10. De esta forma, la atención domiciliaria es un servicio que se encuentra expresamente incluido dentro del PBS con cargo a la UPC y la obligación de suministrarla es de las EPS. No obstante, dicha obligación está sujeta al concepto científico del médico tratante, pues solo a través del diagnóstico es posible determinar la necesidad y pertinencia del servicio en cada caso concreto.

5.11. Por esta razón, esta Corporación ha señalado que es estrictamente necesario que exista una prescripción del médico tratante, o en los casos en los que dicha atención sea solicitada por los pacientes, un concepto en el que el profesional de salud indique la pertinencia y oportunidad de la misma, con el fin de que esta pueda ser exigida a través de la acción constitucional[61].

El suministro de sillas de ruedas

5.12. El artículo 59 de la Resolución 5269 de 2017, que actualizó el Plan de Beneficios en Salud, estableció cuáles serían las ayudas técnicas que se suministrarían con cargo a la UPC y, en el párrafo 2º, dispuso que no se financiarían con recursos de la UPC “sillas de ruedas, plantillas y zapatos ortopédicos”.

5.13. Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que las sillas de ruedas sean ayudas técnicas excluidas del PBS. De hecho, la Resolución 5267 de 2017 no contempló a las sillas de ruedas dentro del listado de servicios y En consecuencia, se trata de ayudas técnicas incluidas en el PBS, pero cuyo financiamiento no proviene de la unidad de pago por capitación[62]. En este sentido, de acuerdo con las reglas decantadas por la jurisprudencia constitucional para los insumos y servicios incluidos en el PBS, las sillas de ruedas deben ser suministradas por las EPS cuando hayan sido ordenadas por un médico adscrito a la EPS.

6. Caso concreto

Procedencia de la acción de tutela

6.1. La Sala encuentra que la acción de tutela interpuesta por la señora Deysi Yandy Zambrano en representación de su hijo menor de edad, Maicol Yordani Yandy Zambrano, contra la Asociación Indígena del Cauca EPS-I es procedente, porque cumple con los requisitos de legitimidad en la causa por activa y pasiva, inmediatez y subsidiariedad.

La acción de tutela de la referencia fue interpuesta por la señora Deysi Yandy Zambrano, en representación de su hijo menor de edad, Maicol Yordani Yandy Zambrano. En consecuencia, la Sala encuentra que la señora Yandy Zambrano estaba legitimada para interponer la acción de tutela.

6.3. Legitimidad en la causa por pasiva. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública o contra ciertos particulares, a saber: (i) los “encargados de la prestación de un servicio público”, (ii) aquellos “cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo”, y (iii) aquellos “respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la acción de tutela presentada por Deysi Yandy Zambrano, en representación de su hijo, cumple con el requisito de legitimidad en la causa por pasiva, en la medida en que la Asociación Indígena del Cauca EPS-I es una entidad encargada de la prestación del servicio de salud.

6.4. Inmediatez. En relación con el requisito de inmediatez, la jurisprudencia constitucional

ha determinado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable, a partir del momento en que se presentó la acción u omisión que amenaza o vulnera los derechos fundamentales del accionante.

En este caso, Sala observa que no hay evidencia de una actuación concreta ante la EPS-I encaminada a solicitar los insumos y servicios médicos solicitados, toda vez que, de acuerdo con lo afirmado por la accionante, los médicos tratantes de su hijo se han negado a expedir órdenes médicas para su suministro. Por esta razón, no es posible determinar la razonabilidad del lapso transcurrido entre la ocurrencia de los hechos que son presuntamente la fuente de la vulneración y el uso de la acción de tutela.

Pese a lo anterior, esta Corporación ha considerado que se supera el requisito de inmediatez, para el caso de las acciones de tutela interpuestas para amparar el derecho fundamental a la salud de sujetos de especial protección constitucional, cuando el accionante pone de presente la necesidad continua o periódica del insumo o servicio médico pretendido[63]. En este caso, la accionante afirmó que el niño Maicol Yordani Yandy Zambrano requiere el servicio de transporte hasta la IPS Fundación Infantil Club Noel, de manera periódica, para poder acudir a las terapias integrales de neurodesarrollo. Asimismo, señaló que, debido a su diagnóstico, a Maicol Yordani le es muy difícil moverse y, por lo tanto, en su opinión, necesita de manera continua la prestación del servicio de enfermería, así como el uso de una silla de ruedas. En consecuencia, teniendo en cuenta que se trata de un sujeto de especial protección constitucional, la Sala considera que la acción de tutela interpuesta por la señora Deysi Yandy Zambrano cumple con el requisito de inmediatez.

6.5. Subsidiariedad. La acción de tutela procede únicamente cuando no existen otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada y efectiva los derechos fundamentales en cada caso concreto.

En relación con el derecho fundamental a la salud, la Corte ha reconocido el papel de la Superintendencia Nacional de Salud a través de las funciones jurisdiccionales que le fueron conferidas por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007[64], modificado por la Ley 1438 de

2011[65], para resolver, con las facultades propias de un juez, las controversias que se susciten entre las EPS y sus usuarios[66].

No obstante, en la Sentencia C-119 de 2008[67] la Corte Constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el citado artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y precisó que las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, pese a tener un carácter principal y prevalente frente a la acción de tutela, no implican que esta última no pueda proceder como mecanismo transitorio frente a un perjuicio irremediable o como mecanismo definitivo, cuando resulte ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca.

Por tanto, para analizar la procedencia de la acción de tutela, el juez no puede evaluar en abstracto la existencia de otros mecanismos disponibles, sino que es necesario valorar su eficacia frente a las particularidades del caso concreto[68]. En este sentido, la Corte ha señalado que, por ejemplo, bajo ciertas circunstancias y teniendo en cuenta las condiciones de vulnerabilidad del actor o el apremio con el que se demanda el amparo, resulta desproporcionado solicitar a los accionantes que inicien el trámite ante la entidad administrativa, aun cuando esta hubiera sido la acción judicial adecuada[69].

En este caso, la Sala considera que la acción de tutela también satisface el requisito de subsidiariedad, pues, dadas las condiciones de vulnerabilidad y de salud del niño Maicol Yordani, resultaría desproporcionado sugerir a la accionante que inicie un nuevo trámite ante la Superintendencia Nacional de Salud. Adicionalmente, como se mencionó, esta Corporación ha establecido que la acción de tutela procede directamente para salvaguardar el derecho fundamental a la salud de los menores de edad.

El servicio de transporte que Maicol Yordani Yandy Zambrano requiere para acceder a las terapias que fueron prescritas por su médico tratante y que se encuentran incluidas en el PBS con cargo a la UPC

6.6. La accionante pretende que se ordene a la EPS-I Asociación Indígena del Cauca la prestación del servicio de transporte para ella y su hijo, desde su residencia en el municipio de Jamundí, Valle del Cauca, hasta la IPS Fundación Clínica Infantil Club Noel, ubicada en la ciudad de Cali, Valle del Cauca, donde Maicol Yordani recibe las terapias integrales de neurodesarrollo que le fueron ordenadas por su médico tratante, el neurólogo infantil

Eduardo Fonseca Santos.

6.7. De conformidad con el artículo 121 de la Resolución 5269 de 2017, el servicio de transporte intermunicipal, es decir, de un municipio a otro, para pacientes ambulatorios se encuentra incluido en el PBS, siempre que sea necesario para acceder a una atención descrita en el PBS con cargo a la UPC, y que la atención no pueda ser prestada en el municipio de residencia del paciente. Adicionalmente, de acuerdo con dicha disposición este servicio deberá ser financiado por las EPS en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.

6.8. En este caso, se encuentra probado que: (i) las terapias integrales de neurodesarrollo fueron ordenadas por el médico tratante del niño Maicol Yordani Yandy Zambrano y se encuentran cubiertas por el PBS con cargo a la UPC; (ii) el niño y su madre residen en el municipio de Jamundí; y (iii) Maicol Yordani recibe las terapias integrales de neurodesarrollo en la IPS Fundación Clínica Infantil Club Noel, ubicada en la ciudad de Cali.

Además, la Sala observa que (iv) la EPS-I Asociación Indígena del Cauca no aportó prueba alguna respecto de la posibilidad de que dichas terapias pudieran ser prestadas en el municipio de Jamundí y (v) a la fecha, no existe orden del médico tratante respecto de la prestación del servicio de transporte intermunicipal.

6.9. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala encuentra que el servicio de transporte de Jamundí a Cali, ida y vuelta, para el niño Maicol Yordani Yandy Zambrano es un servicio incluido expresamente en el PBS y que debió ser suministrado por la EPS. Esto, ya que al niño le fueron prescritas una serie de terapias integrales de neurodesarrollo que también se encuentran incluidas en el PBS y no hay prueba de que las mismas pudieran ser prestadas en Jamundí, donde reside el menor.

6.10. En consecuencia, la Sala procederá a ordenar a la EPS-I Asociación Indígena del Cauca la prestación a Maicol Yordani Yandy Zambrano del servicio de transporte intermunicipal entre su residencia y la IPS Fundación Clínica Infantil Club Noel, ida y regreso, las veces que requiera, para que acceda a las terapias integrales de neurodesarrollo que le fueron prescritas por su médico tratante.

6.11. Ahora bien, la Sala ordenará que, en caso de que la EPS-I Asociación Indígena del Cauca demuestre que en el municipio de Jamundí existen IPS adscritas a dicha EPS-I en las que el niño pueda recibir las terapias ordenadas, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Jamundí deberá verificar la suficiencia de recursos económicos del núcleo familiar del niño Maicol Yordani Yandy Zambrano, con el fin de determinar si la EPS-I debe prestar el servicio de transporte intramunicipal al niño, con cargo a la ADRES. En este evento, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Jamundí deberá tener en cuenta el ingreso base de cotización y la proporcionalidad de éste frente al costo del transporte intramunicipal y a los gastos regulares del núcleo familiar del niño.

El servicio de transporte para un acompañante de Maicol Yordani Yandy Zambrano

6.12. De otra parte, la Sala considera que, en la medida en que Maicol Yordani es un niño de 5 años, es razonable concluir que debe recorrer los trayectos desde su hogar hasta la IPS en la que se realiza las terapias con un acompañante. En efecto, Maicol Yordani depende totalmente de un tercero para movilizarse, y necesita del cuidado permanente de su madre o de un tercero para garantizar su integridad física.

6.13. En consecuencia, dado que el servicio de transporte para un acompañante es un servicio que no se encuentra incluido expresamente en el PBS, la Sala instará al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Jamundí a que verifique la suficiencia de recursos económicos del núcleo familiar del niño Maicol Yordani Yandy Zambrano, con el fin de determinar si la EPS-I debe prestar el servicio de transporte para un acompañante del niño, con cargo a la ADRES.

El derecho al diagnóstico efectivo del niño Maicol Yordani Yandy Zambrano respecto del suministro de una silla de ruedas

6.14. En el escrito de tutela, la accionante solicita el suministro de una silla de ruedas para niño, con el fin de que su hijo pueda movilizarse con mayor facilidad. Como se mencionó, las sillas de ruedas son ayudas técnicas que están incluidas en el PBS, pero que, por expresa disposición de la Resolución 5269 de 2017, no pueden ser financiadas con cargo a la UPC.

6.15. En este caso, se advierte que, según la historia clínica aportada al expediente, en el

año 2015, al niño le fue ordenada una silla de ruedas y, posteriormente, en los años 2016 y 2017, los médicos tratantes observaron que el menor “mantiene las caderas en aducción y además está desarrollando contracturas en flexión de ambas rodillas” y que tiene una luxación de cadera. Por ello, la Sala considera que no cuenta con el conocimiento médico necesario para determinar si el niño Maicol Yordani Yandy Zambrano, en efecto, requiere una silla de ruedas para moverse.

6.16. En consecuencia, se ordenará a la EPS-I que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, disponga que una junta médica evalúe la necesidad de que el menor cuente con una silla de ruedas o con algún tipo de ayuda técnica para moverse de manera autónoma. Si a partir de dicha valoración concluye que el niño necesita una silla de ruedas o una ayuda técnica similar, le EPS-I deberá adelantar el procedimiento dispuesto por la Resolución 1885 de 2018 para ordenar su suministro y su recibo a la ADRES.

El derecho al diagnóstico efectivo de Maicol Yordani Yandy Zambrano respecto del servicio de atención domiciliaria

6.17. La señora Deisy Yandy Zambrano solicita se ordene la Asociación Indígena del Cauca EPS-I suministrar el servicio de enfermería durante el día para Maicol Yordani Yandy Zambrano, ya que, según afirma, los cuidados que su hijo requiere le impiden asistir a su trabajo.

6.18. Como se mencionó, el servicio de enfermería es un tipo de atención domiciliaria que, de acuerdo con el artículo 26 de la Resolución 5269 de 2017, se encuentra incluido en el PBS y debe ser prestado por las EPS con cargo a la UPC. Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática al señalar que la prestación del servicio de atención domiciliaria debe ser prescrita por un profesional de la salud que cuente con los criterios médico-científicos para determinar su necesidad.

6.19. Por consiguiente, ya que en el presente caso no existe prueba de prescripción médica alguna respecto del servicio de enfermería, la Sala no ordenará a la EPS-I la prestación de este servicio. Sin embargo, atendiendo al derecho al diagnóstico efectivo de Maicol Yordani Yandy Zambrano, la Sala ordenará a la EPS-I que, en el término de 48 horas después de comunicada la sentencia de la referencia, convoque a una junta médica que evalúe al niño para determinar la necesidad de contar con los servicios de una enfermera

durante el día. Asimismo, ordenará que, en caso de que la junta médica determine la necesidad de dicho servicio, este sea otorgado con cargo a la UPC, conforme con lo establecido en el artículo 26 de la Resolución 5269 de 2017.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la decisión adoptada el 12 de octubre de 2017, en única instancia, por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Jamundí, en el trámite iniciado por Deysi Yandy Zambrano en representación de su hijo menor de edad, Maicol Yordani Yandy Zambrano, contra la Asociación Indígena del Cauca EPS-I. En su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la salud y al diagnóstico efectivo del niño Maicol Yordani Yandy Zambrano.

Segundo. ORDENAR a la Asociación Indígena del Cauca EPS-I que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice la prestación del servicio de transporte intermunicipal con cargo a la UPC, a Maicol Yordani Yandy Zambrano, entre su residencia, en el municipio de Jamundí, Valle del Cauca, y la IPS Fundación Clínica Infantil Club Noel, ubicada en la ciudad de Cali, Valle del Cauca, ida y regreso, las veces que requiera, para que acceda a las terapias integrales de neurodesarrollo que le fueron prescritas por su médico tratante.

En caso de que la EPS-I Asociación Indígena del Cauca demuestre, ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Jamundí, que en el municipio de Jamundí existen IPS adscritas a dicha entidad en las que el niño pueda recibir las terapias integrales de neurodesarrollo ordenadas, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Jamundí podrá autorizar a la EPS-I para que preste el servicio de transporte intramunicipal al niño Maicol Yordani Yandy Zambrano, entre su residencia y la IPS propuesta por la Asociación Indígena del Cauca EPS-I, en el municipio de Jamundí. En este evento, la EPS-I deberá adelantar el procedimiento establecido en la Resolución 1885 de 2018, o aquella que la modifique o sustituya, para recobrar el costo del servicio de transporte intramunicipal a la ADRES.

Tercero. INSTAR al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Jamundí a que verifique la suficiencia de recursos económicos del núcleo familiar del niño Maicol Yordani Yandy Zambrano, con el fin de determinar si la EPS-I debe prestar el servicio de transporte para un acompañante del niño.

En caso de verificar la ausencia de recursos económicos suficientes, podrá ordenar a la Asociación Indígena del Cauca EPS-I que autorice la prestación del servicio de transporte para un acompañante de Maicol Yordani Yandy Zambrano y que adelante el procedimiento establecido en la Resolución 1885 de 2018, o aquella que la modifique o sustituya, para recobrar el costo del servicio de transporte para acompañante a la ADRES.

Cuarto. ORDENAR a la Asociación Indígena del Cauca EPS-I que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, convoque a una junta médica para valorar la necesidad de una silla de ruedas o de una ayuda técnica similar para que el niño Maicol Yordani Yandy Zambrano pueda movilizarse de manera autónoma. De ser así, la EPS-I deberá autorizar y entregar la referida ayuda técnica al menor y adelantar el procedimiento establecido en la Resolución 1885 de 2018, o aquella que la modifique o sustituya, para recobrar el costo de esta ayuda técnica a la ADRES.

Quinto. ORDENAR a la Asociación Indígena del Cauca EPS-I que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, convoque a una junta médica para valorar la necesidad del servicio de enfermera para el niño Maicol Yordani Yandy Zambrano. En caso de que la junta médica lo considere necesario, la EPS-I deberá autorizar la prestación de este servicio con cargo a la UPC, conforme con lo establecido en el artículo 26 de la Resolución 5269 de 2017.

Sexto. Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Cuaderno principal. Folios 5 al 14.

[2] Maicol Yordani Yandy Zambrano nació el 20 de marzo de 2013. Cfr. Registro Civil de Nacimiento. Cuaderno principal. Folio 3.

[3] Consulta en la base de datos única de afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud - BDUA, en la página web <http://www.adres.gov.co/BDUA/Consulta-Afiliados-BDUA>.

[4] Cuaderno principal. Folios 1 y 2.

[5] Cuaderno principal. Folio 5.

[6] Cuaderno principal. Folio 5.

[7] Cuaderno principal. Folio 5.

[8] Cuaderno principal. Folio 6.

[9] Cuaderno principal. Folio 16.

[10] Cuaderno principal. Folios 28 al 32.

[11] Cuaderno principal. Folio 29.

[12] Cuaderno principal. Folios 20 al 23.

[13] Cuaderno principal. Folio 20.

[14] Cuaderno principal. Folio 33.

[15] Cuaderno principal. Folio 35.

[16] Cuaderno principal. Folios 37 al 41.

[17] Cuaderno principal. Folio 39.

[18] Cuaderno principal. Folio 41.

[19] Cuaderno de revisión. Folios 23 al 25.

[20] Cuaderno de revisión. Folios 31 a 36.

[21] Cuaderno de revisión. Folio 32.

[22] Cuaderno de revisión. Folios 34 y 35.

[23] La jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la salud ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional. Entre otras sentencias, pueden consultarse al respecto las siguientes: T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-547 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-936 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-418 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa; T-233 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-539 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-499 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-745 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; T-094 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-014 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[24] Ley Estatutaria 1751 de 2015. “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

[25] Ley Estatutaria 1751 de 2015. Artículo 2. “Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. || Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución

Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

[26] La constitucionalidad de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 fue analizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[27] Corte Constitucional, Sentencia C- 313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[28] Constitución Política. Artículo 44. “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. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. || La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. || Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

[29] Artículo 24: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. 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 (...)”.

[30] Dispone en su artículo 4: “El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y

postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados”.

[32] Artículo 24: “Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

[33] Artículo 19: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

[34] Artículo 25-2: “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

[35] Corte Constitucional. Sentencias T-037 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-612 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-406 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-177 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-558 de 2017. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

[36] Corte Constitucional. Sentencias T-170 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo; T-663 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-406 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-558 de 2017. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

[37] Corte Constitucional. Sentencias T-964 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-170 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo; T-558 de 2017. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

[38] De acuerdo con la sentencia T-612 de 2014 la eficiencia “implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir”. La Corte indicó en sentencia T-760 de 2008 que “una EPS irrespete el derecho a la salud de una persona cuando le obstaculiza el acceso al servicio, con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité Técnico Científico. El médico tratante tiene la carga de iniciar dicho trámite”.

[39] Ver sentencias T-612 de 2014 y T-922 de 2009. En la primera se indicó que la calidad consiste en “que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes”.

[40] Según la sentencia T-612 de 2014 la oportunidad se refiere a que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que permita que se brinde el tratamiento adecuado.

[41] Corte Constitucional. Sentencias T-014 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-558 de 2017. M.P. Iván Humberto Escruería Mayolo; T-579 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[42] Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[43] Corte Constitucional. Sentencias T-717 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-298 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo; T-940 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-045 de 2015. MP. Mauricio González Cuervo; T-210 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-459 de 2015. MP. Myriam Ávila Roldán; T-132 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-020 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-120 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-552 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; T-558 de 2017. M.P. Iván Humberto Escruería Mayolo.

[44] Corte Constitucional. Sentencias T-737 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-020 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-558 de 2017. M.P. Iván Humberto Escruería Mayolo.

[45] Corte Constitucional. Sentencias T-543 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-132 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-120 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[46] Corte Constitucional. Sentencias T-014 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-314 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-558 de 2018. M.P. Iván

Humberto Escrucería Mayolo.

[47] Ver, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-124 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T- 405 de 2017. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo; T-552 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; T-014 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-032 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[48] En relación con la capacidad económica de los accionantes, la Corte ha presumido de hecho que una persona afiliada al régimen subsidiado en salud no está en capacidad de cubrir los costos de los servicios o tecnologías complementarias no incluidas en el PBS. Asimismo, respecto de quienes pertenecen al régimen contributivo, esta Corporación ha señalado que el ingreso mensual base de cotización constituye un criterio objetivo para determinar la capacidad de pago del servicio o de la tecnología complementaria. En estos casos, dicho ingreso base de cotización se deberá contrastar con el costo de la prestación requerida y con el número de personas que derivan su sustento de dicho ingreso. Ver, entre otras, las sentencias T-096 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-552 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[49] Ministerio de Salud y de la Protección Social. Resolución 1885 del 10 de mayo de 2018. “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones”.

[50] El artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 creó la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) con el fin de garantizar el adecuado flujo de los recursos del sistema y ejercer los respectivos controles. Esta entidad sustituyó al FOSYGA.

[51] Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 330 de 2017. “Por la cual se adopta el procedimiento técnico-científico y participativo para la determinación de los servicios y tecnologías que no podrán ser financiados con recursos públicos asignados a la salud y se establecen otras disposiciones”.

[52] Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 5267 de 2017. “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

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

[55] Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 5269 de 2017. “Artículo 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 prehospitalario 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 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 financia el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe. || Artículo 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. || Parágrafo. 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.”

[56] Corte Constitucional. Sentencia T-900 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; reiterada en las sentencias T-1079 de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-962 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-550 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo; T-021 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-388 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-481 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-201 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-567 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-105 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-096 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-331 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-707 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-495 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-032 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas; T-069 de 2018. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[57] Ver sentencia T-350 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Esta posición ha sido reiterada en sentencias como las siguientes: T-962 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-459 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-346 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa; T-481 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-388 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-116A de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-567 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-105 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-331 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-495 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-032 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas; T-069 de 2018. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[58] Resolución 5269 de 2017. Artículo 8º, numeral 6º.

[59] Ver, entre otras, las sentencias T-154 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-568 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-414 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos. En este punto, vale la pena señalar que recientemente, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, consideró que la “atención médica por parte de una enfermera” era un servicio no incluido en el PBS con cargo a la UPC. Esta Sala de Revisión se aparta de esta posición, en tanto la definición contenida en el numeral 6º del artículo 8º de la Resolución 5269 de 2017 permite concluir que el servicio de enfermería se encuentra incluido dentro del concepto de atención domiciliaria. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que la Resolución 5269 de 2017 reprodujo la definición de atención domiciliaria contenida en la Resolución 6408 de 2016 y que distintas Salas de Revisión –incluida la Sala Séptima– consideraron que el servicio de enfermería era

una clase de atención domiciliaria y, por tanto, se encontraba incluido en el PBS.

[60] Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017. Artículo 26. “Atención domiciliaria. La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está financiada con recursos de la UPC en los casos que considere pertinente el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Esta financiación está dada solo para el ámbito de la salud. || Parágrafo. En sustitución de la hospitalización institucional, conforme con la recomendación médica, las EPS o las entidades que hagan sus veces, serán responsables de garantizar que las condiciones en el domicilio para esta modalidad de atención, sean las adecuadas según lo dispuesto en las normas vigentes”.

[61] Corte Constitucional. Sentencias T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

[62] En una decisión reciente (T-171 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger), la Sala Séptima de Revisión interpretó, en obiter dicta, esta disposición como una exclusión del Plan de Beneficios en Salud. Esta Sala de Revisión se distancia de la posición adoptada por la Sala Séptima, porque considera que lo dispuesto por el artículo 59 de la Resolución 5269 de 2017 se trata de una no inclusión, mas no de una exclusión de las sillas de ruedas del PBS. Esto, ya que, como la misma Sala Séptima de Revisión reconoció en la mencionada decisión, las exclusiones al Plan de Beneficios en Salud deben ser el resultado de un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente, el cual, actualmente, se encuentra regulado por la Resolución 330 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social. Así, hasta la fecha, las únicas exclusiones que han sido el resultado de dicho proceso se encuentran plasmadas en la Resolución 5267 de 2017.

[63] Al respecto, consultar, entre otras, las sentencias T-014 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y T-552 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[64] Ley 1122 de 2007. “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”. Artículo 41. (Modificado por la Ley 1438 de 2011). Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.

[65] Ley 1438 de 2011. “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

[66] Ver, entre otras, las sentencias T-314 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-397 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-428 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-684 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera.

[67] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[68] Corte Constitucional. Sentencias C-119 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.; T-034 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-603 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado; T-314 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-397 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-428 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-684 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera.

[69] Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia T-644 de 2015 (reiterada en la sentencia T-397 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera) dijo: “(...) cabe señalar que en determinados supuestos en los que, inicialmente, habría sido preciso agotar la instancia de la superintendencia, cuando la Corte debe decidir en sede de revisión, puede optar por conceder el amparo, en razón de la desproporción que, a la luz de los elementos del caso concreto, se generaría si se remitiese al accionante a dicha instancia para hacer valer aquello que ya el juez de tutela ha advertido como debido desde una perspectiva iusfundamental.]] Por lo anterior, resulta menester analizar en cada caso concreto la existencia de circunstancias excepcionales de las cuales se pueda concluir que dicho procedimiento no resultaría lo suficientemente eficaz para garantizar integralmente las prerrogativas constitucionales supuestamente vulneradas o amenazadas. De esta manera, se debe evaluar, por ejemplo, las condiciones de vulnerabilidad del actor, la urgencia y el apremio con la que se demanda el amparo o si del suministro de la tecnología en salud requerida depende la preservación de la vida del accionante.” En el mismo sentido, consultar las sentencias