

Sentencia T-655/12

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-Protección constitucional

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DEL NIÑO-Fundamental prevalente/DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Integralidad en la prestación del servicio de salud

El derecho a la salud de los niños comprende tanto los servicios médicos incluidos en planes obligatorios de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado, como planes adicionales de aquéllas prestaciones contempladas en diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. En virtud del principio de integralidad en salud no es posible limitar la atención de niñas y niños a ciertos servicios o solamente a aquéllos solicitados por medio de acción de tutela, sino principalmente es fundamental permitir el acceso a toda prestación que sea necesaria para el mantenimiento o el restablecimiento de la salud. Por estos motivos, se reitera, que el principio de integralidad incluye la prestación de todos los tratamientos o cuidados requeridos, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario. Adicionalmente, el cumplimiento efectivo del derecho a la salud de las y los menores, sin lugar a dudas, conlleva el deber de continuidad en la práctica de tratamientos para la recuperación de su salud. Por consiguiente, no es admisible constitucionalmente ninguna interrupción en el tratamiento, examen o procedimiento de salud que recibe un menor de edad bajo prescripción médica, aduciendo motivos de índole económico y/o administrativo, so pena de cometer una posible amenaza o vulneración de los derechos fundamentales a la vida y salud de un sujeto amparado con especial protección constitucional.

ACCION DE TUTELA PARA REEMBOLSO DE GASTOS MEDICOS-Improcedencia para solicitar reembolso por gastos de transporte, alimentación y hospedaje por traslado de paciente

Con respecto a la procedencia del reembolso, como una suma de dinero o indemnización por los servicios de salud asumidos, la Corporación ha reiterado su improcedencia vía tutela por ser esta una petición de carácter eminentemente económico que no avizora una vulneración en derecho fundamental alguno, más cuando existen otros medios ordinarios de defensa

judicial para su reclamación, y atendiendo al carácter subsidiario de la acción de tutela. En este sentido, la causa final de la acción de tutela es la protección de los derechos fundamentales, más no la creación jurisprudencial de un procedimiento paralelo o complementario a los ya existentes en nuestra legislación ordinaria. Por ello, la Corte ha reiterado por regla general, que es improcedente solicitar reembolsos de gastos sufragados por medicamentos, exámenes o procedimientos médicos.

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONOMICAS-  
Improcedencia para resolver controversias económicas entre las distintas entidades que hacen parte del sistema de salud

Si la Corporación autorizara el pago de reembolsos por prestaciones económicas ya pagadas, la acción de tutela se desnaturalizaría, por cuanto los ciudadanos disponen de otros mecanismos de defensa para solicitar el reintegro de los gastos en que tuvo que incurrir. Lo anterior, se afirma por cuanto la reclamación del reembolso puede ser ventilada ante la entidad promotora de salud en primera instancia, y posteriormente ante la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, toda vez que corresponde a un conflicto jurídico entre un afiliado y una entidad administradora de seguridad social

SERVICIO DE TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES-Inclusión en el Plan Obligatorio de Salud bajo ciertas condiciones

A la luz de la jurisprudencia constitucional, el suministro del servicio de traslado de pacientes tiene la finalidad de asegurar a través de un esfuerzo prestacional, el acceso efectivo al derecho fundamental a la salud de las personas que requieren urgentemente asistencia médica. Así, los supuestos que permiten concluir que las E.P.S. deben proveer excepcionalmente el traslado de pacientes en casos no comprendidos en la legislación pueden ser resumidos de la siguiente manera: (i) el procedimiento o tratamiento debe ser imprescindible para asegurar el derecho a la salud y la integridad de la persona. Al respecto se debe observar que la salud no se limita a la conservación del conjunto determinado de condiciones biológicas de las que depende, en estricto sentido, la vida humana, sino que este concepto, a la luz de lo dispuesto en los artículos 1º y 11 del Texto Constitucional, extiende sus márgenes hasta comprender los elementos requeridos por el ser humano para disfrutar de una vida digna (ii) el paciente o sus familiares carecen de recursos económicos para

sufragar los gastos de desplazamiento y (iii) la imposibilidad de acceder al tratamiento por no llevarse a cabo el traslado genera riesgo para la vida, la integridad física o la salud del paciente, la cual incluye su fase de recuperación.

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

SERVICIO DE TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES-Inclusión en el Plan Obligatorio de Salud a partir del 1 de enero de 2010, según acuerdo 008 de 2009 de la CRS, tanto para el régimen contributivo como para el régimen subsidiado

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Hecho superado y daño consumado

JUECES DE INSTANCIA Y CORTE CONSTITUCIONAL-Demostración del hecho superado

Resulta ineludible, tanto para los jueces de instancia como para esta Corporación, es que la providencia judicial incluya la demostración de que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, esto es, que se demuestre el hecho superado, lo que autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de orden alguna, con independencia de aquellas que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.

JUEZ DE TUTELA-Supuestos que debe distinguir cuando se ha verificado la existencia de un daño consumado y conducta a seguir/CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-No impide a la Corte Constitucional pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales

Cuál es la conducta a seguir por parte del juez de tutela en el caso en el que se verifique la existencia de un verdadero daño consumado teniendo en cuenta que cualquiera de sus órdenes sería inocua. Para responder a este interrogante, la jurisprudencia constitucional ha indicado que es necesario distinguir dos supuestos. El primero de ellos se presenta cuando al momento de la interposición de la acción de tutela el daño ya está consumado, caso en el

cual ésta es improcedente pues, como se indicó, tal vía procesal tiene un carácter eminentemente preventivo mas no indemnizatorio. A ello se refiere el artículo 6, numeral 4, del Decreto 2591 de 1991 cuando indica que “la acción de tutela no procederá.... cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado (...)”. Esto quiere decir que el juez de tutela deberá hacer, en la parte motiva de su sentencia, un análisis serio en el que demuestre la existencia de un verdadero daño consumado, al cabo del cual podrá, en la parte resolutive, declarar la improcedencia de la acción, sin hacer un análisis de fondo. Adicionalmente, si lo considera pertinente, procederá a compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el daño e informar al actor o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para el resarcimiento del daño. El segundo supuesto tuvo lugar en este caso, ya que el daño se consumó en el transcurso del trámite de la acción de tutela: en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional. En esta hipótesis, la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien no resulta viable emitir la orden de protección que se solicitaba en la acción de tutela, es perentorio que, la Corporación en sede de revisión: (i) Se pronuncie de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la presencia del daño consumado y sobre si existió o no la vulneración de los derechos invocados en la demanda, lo cual incluye, en el caso del juez de segunda instancia y de la Corte Constitucional, la revisión de los fallos precedentes para señalar si el amparo ha debido ser concedido o negado; (ii) Hagan una advertencia “a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)”, al tenor del artículo 24 del decreto 2591 de 1991; (iii) Informen al actor o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para la reparación del daño; (iv) De ser el caso, compulsen copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el mencionado daño.

#### CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO CUANDO FALLECE EL TITULAR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES-Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha establecido de manera reiterada, dentro de una de las hipótesis de carencia de objeto por daño consumado, la que se presenta de manera específica cuando el actor fallece y naturalmente desaparecen los fundamentos fácticos que motivaron la solicitud de amparo.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE MENOR-Caso en que EPS negó gastos de transporte de niño y acompañante

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE-Se previene a EPS para que reconozca gastos de traslado de menores con un acompañante

Referencia: expediente T- 3.448.621

Acción de tutela instaurada por Luz Miriam Zea Zambrano contra Coomeva E.P.S.

Magistrado ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, especialmente las señaladas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido en segunda instancia por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Sogamoso, Boyacá.

I. ANTECEDENTES

La señora Luz Miriam Zea Zambrano, interpuso acción de tutela en representación de su hijo Sebastian Holguín Zea contra Coomeva E.P.S., por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, la seguridad social y la dignidad humana. La accionante sustentó sus pretensiones en los siguientes

1. Hechos:

1. Es afiliada al Sistema de Seguridad Social en salud y cotizante hace aproximadamente dos años en la E.P.S Coomeva. Su hijo, Sebastian, de 10 años de edad, es beneficiario de la misma por pertenecer al núcleo familiar.

1. En el año 2011, el menor Sebastian Holguín Zea, asistió a varias consultas médicas en la Unidad Básica de Atención de Coomeva- Sogamoso, sin que se le prestara un servicio médico de calidad para diagnosticar una grave enfermedad, tanto así, que en la última consulta realizada, el 04 de mayo de 2011, la médica tratante registró que el niño tenía una simple amigdalitis.

1. A raíz del grave deterioro de su salud, el día 10 de mayo de 2011, su madre decide trasladarlo al servicio de urgencias del Hospital de Sogamoso, en donde tras ser valorado por el médico pediatra Dr. Alejandro Rodríguez, le fue diagnosticada una leucemia, y por lo mismo, se resolvió su remisión al Hospital San Ignacio, en la ciudad de Bogotá D.C.

1. Señala la accionante que el desplazamiento hacia la ciudad capital, ordenado por concepto del médico tratante, debía realizarse en ambulancia, pero como quiera que Coomeva E.P.S., autorizaba este servicio hasta ocho días después, se vio obligada a prestar el dinero requerido para su traslado a Bogotá.

1. El día 12 de mayo de 2011, el menor Sebastian Holguín Zea fue recibido en el Hospital San Ignacio de la ciudad de Bogotá D.C., en donde después de una valoración inicial fue hospitalizado en la unidad de cuidados intensivos. Allí le confirmaron que tenía una enfermedad grave llamada: leucemia linfoblástica aguda. Desde entonces, ha venido recibiendo en dicho Hospital el tratamiento correspondiente (poliquimioterapia ambulatoria y quimioterapia intratecal) en donde, obligatoriamente, y por indicación del médico tratante, se

requiere de la compañía de su madre.

1. De igual modo, Sebastian es un paciente inmuno deprimido, por lo que médicamente le está contraindicado desplazarse en medios masivos de transporte, como el bus. Indica la accionante que las quimioterapias recibidas por su hijo son hospitalarias de siete días y descansa siete días. En otras ocasiones, son de diez días y descansa cuatro, así como hay ocasiones en las que son ambulatorias, teniendo que trasladarse diariamente en taxi.

1. Manifiesta su posición laboral de trabajadora independiente en oficios varios, y que cotiza al sistema de seguridad social en salud con base en un salario mínimo, el cual, por los continuos desplazamientos a la capital, no le alcanza para cubrir los gastos ordinarios en los que tiene que incurrir. Lo anterior, aunado a su condición de madre cabeza de familia y al hecho de tener a su cargo otro hijo menor de ocho años de edad.

1. Por todo lo anterior, la accionante elevó derecho de petición ante la E.P.S Coomeva, el día 22 de noviembre de 2011. Solicitó apoyo económico para garantizar los gastos de transporte, alimentación y hospedaje de ella y su hijo, que se generan por el desplazamiento y la permanencia en la capital de la República. Además, requirió de la citada entidad, atención oportuna, entrega completa de los medicamentos prescritos y el reembolso a su favor del valor de los gastos en que ha tenido que incurrir por concepto de desplazamientos y alimentación desde cuando se inició el tratamiento, es decir, a partir del 12 de mayo de 2011.

1. El día 12 de diciembre de 2012, la E.P.S. Coomeva respondió negativamente el mencionado derecho de petición, bajo el argumento según el cual los reconocimientos económicos de viaje no se encuentran incluidos dentro del valor de la UPC, ni dentro del Plan Obligatorio de Salud.

1. Finalmente, el día 28 de junio del año en curso, durante el trámite de revisión llevado a cabo por la Corporación, falleció el menor Sebastian Holguín Zea en el municipio de Sogamoso, Boyacá.

#### 1. Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela.

Con fundamento en los hechos narrados, Luz Miriam Zea Zambrano, en representación de su hijo Sebastian Holguín Zea, consideró vulnerados los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida, la seguridad social y la dignidad humana.

A partir de lo anterior, solicitó, a través de la acción de amparo constitucional presentada, que se ordene a la E.P.S. Coomeva el reconocimiento económico de los gastos de transporte, alimentación y hospedaje para ella y su hijo, que se causan por el desplazamiento y la permanencia en la ciudad de Bogotá D.C., con el fin de realizar tratamientos para curar la enfermedad que padece su hijo.

Además, pretende que se ordene el reembolso del valor de los gastos en que ha tenido que incurrir por concepto de desplazamientos y alimentación desde el 12 de mayo de 2011. En último lugar, requiere obtener atención oportuna y la entrega completa de los medicamentos requeridos.

#### 1. Respuesta de la entidad demandada.

Mediante escrito radicado el 18 de enero de 2012 ante el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Sogamoso, el señor Misael de Jesús Gaviria Ochoa, en su calidad de Director de Oficina Coomeva E.P.S Sogamoso, solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela y no se amparen los derechos fundamentales invocados, ya que una vez consultada la base de datos de la entidad, el menor Sebastian Holguín Zea se encuentra afiliado a Coomeva EPS en calidad de beneficiario del señor Omar Holguín Galindo, cotizante primario dependiente de la empresa Acerías Paz del Río, con un ingreso base de cotización de \$1.723.000 pesos y de la señora Luz Miriam Zea Zambrano, como cotizante secundaria independiente con un ingreso base de cotización de \$536.000 pesos.

Además manifiesta el accionado que: “No hay negación del servicio por parte de COOMEVA EPS, ya que se está actuando bajo la normatividad otorgando autorizaciones de servicios de salud dentro de nuestra Red de prestaciones en salud, ya que el menor SEBASTIAN HOLGUIN ZEA se le está prestando el servicio médico requerido para el tratamiento de su patología según las indicaciones ordenadas por su médico tratante.

Respecto al servicio de transporte acota, que este es un medio de traslado de pacientes, que no hace parte de la atención o servicios de salud y que tampoco se encuentra previsto en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, en virtud del Acuerdo 029 de 2012, artículo 42, donde se incluye exclusivamente el transporte entre dos instituciones de salud, no así, el transporte de casa a IPS, como lo solicita la accionante.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de reembolso, señala que las prestaciones económicas, tales como sufragar gastos o reembolsos corresponden a un derecho económico regulado por las leyes del Sistema General de Seguridad Social, y que por tanto, pueden ser reclamados por otras vías jurídicas acorde a nuestra normatividad vigente, toda vez que la acción de tutela tiene un carácter residual y preferente.

#### 1. Elementos de prueba que obran en el expediente.

Las pruebas documentales relevantes que obran el expediente son las siguientes:

\* Fotocopia de la historia clínica del menor Sebastian Holguín Zea. Atención recibida en la UBA de Coomeva del municipio de Sogamoso, desde el año 2007, hasta el año 2011. (folios 19-59).

\* Fotocopia de la historia clínica del menor Sebastian Holguín Zea. Atención recibida en el Hospital San Ignacio de Bogotá D.C., a partir del 12 de mayo de 2011. (folios 60-185).

\* Derecho de petición suscrito por la señora Luz Miriam Zea Zambrano, el 22 de noviembre de 2011, donde solicita que Coomeva EPS garantice los gastos de transporte, alimentación y hospedaje; el reembolso del valor de los gastos sufragados por desplazamientos y alimentación desde el 12 de mayo de 2011; atención oportuna y la entrega completa de los medicamentos previstos. (folios 11-13).

\* Respuesta al derecho de petición por parte de Coomeva EPS, calendada el 12 de diciembre de 2011, en donde se informa que los reconocimientos económicos de viaje a cargo de Coomeva EPS no se encuentran incluidos dentro del valor de la UPC, ni dentro del Plan Obligatorio de Salud, motivo por el cual se niega la autorización de dichos gastos. (folios 14-15).

\* Registro Civil de Defunción del menor Sebastian Holguín Zea.

Serial: 07148796. (folio 18, cuaderno principal)

## II. ACTUACIONES PROCESALES

### 1. Primera instancia

La acción de tutela de la referencia fue admitida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Sogamoso, Boyacá, por intermedio de auto del 16 de enero de 2012, en el cual se vinculó al Ministerio de Protección Social -Fondo de Solidaridad y Garantía- (FOSYGA). Posteriormente, mediante sentencia del 23 de enero de 2012, dicho Juzgado concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud y vida digna del menor Sebastian Holguín Zea, y ordenó a E.P.S Coomeva lo siguiente:

“Sufragar los costos de traslado de Sebastian Holguín Zea y un acompañante desde Sogamoso hasta Bogotá ida y vuelta, para que la enfermedad de aquél sea tratada, a partir de la notificación de esta sentencia y hasta tanto un galeno especialista en oncología

pediátrica de dicha empresa certifique que los tratamientos y exámenes en Bogotá no se requieran más”.

Según el a quo, la EPS debe sufragar los costos de transporte cuando el paciente o su familia no cuenten con los recursos económicos para ello. De igual forma, señala que las empresas promotoras de salud deben costear el traslado de un acompañante cuando el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, requiera de atención permanente para garantizar su integridad física o sus labores cotidianas y su núcleo familiar o el paciente no cuenten con capacidad económica para cubrir los costos del transporte, alimentación y alojamiento.

Del mismo modo, aclara el fallo que según la EPS demandada, el ingreso base de cotización de la demandante es de \$536.000 pesos, lo que se traduce en que depende de un salario mínimo legal mensual vigente, incluso menos, por lo que: “resulta sumamente difícil sufragar los costos de transporte desde Sogamoso hasta Bogotá ida y vuelta, máxime si no se sabe, cuántos exámenes y tratamientos requiere el menor que sean ordenados por el especialista en Bogotá”.

Finalmente, respecto a los dineros ya sufragados, o reembolsos asumidos por la señora Luz Miriam Zea Zambrano para el tratamiento de su hijo en la ciudad de Bogotá –consistentes en los costos de traslado en que ya incurrió desde Sogamoso hasta la capital de la República ida y vuelta, así como la alimentación y alojamiento-, el citado despacho judicial, siguiendo jurisprudencia de la Corte indica que: “(...) La acción de tutela no es procedente para solicitar reembolsos, ya que se trata de una pretensión eminentemente económica y la acción de tutela tiene como fin exclusivo la salvaguarda de los derechos fundamentales”. No obstante, el fallo de primera instancia ampara los derechos del tutelante y reconoce la obligación jurídica en cabeza de E.P.S Coomeva relativa a asumir los costos de transporte, alimentación y alojamiento del menor y un acompañante, desde Sogamoso hasta Bogotá, ida y vuelta, y lo delimita exclusivamente a aquellos gastos que se generen a partir de la notificación de la sentencia.

## 1. Impugnación

El señor Misael de Jesús Gaviria Ochoa, en su calidad de Director de Coomeva EPS Sogamoso, interpuso el 25 de enero del año en curso recurso de impugnación con el objeto de revocar la sentencia de primera instancia.

Manifiesta en el escrito, que según sentencia T-206 de 2008 de la Corte Constitucional, “el servicio de transporte se encuentra por fuera de las coberturas del POS”, por lo cual atendiendo al principio de solidaridad, se debe trasladar el costo a la familia del usuario para evitar generar una situación que pueda conllevar al desequilibrio financiero de la EPS y del Sistema de Seguridad Social en Salud, por cuenta del suministro del transporte solicitado.

Con todo y lo anterior, solicitó, en caso de confirmarse el fallo de primera instancia, que en todo caso se reconozca la facultad de recobro que tiene la EPS contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-, por el 100% del costo que se deba asumir por el servicio de transporte.

## 1. Segunda Instancia

Por reparto y competencia le correspondió la acción de la referencia en segunda instancia, al Juzgado Tercero Civil del Circuito del municipio de Sogamoso, Boyacá, que mediante sentencia fechada el 01 de marzo de 2012, revocó integralmente el fallo de proferido en primera instancia por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Sogamoso, Boyacá.

Consideró el ad quem como fundamento de su decisión, lo siguiente:

“Se observa que, en el presente caso, se trata de un menor de edad que padece de una enfermedad de alto costo, y con ocasión de la misma requiere de un tratamiento médico en la ciudad de Bogotá, en compañía de su señora madre, y, quien manifiesta que es madre cabeza de familia, trabajadora independiente, a lo cual la EPS accionada, allega una relación en la que se describe el ingreso base del padre y de la madre del menor Sebastian Holguín Zea, con lo que se demuestra que no cumple con el requisito establecido por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional” (...) “ya que el padre del menor tiene un ingreso base de \$1.723.000 (11/01/2012), y la madre de \$536.000, por lo tanto, es al padre a quien le corresponde sufragar los gastos de desplazamiento de su menor hijo, no solo en cumplimiento del principio constitucional de solidaridad, sino además en el auxilio y

protección que le debe brindar un padre a un hijo, y más aún cuando padece de una enfermedad de alto costo, tal como se presenta en el caso bajo examen”.

De otro lado, en cuanto a la solicitud de reembolso, la sentencia de segunda instancia señala que no es posible acceder a dicha petición, ya que para ello se goza de un trámite administrativo ante la EPS accionada, por lo que la acción constitucional no puede desplazar los otros mecanismos de protección judicial. Además expone que la tutela no protege derechos de carácter económico, sino derechos fundamentales esenciales e inherentes a la persona humana.

Finalmente, manifiesta que la EPS ha suministrado y autorizado los medicamentos requeridos con ocasión de la enfermedad del menor hijo de la accionante, por lo tanto, no se puede acceder a las pretensiones que solicitan entrega completa y oportuna de los medicamentos requeridos por el menor.

#### 1. Trámite en Sede de Revisión.

Durante el trámite en esta Corporación, la Sala de Revisión a través de comunicación vía telefónica con la accionante, llevada a cabo el 11 de julio de 2012, efectuada con el objeto de conocer la dirección de notificaciones del señor Omar Holguín Galindo, avocó conocimiento del fallecimiento del menor Sebastián Holguín Zea. (folio 9, cuaderno principal).

Así las cosas, la Sala de Revisión mediante auto de fecha 12 de julio de 2012, ordenó a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que en el término de 48 de horas contadas a partir de la recepción de la providencia, remitiera copia del Registro Civil de Defunción del menor Sebastian Holguín Zea. En igual sentido, se ordenó a la accionante, Luz Miriam Zea Zambrano.

Por constancia secretarial calendada el día veinticinco (25) de julio de dos mil doce (2012) se informa a través de oficio firmado por el señor Neiro Alonso Coy Carrasca, en su calidad de Coordinador Grupo Jurídica de la Registraduría Nacional del Estado Civil, lo siguiente: “se efectuó la búsqueda en la base de datos del sistema de información de registro civil y no se

encontró información del registro civil de defunción de Sebastian Holguín Zea”.

Posteriormente, una vez comunicada la Corporación con la Registraduría Nacional del Estado Civil, la misma Registraduría Nacional del Estado Civil, rectifica la información y hace llegar vía fax, el día treinta y uno (31) de julio de 2012, el Registro Civil de Defunción del menor Sebastian Holguín Zea, donde consta que su fallecimiento tuvo lugar el día 28 de junio de 2012, en el municipio de Sogamoso, Boyacá.

### III. CONSIDERACIONES

#### 1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### 2. Presentación del caso y problema jurídico

Corresponde a esta Sala proferir sentencia de revisión de la acción de tutela impetrada por la ciudadana Luz Miriam Zea Zambrano, en representación del menor Sebastian Holguín Zea, en contra de la E.P.S. Coomeva. Alega la accionante la vulneración de los derechos fundamentales del representado a la salud en conexidad con el derecho a la vida, a la seguridad social y a la dignidad humana, por lo que solicita ordenar el reconocimiento económico, por parte de Coomeva EPS de los gastos de transporte, alimentación y hospedaje de ella y de su hijo, generados por el desplazamiento y la permanencia en la ciudad de Bogotá D.C., para la realización de los tratamientos médicos de la enfermedad que padece el menor (leucemia linfoblástica aguda). También pretende que se ordene a la mencionada E.P.S., el reembolso por el valor de los gastos en que ha tenido que incurrir por concepto de desplazamientos y alimentación desde el 12 de mayo de 2011, fecha en la cual se inició el tratamiento médico. En último lugar, solicita ordenar atención oportuna y la entrega completa de los medicamentos requeridos.

El problema jurídico que plantea la acción interpuesta consiste en determinar si: i) ¿En este

asunto se configura carencia actual del objeto?; y si ii) ¿La negativa dada por Coomeva EPS para reconocer los gastos de transporte, alimentación y hospedaje, y el reembolso de los mismos, constituyó una vulneración o amenaza en los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida, a la seguridad social y a la dignidad humana del menor Sebastian Holguín Zea?

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala se pronunciará sobre los siguientes temas: (i) derechos constitucionales fundamentales de los niños; (ii) procedencia de la acción de tutela para solicitar reembolsos y reclamar gastos de transporte, alimentación y hospedaje por traslado de paciente; (iii) jurisprudencia constitucional sobre carencia actual de objeto; y finalmente procederá al (iv) análisis del caso concreto.

#### 1. Derechos constitucionales fundamentales de los niños.

La Constitución Política en su artículo 44 establece en forma expresa el carácter iusfundamental de los derechos fundamentales de los niños. En el listado de derechos que consagra el mencionado artículo se establecen los derechos a la vida, integridad física, salud, seguridad social, alimentación equilibrada, tener una familia y no ser separado de ella, y ciudadano, entre otros. Para garantizar una verdadera protección constitucional el Constituyente determinó que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

(...) “De la interpretación de estas disposiciones se destaca, en primer lugar, la consideración según la cual los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección, cuyo origen se encuentra, entre otras razones, en su falta de madurez física y mental, en la consiguiente vulnerabilidad e indefensión en que se encuentran frente a todo tipo de riesgos, en la necesidad que por consiguiente se deriva, de proveerlos de las condiciones que se requieran para convertirlos en miembros libres, autónomos y partícipes de la sociedad democrática y del orden en ella establecido. Son, en fin, sujetos de especial protección, como forma de consolidar el futuro de la nación y la sostenibilidad de su existencia basada en los valores y principios del constitucionalismo”<sup>1</sup>. (Subrayado fuera de texto).

Asimismo, los derechos de los niños adquieren superioridad frente a los derechos de los

demás y prevalecen en el orden interno colombiano por lo dispuesto en instrumentos internacionales ratificados por nuestro país e integrados a la Constitución Política mediante el bloque de constitucionalidad, tales como la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales -aprobados por la Ley 74 de 1968, la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros estatutos, que por cierto le imparten al Estado colombiano la obligación de especial protección constitucional.

De igual manera, esta Corte ha reconocido una protección constitucional diferenciada respecto a los niños en materia de salud. Tal como se ha establecido en varios pronunciamientos:

La Corte Constitucional ha reconocido y tutelado principalmente el derecho a la salud, de los sujetos de especial protección constitucional. En primer lugar ha protegido a los niños y las niñas, cuyo derecho a la salud es expresamente reconocido como fundamental por la Carta Política (art. 44, CP)...

(...)

La jurisprudencia constitucional ha expresado en forma reiterada que el derecho a la salud de los niños, en tanto 'fundamental', debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado. En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud; no se ha requerido, pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad. La jurisprudencia ha señalado que los servicios de salud que un niño o una niña requieran son justiciables, incluso en casos en los que se trate de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud (del régimen contributivo y del subsidiado).

(...)

No obstante, la protección que brinda la jurisprudencia no es suficiente y en muchas ocasiones ha llegado tarde. No son pocos los niños y las niñas que han fallecido esperando que se les reconociera y protegiera su derecho fundamental a la salud. La protección ideal de los derechos de los niños no se logra con una jurisprudencia constitucional robusta y

protectora que los garantice cada vez que sean violados; el ideal es que las prácticas aseguren los derechos de los menores de tal forma que no sea necesario ir ante un juez a solicitar su defensa.”<sup>2</sup>

En la sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional fijó algunas medidas de protección especial que se deben brindar a menores, estas tienen como finalidad garantizarle a los niños: (i) su desarrollo armónico e integral y (ii) el ejercicio pleno de sus derechos. “(...) El desarrollo de un menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos”.

La jurisprudencia constitucional también ha expresado en forma reiterada que la Carta fundamental introdujo cambios sustanciales en la concepción que tenía el sistema jurídico sobre los niños, ya que pasaron de ser sujetos incapaces con derechos restringidos, a ser personas libres y autónomas con plenitud de derechos, ya que de conformidad con su edad y madurez pueden decidir sobre su propia vida y asumir ciertas responsabilidades.

(...) “La condición de debilidad o vulnerabilidad en la que los menores se encuentran, la cual van abandonando a medida que crecen, ya no se entiende como razón para restringir sus derechos y su capacidad para ejercerlos. Ahora es la razón por la cual se les considera “sujetos de protección especial” constitucional. Es decir, la condición en la que se encuentra un menor no es razón para limitar sus derechos sino para protegerlo. Pero esta protección tiene una finalidad liberadora del menor y promotora de su dignidad. Por eso, los derechos de los niños deben interpretarse a la luz del respeto y la defensa que demanda la Constitución de su autonomía y de su libertad (pro libertatis).”<sup>3</sup>

En la sentencia T-695 de 2007, por ejemplo, la Corte estudio el caso de un menor autista al que la EPS negaba el tratamiento de rehabilitación integral por considerar que se encontraba excluido del plan obligatorio de salud. En esa oportunidad la Sala Segunda de Revisión protegió los derechos fundamentales del menor y reiteró su jurisprudencia sobre protección especial de los niños y las niñas en los siguientes términos:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado reiteradamente que el derecho a la salud de los niños, al lado de otros derechos, es en sí mismo un derecho fundamental, con carácter prevalente sobre los derechos de todos los demás. Esta regla encuentra su fundamento en el artículo 44 de la Constitución que señala expresamente: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...). 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. (...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. También el artículo 13 ordena al Estado la protección especial de las personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta.”

En el citado fallo, la Corte expuso en detalle algunos de los compromisos internacionales del Estado colombiano, frente a la protección de los niños y las niñas, en relación con su derecho a la salud. En los mismos no se establece discriminación o distinciones alguna fundada exclusivamente en el ingreso de los padres. Señaló al respecto:

“Por otra parte, esta regla también encuentra respaldo en diversos instrumentos internacionales que les otorgan a los niños el estatus de sujetos de protección especial y, específicamente en el campo de la salud, reconocen el derecho a la salud de los menores como fundamental. En la sentencia T-037 de 2006 se recordaron algunos de estos instrumentos:

(1) Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 24 reconoce ‘el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las 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. 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.'

(2) Declaración de los Derechos del Niño que en el artículo 4 dispone que '[E]l 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'.

(3) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas fijó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales algunos parámetros que propenden por la protección de los derechos fundamentales de los niños como por, ejemplo en el numeral 2° del artículo 12 del citado pacto se establece: a), es obligación de los Estados firmantes adoptar medidas necesarias para 'la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños'; mientras que el literal d) dispone que se deben adoptar medidas necesarias para 'la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad'.

(4) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 24 establece: 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

(5) Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 19 señala que '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'.

(6) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que, en su artículo 25-2, establece que ‘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’.

Por dichas obligaciones constitucionales, el derecho a la salud de los niños comprende tanto los servicios médicos incluidos en planes obligatorios de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado, como planes adicionales de aquéllas prestaciones contempladas en diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. En consecuencia, el servicio de salud que sea brindado a niñas y niños debe permitir el cumplimiento de la cláusula según la cual, todo niño tiene:

“derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”<sup>4</sup>.

No obstante lo anterior, el amparo que brinda la jurisprudencia no es suficiente, y en muchas ocasiones, aun cuando se han intentado llenar los vacíos legislativos del deficiente sistema colombiano de seguridad social en salud, la protección ha resultado ineficiente. Lamentablemente, muchos niños y niñas han fallecido durante el trámite de tutela esperando que se les reconozca y proteja el derecho fundamental a la salud. En ese sentido, considera la Corporación, para una protección ideal de los derechos fundamentales de los niños, que las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud garanticen sin obstáculos y dilaciones, de manera inmediata cualquier amenaza en la vida y salud de los menores, de forma tal que no sea necesario reclamar su reconocimiento constitucional ante los jueces de tutela, con el fin de brindar a los niñas y niños el disfrute del más alto nivel de atención en los medicamentos, exámenes o procedimientos médicos prescritos.

Con relación al derecho fundamental a la seguridad social y salud de los niños y niñas, la Corte Constitucional en sentencia T-096/11 tuteló el derecho a la salud de un menor, señaló su carácter iusfundamental y su protección vía acción de tutela, de la siguiente manera:

“(…) Con respecto a la salud, el Estado tiene la obligación de ofrecer el servicio de su mantenimiento y recuperación, reconociendo una mayor garantía para sujetos considerados como de especial protección constitucional en razón a sus condiciones particulares que los hacen merecedores de una acción afirmativa Estatal, como lo son los niños, las personas de la tercera edad, los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos. La salud es un derecho fundamental amparable por medio de la acción de tutela, pues con su garantía se da protección al individuo, centro de la actuación estatal, y asimismo se garantizan otros derechos de rango fundamental. Este derecho incluye, entre otros aspectos, el tener acceso a los servicios necesarios para recuperar su salud, a obtener un diagnóstico claro, a la continuidad en el tratamiento y los especialistas establecidos por el médico tratante y a la realización de un procedimiento idóneo en el caso en que se decida cambiar un tratamiento. Queda entonces demostrado que, en general, y especialmente en el caso de los niños, el derecho a la seguridad social y el derecho a la salud son derechos fundamentales que implican para el Estado la obligación de la prestación eficiente de los mismos. Así, ante una contingencia en la salud de una persona, a ésta se le debe garantizar el derecho al diagnóstico y posteriormente se le debe prestar un tratamiento integral y completo además de continuo, es decir, con los mismos especialistas y en las mismas instituciones que lo han llevado a cabo, siempre y cuando la EPS respectiva los mantenga y salvo que deban cambiarse los mismos por una modificación en el diagnóstico y tras un procedimiento idóneo del que se pueda inferir la necesidad de dicho cambio.

Puede señalarse, entonces, que en virtud del principio de integralidad en salud no es posible limitar la atención de niñas y niños a ciertos servicios o solamente a aquéllos solicitados por medio de acción de tutela, sino principalmente es fundamental permitir el acceso a toda prestación que sea necesaria para el mantenimiento o el restablecimiento de la salud. Por estos motivos, se reitera, que el principio de integralidad incluye la prestación de todos los tratamientos o cuidados requeridos, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario. Adicionalmente, el cumplimiento efectivo del derecho a la salud de las y los menores, sin lugar a dudas, conlleva el deber de continuidad en la práctica de tratamientos para la recuperación de su salud.

Por consiguiente, no es admisible constitucionalmente ninguna interrupción en el

tratamiento, examen o procedimiento de salud que recibe un menor de edad bajo prescripción médica, aduciendo motivos de índole económico y/o administrativo, so pena de cometer una posible amenaza o vulneración de los derechos fundamentales a la vida y salud de un sujeto amparado con especial protección constitucional.

1. Procedencia de la acción de tutela para solicitar reembolsos y reclamar gastos de transporte, alimentación y hospedaje por traslado de paciente.

En diferentes pronunciamientos esta Corporación se ha referido al reconocimiento de gastos de transporte solicitados por usuarias y usuarios de servicios de salud. En los mismos, ha analizado disposiciones legales así como condiciones particulares en virtud de las cuales las Entidades que participan en el Sistema General -SGSSS- deben asumir costos de traslado de pacientes o de éstos y sus acompañantes.

La Corte ha reconocido que los gastos de transporte de pacientes deben ser sufragados en los casos previstos por la legislación vigente tanto para el régimen subsidiado como para el contributivo, a saber: el Acuerdo 72 de 1997 “Por medio del cual se define el plan de beneficios del régimen subsidiado”, literal d, artículo 71 y la Resolución 5261 de 1994 “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Igualmente, la jurisprudencia ha establecido que en principio, la obligación de acudir a un tratamiento corresponde tanto al usuario o usuaria como a su familia. No obstante, han sido identificadas ciertas situaciones en las cuales, corresponde a las entidades que participan en el sistema de salud cubrir gastos de desplazamiento de pacientes y de sus acompañantes hasta el domicilio del paciente con el fin de que se garantice el derecho de accesibilidad a los servicios de salud y por ende, una atención en salud de manera ininterrumpida.

En sentencia T-1158 de 2001 esta Corporación ordenó al ISS prestar a una niña de 10 años discapacitada, por la enfermedad de artrogriposis congénita asociada a luxación de cadera izquierda, el servicio de ambulancia que aquélla requería para el tratamiento de su enfermedad. En sus consideraciones, este Tribunal manifestó: “la incapacidad económica de la familia de la niña impide que la menor acceda al tratamiento que se le ha ordenado puesto que no puede trasladarse de la casa de habitación al centro hospitalario. Impedir el acceso significa violación al derecho a la salud de la menor, en conexidad con los derechos a la vida, a la seguridad social y a la dignidad”.

Sin embargo, la Corporación ha delimitado el reconocimiento de gastos por traslado del paciente, de la siguiente manera:

“Conforme a la norma los gastos que genere el desplazamiento por razón de remisiones del paciente deben ser asumidos por éste, excepto cuando se trate de casos de urgencia debidamente certificada o de pacientes que requieran atención complementaria. (...)

De manera, pues, que si no se está ante alguna de estas situaciones será el paciente, o de manera subsidiaria, su familia los que deban asumir los costos que genere su traslado. Esto es una consecuencia directa del principio de solidaridad y que la Carta Política impone como uno de los deberes de todas las personas (art. 95, numeral 2). Sobre el tema la Corte ha sostenido que por regla general los costos de transporte deben ser asumidos por el paciente o por su familia y que el Estado, ya sea directamente o a través de las entidades promotoras de salud, únicamente está obligado a facilitar el desplazamiento cuando su negativa ponga en peligro no sólo la recuperación de la salud del paciente sino su vida o calidad de vida. Así, la jurisprudencia ha señalado los eventos en los cuales esa responsabilidad se traslada a las E.P.S., que es precisamente cuando se comprueba que ni el paciente ni sus familiares cercanos poseen recursos suficientes para asumir dichos costos y cuando de no efectuarse tal remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario. Entonces, por regla general la negativa de una entidad promotora de salud de costear los costos que genera el desplazamiento no vulnera los derechos fundamentales a la vida ni a la salud del afectado, toda vez que ellos pueden ser sufragados si no por el mismo paciente, sí por sus familiares. Pero, si se demuestra la falta de recursos o que la ausencia del

tratamiento respectivo pone en peligro la vida o salud del paciente, las entidades o el Estado están en la obligación de asumir los gastos”<sup>5</sup>. (Subrayado fuera de texto)

Debe señalarse que por “urgencia”, de acuerdo con el artículo 9 de la Resolución 5261 de 1994, debe entenderse “(...) la alteración de la integridad física, funcional y/o psíquica por cualquier causa con diversos grados de severidad, que comprometen la vida o funcionalidad de la persona y que requiere de la protección inmediata de servicios de salud, a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas presentes o futuras.”. La atención inicial de urgencias, entendida como “la organización de recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros de un proceso de cuidados de salud indispensables e inmediatos a personas que presentan una urgencia”. De igual manera, de acuerdo con lo establecido en el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud a todas las personas. El costo de dichos servicios, siguiendo la norma en cita, debe ser asumido por la Entidad Promotora de Salud a la cual esté afiliado el usuario, salvo en los casos de urgencias generadas en accidentes de tránsito, en acciones terroristas ocasionadas por bombas o artefactos explosivos, en catástrofes naturales o en otros eventos expresamente aprobados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, ya que en estos supuestos el llamado a sufragar dichos costos es el Fondo de Solidaridad y Garantía.

A modo de ejemplo, esta Corporación, mediante providencia T-786 de 2006, estudió un caso en el cual se solicitaba ordenar a la EPS cubrir el transporte de un niño de un año y seis meses de edad, y su acompañante a la ciudad de Bogotá con el fin de que le fuera realizada una intervención quirúrgica que requería. En sus consideraciones, la Corte declaró la carencia de objeto para pronunciarse, pues en el trámite de revisión fue acreditado que la familia del menor asumió autónomamente los gastos de traslado a Bogotá. Empero, reiteró los criterios jurisprudenciales en virtud de los cuales, las entidades que participan en el Sistema están obligadas a reconocer el servicio de transporte a sus pacientes y sus acompañantes e indicó:

“En consecuencia, el cubrimiento de los gastos de transporte para que un usuario pueda acceder al servicio de salud está sujeto a la capacidad económica del paciente y a sus capacidades físicas y mentales, pues en casos en los que se encuentren involucrados menores, discapacitados y personas de la tercera edad, se hace evidente que, además de la

necesidad del cubrimiento del gasto de traslado a otra ciudad para sí mismos, es indispensable el cubrimiento de los gastos de desplazamiento de un acompañante, por parte de la E.P.S.

“Es entonces evidente que la obligación de las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud supera los límites de la pura y elemental atención médica de los usuarios y, en consecuencia, implica el análisis y la valoración integral de cada caso, atendiendo a la realidad física, social y económica del paciente, entre otros elementos, que permita identificar las necesidades y las garantías en salud que se le deben prestar, compromiso que se hace imperante en los casos en los que el usuario es un menor de edad”.

(Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, con respecto a la procedencia del reembolso, como una suma de dinero o indemnización por los servicios de salud asumidos, la Corporación ha reiterado su improcedencia vía tutela por ser esta una petición de carácter eminentemente económico que no avizora una vulneración en derecho fundamental alguno, más cuando existen otros medios ordinarios de defensa judicial para su reclamación, y atendiendo al carácter subsidiario de la acción de tutela.

“El propósito de la acción de tutela es la salvaguarda de los derechos fundamentales ante eventuales vulneraciones o amenazas ocasionadas por la acción u omisión de entidades, públicas o privadas, que tienen el deber constitucional y legal de prestar el servicio público de salud. Cuando la debida atención médica ya ha sido suministrada, garantizándose con ello la protección de los derechos en conflicto, en principio no es factible tutelar los derechos a la salud y a la seguridad social, en tanto que la petición se concreta en la reclamación de una suma de dinero. El camino constitucional y legal adecuado para tramitar este tipo de controversias es la jurisdicción ordinaria”<sup>6</sup>.

De igual manera, en sentencia T-346 de 2010 la Corte Constitucional estableció de manera clara y precisa que:

“Por regla general, la acción de tutela es improcedente para obtener el reembolso de gastos

médicos, toda vez que la presunta afectación o amenaza del derecho fundamental a la salud en la que pudo incurrir la entidad que tiene a su cargo la prestación de dicho servicio se entiende superada, aunado al hecho de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para obtener el pago de estas sumas. Desde esta perspectiva, se entiende que el amparo de tutela es procedente, de manera excepcional, para obtener el reembolso del dinero pagado por servicios de salud no suministrados al paciente, (i) cuando la entidad que tiene a cargo dicha prestación se niega a proporcionarlo, sin justificación legal y (ii) existe orden del médico tratante que sugiere su suministro”.

En este sentido, la causa final de la acción de tutela es la protección de los derechos fundamentales, más no la creación jurisprudencial de un procedimiento paralelo o complementario a los ya existentes en nuestra legislación ordinaria. Por ello, la Corte ha reiterado por regla general, que es improcedente solicitar reembolsos de gastos sufragados por medicamentos, exámenes o procedimientos médicos.

Así, en sentencia T-104 de 2000 la Corte señaló:

“(…) En cuanto a la pretensión relacionada con el reembolso de dineros gastados (...), en repetidas oportunidades la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, en casos como en el presente la tutela sólo procede cuando la acción u omisión de la entidad encargada de prestar el servicio público de salud, amenaza o vulnera derechos fundamentales, en manera alguna para definir obligaciones en dinero, cuyo pronunciamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, no es posible obtener por vía de tutela el pago de dichas sumas, dado que existe un mecanismo alternativo de defensa judicial, al cual [se] deberá acudir (...), si considera que [se] tiene derecho a dicho reconocimiento (...)”.

A contrario sensu, si la Corporación autorizara el pago de reembolsos por prestaciones económicas ya pagadas, la acción de tutela se desnaturalizaría, por cuanto los ciudadanos disponen de otros mecanismos de defensa para solicitar el reintegro de los gastos en que tuvo que incurrir. Lo anterior, se afirma por cuanto la reclamación del reembolso puede ser ventilada ante la entidad promotora de salud en primera instancia, y posteriormente ante la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, toda vez que corresponde a un conflicto jurídico entre un afiliado y una entidad administradora de

seguridad social.

A su turno, la Corte ha descrito de manera clara y extensa el derecho de accesibilidad como parte integrante del derecho a la salud como servicio público a cargo del Estado:

“En la teoría contemporánea una de las facetas del acceso es la accesibilidad. La accesibilidad materializa el derecho. Consiste en todas aquellas acciones que permiten a las personas acudir a los recursos o servicios ofrecidos. Eso, en materia de seguridad social, implica posibilidad de llegar y de utilizar tales servicios y recursos. Significa, por consiguiente, que debe existir un enlace entre la accesibilidad y la atención a la salud y a la seguridad social.

“Todas las personas tienen el mismo derecho a participar en actividades dentro del entorno construido”. No existe accesibilidad si se programan, como en el caso materia del presente fallo, sesiones de fisioterapia, pero no se facilita la llegada e ingreso al sitio donde se va a efectuar tal tratamiento. Ordenar una fisioterapia, pero al mismo tiempo obstaculizar su práctica, afecta la seguridad social integral, que incluye, como es lógico, la accesibilidad a la atención.

Claro que la obligación de acudir a un tratamiento corresponde en primer lugar al paciente y a su familia. Pero, si se trata de un inválido y además de un niño y si la familia no tiene recursos para contratar un vehículo apropiado, no tiene explicación que no se preste el servicio de ambulancia por parte de la correspondiente EPS. (...).”

Por otra parte, en relación con el traslado de acompañantes de pacientes que requieren servicios de salud, la Corte ha reconocido su procedencia en ciertos casos, por ejemplo cuando el representado constitucionalmente es un menor de edad. En fallo T-350 de 2003, se precisó que:

“(…) El acceso de la atención en salud de los menores de edad está íntimamente ligado con la accesibilidad, que materializa el ejercicio efectivo del derecho fundamental. Esta prerrogativa, al carecer los niños y niñas de la autonomía suficiente para desplazarse por sí solos al centro asistencial, incluye la necesidad de la asistencia de un acompañante durante el traslado, siendo la familia el principal obligado a tal prestación, por lo que el Estado, de forma directa o por medio de las entidades promotoras de salud o administradoras del régimen subsidiado, según el caso, sólo asume la responsabilidad de manera subsidiaria, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de las condiciones señaladas por la jurisprudencia constitucional”. (Subrayado fuera de texto)

Por ende, a la luz de la jurisprudencia constitucional, el suministro del servicio de traslado de pacientes tiene la finalidad de asegurar a través de un esfuerzo prestacional, el acceso efectivo al derecho fundamental a la salud de las personas que requieren urgentemente asistencia médica. Así, los supuestos que permiten concluir que las E.P.S. deben proveer excepcionalmente el traslado de pacientes en casos no comprendidos en la legislación pueden ser resumidos de la siguiente manera: (i) el procedimiento o tratamiento debe ser imprescindible para asegurar el derecho a la salud y la integridad de la persona. Al respecto se debe observar que la salud no se limita a la conservación del conjunto determinado de condiciones biológicas de las que depende, en estricto sentido, la vida humana, sino que este concepto, a la luz de lo dispuesto en los artículos 1° y 11 del Texto Constitucional, extiende sus márgenes hasta comprender los elementos requeridos por el ser humano para disfrutar de una vida digna (ii) el paciente o sus familiares carecen de recursos económicos para sufragar los gastos de desplazamiento <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-391-09.htm> - \_ftn25 y (iii) la imposibilidad de acceder al tratamiento por no llevarse a cabo el traslado genera riesgo para la vida, la integridad física o la salud del paciente, la cual incluye su fase de recuperación.

Los criterios jurisprudenciales sobre transporte de acompañantes a cargo de la EPS fueron reiterados en sentencia T- 295 de 2003, donde este Tribunal señaló lo siguiente:

“Es evidente que un niño de cinco años, con Síndrome de Down, no puede por sí mismo tomar un avión para asistir a una cita médica en una ciudad diferente a la de su domicilio, de manera que la asistencia de un acompañante es necesaria para garantizar la efectividad de su derecho a la salud. Por ello, la Sala estima que, en ausencia de recursos que le permitan a la accionante o al padre del menor costear los pasajes, éstos deberán ser proporcionados por la E.P.S. accionada”.

Igualmente, en fallo T-350 de 2003, se precisó que:

“el acceso de la atención en salud de los menores de edad está íntimamente ligado con la accesibilidad, que materializa el ejercicio efectivo del derecho fundamental. Esta prerrogativa, al carecer los niños y niñas de la autonomía suficiente para desplazarse por sí solos al centro asistencial, incluye la necesidad de la asistencia de un acompañante durante el traslado, siendo la familia el principal obligado a tal prestación, por lo que el Estado, de forma directa o por medio de las entidades promotoras de salud o administradoras del régimen subsidiado, según el caso, sólo asume la responsabilidad de manera subsidiaria, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de las condiciones señaladas por la jurisprudencia constitucional”.

Así pues, con el fin de decidir sobre solicitudes de traslado de acompañantes, deben ser verificados tanto los requisitos de transporte de usuarios, antes señalados, como los criterios especiales de personas con especial protección constitucional como los menores de edad que dada su enfermedad no pueden valerse por sí mismos.

Por consiguiente, el traslado de pacientes menores de edad de su domicilio a la institución donde debe ser prestado el servicio de salud que corresponda, sí puede ser asumido de manera excepcional por la EPS con un acompañante. Lo anterior, con el fin de darle prelación a los derechos de los niños y al derecho de accesibilidad en los servicios de salud de los menores, con el fin de garantizar continuidad, accesibilidad y la más alta atención y cuidado posible.

En conclusión, es importante recordarle en este caso en concreto a la EPS Coomeva y al juez de segunda instancia, que a partir del 1° de enero de 2010, el servicio de transporte o

traslado de pacientes se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, conforme a los artículos 33 y 34 del Acuerdo 008 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud que rige a partir de tal fecha, tanto para el régimen contributivo como para el régimen subsidiado. La inclusión de este servicio quedó prevista (i) en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud de pacientes remitidos por la institución y (ii) en un medio diferente a la ambulancia cuando el servicio que requiere el paciente no esté disponible en el municipio de su residencia.

#### 1. Jurisprudencia constitucional sobre carencia actual de objeto. Reiteración jurisprudencial.

El fenómeno de la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no tiene efectos, esto es, cae en el vacío<sup>7</sup>. Lo anterior se presenta, generalmente, a partir de dos eventos: el hecho superado o el daño consumado.

Por un lado, la carencia actual de objeto por hecho superado se da cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo -verbi gratia se ordena la práctica de la cirugía cuya realización se negaba o se reintegra a la persona despedida sin justa causa-, razón por la cual cualquier orden judicial en tal sentido se torna innecesaria<sup>8</sup>. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna<sup>9</sup>.

“En armonía con estos antecedentes sucintamente resumidos, puede no resultar apropiado referirse a un hecho superado cuando acontece la muerte del demandante, menos aún cuando esa muerte es consecuencia directa de la acción u omisión que generó la vulneración de los derechos fundamentales, como ha sucedido en algunos casos. Pero si se quisiera ir más allá, para abundar en justificaciones, y adoptar el sentido literal de las palabras, la

acción “superar” significa, entre otras acepciones, “vencer obstáculos o dificultades”, con lo cual queda claro que no es posible sostener que la muerte de un ser humano, especialmente circunscribiéndose dentro del contexto del proceso de tutela en el cual se pretende el amparo de sus derechos constitucionales fundamentales, se pueda entender como el vencimiento de un obstáculo o dificultad, pues sin lugar a dudas los efectos de esa muerte frente a la afectación de los derechos fundamentales es, más propiamente, una pérdida o un daño consumado”<sup>10</sup>.

¿Cuál debe ser entonces la conducta del juez de amparo ante la presencia de un hecho superado? Según la jurisprudencia constitucional<sup>11</sup>, para resolver este interrogante se debe hacer una distinción entre los jueces de instancia y la Corte Constitucional cuando ejerce su facultad de revisión.

Así, esta Corte ha señalado que “no es perentorio para los jueces de instancia (...) incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteado en la demanda. Sin embargo, pueden hacerlo, sobre todo si consideran que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes”<sup>12</sup>, tal como lo prescribe el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991<sup>13</sup>. Lo que es potestativo para los jueces de instancia, se convierte en obligatorio para la Corte Constitucional en sede de revisión pues como autoridad suprema de la Jurisdicción Constitucional “tiene el deber de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita”<sup>14</sup>.

Ahora bien, lo que sí resulta ineludible en estos casos, tanto para los jueces de instancia como para esta Corporación, es que la providencia judicial incluya la demostración de que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, esto es, que se demuestre el hecho superado<sup>15</sup>, lo que autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de orden alguna, con independencia de aquellas que se dirijan a prevenir al demandado sobre la

inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.

Por otro lado, la carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental<sup>16</sup>.

La Corte en sentencia SU. 540 de 2007 expresó lo siguiente frente al hecho futuro incierto de la muerte del actor en el trámite de revisión de tutela, a saber:

“La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de esta Corte, en sentencia T-448 de 2004, citó algunas sentencias para ilustrar con los casos estudiados la interpretación y el alcance que la Corporación, a través de los pronunciamientos de las demás Salas de Revisión, le había dado hasta entonces a la expresión daño consumado y a partir de ellos propuso unas situaciones en las cuales se configuraba ese daño, entre ellas la muerte del actor, porque “es obvio que desaparecen los fundamentos fácticos que motivaron la solicitud de amparo”. De manera que, la circunstancia de la muerte del actor en tutela configura un daño consumado, que no necesariamente conduce a la improcedencia de la tutela porque “la existencia de una carencia actual de objeto no es óbice para que la Corte analice” a través del estudio de fondo sobre la vulneración que se puso en conocimiento de los jueces de tutela, “si existió una vulneración y, de esta manera, determine el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita”. La Corte Constitucional ha sostenido que, aunque ocurra la muerte del peticionario durante el trámite de la tutela, conserva la competencia para emitir un pronunciamiento sobre la cuestión objeto de debate, porque si bien es cierto que por esa causa, entendida como un daño consumado, la Corte queda impedida para impartir contra el demandado la orden a que hace referencia el artículo 86 Superior, también lo es que en virtud de su función secundaria, en la eventual revisión de los fallos de tutela, debe resolver sobre el fondo del asunto sometido a su estudio, i.) en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, que prohíbe la emisión de fallos inhibitorios en materia

de tutela y ii.) en consideración a que sus funciones, en materia de tutela, exceden a las que cumple ordinariamente un tribunal de instancia.

(...)

De manera que, la circunstancia de la muerte del actor en tutela configura un daño consumado, que no necesariamente conduce a la improcedencia de la tutela porque “la existencia de una carencia actual de objeto no es óbice para que la Corte analice” a través del estudio de fondo sobre la vulneración que se puso en conocimiento de los jueces de tutela, “si existió una vulneración y, de esta manera, determine el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita.

(...)

Dentro de las orientaciones enunciadas, la Corte ha entendido que la muerte del actor en la tutela configura un daño consumado, en los casos analizados en las sentencias T-498 de 2000, T-696 de 2002, T-084 de 2003, T-253 de 2004, T-254 de 2004 y T-980 de 2004, y ha sostenido que aunque en esa circunstancia cualquier orden de protección resultaría ineficaz, también ha precisado que la misma no impide a la Corte estudiar de fondo el tema planteado”.

Recuérdese que la acción de tutela tiene un carácter eminentemente preventivo más no indemnizatorio, por regla general. En otras palabras, su fin es que el juez de tutela, previa verificación de la existencia de una vulneración o amenaza de un derecho fundamental, dé una orden para que el peligro no se concrete o la violación concluya; sólo excepcionalmente se permite ordenar algún tipo de indemnización. En este orden de ideas, en caso de que presente un daño consumado, cualquier orden judicial resultaría inocua o, lo que es lo mismo, caería en el vacío pues no se puede impedir que se siga presentando la violación o que acaezca la amenaza. La única opción posible es entonces la indemnización del perjuicio producido por causa de la violación del derecho fundamental, la cual, en principio, no es posible obtener mediante la mencionada vía procesal.

Cabe preguntarse cuál es la conducta a seguir por parte del juez de tutela en el caso en el

que se verifique la existencia de un verdadero daño consumado teniendo en cuenta que, como se dijo, cualquiera de sus órdenes sería inocua. Para responder a este interrogante, la jurisprudencia constitucional ha indicado que es necesario distinguir dos supuestos.

El primero de ellos se presenta cuando al momento de la interposición de la acción de tutela el daño ya está consumado, caso en el cual ésta es improcedente pues, como se indicó, tal vía procesal tiene un carácter eminentemente preventivo mas no indemnizatorio. A ello se refiere el artículo 6, numeral 4, del Decreto 2591 de 1991 cuando indica que “la acción de tutela no procederá.... cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado (...)”. Esto quiere decir que el juez de tutela deberá hacer, en la parte motiva de su sentencia, un análisis serio en el que demuestre la existencia de un verdadero daño consumado, al cabo del cual podrá, en la parte resolutive, declarar la improcedencia de la acción, sin hacer un análisis de fondo. Adicionalmente, si lo considera pertinente, procederá a compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el daño e informar al actor o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para el resarcimiento del daño.

El segundo supuesto tuvo lugar en este caso, ya que el daño se consumó en el transcurso del trámite de la acción de tutela: en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional. En esta hipótesis, la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien no resulta viable emitir la orden de protección que se solicitaba en la acción de tutela, es perentorio que, la Corporación en sede de revisión:

i. Se pronuncie de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la presencia del daño consumado y sobre si existió o no la vulneración de los derechos invocados en la demanda, lo cual incluye, en el caso del juez de segunda instancia y de la Corte Constitucional, la revisión de los fallos precedentes para señalar si el amparo ha debido ser concedido o negado.

i. Hagan una advertencia “a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)”, al tenor del artículo 24 del decreto 2591 de 1991.

i. Informen al actor o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para la reparación del daño.

i. De ser el caso, compulsen copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el mencionado daño.

Ahora bien, advierte la Sala que es posible que la carencia actual de objeto no se derive de la presencia de un daño consumado o de un hecho superado sino de alguna otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto. A manera de ejemplo, ello sucedería en el caso en que, por una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela, el tutelante perdiera el interés en la satisfacción de la pretensión solicitada o ésta fuera imposible de llevar a cabo.

Visto lo anterior, es claro para la Sala que la carencia actual de objeto –por hecho superado, daño consumado u otra razón que haga inocua la orden de satisfacer la pretensión de la tutela- no impide un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y la corrección de las decisiones judiciales de instancia, salvo la hipótesis del daño consumado con anterioridad a la presentación de la acción de amparo ya que allí ésta es improcedente en virtud del artículo 6, numeral 14, del decreto 2591 de 1991. Menos aún, cuando nos encontramos en sede de revisión, etapa en la cual la Corte

Constitucional cumple la función de fijar la interpretación de los derechos fundamentales como autoridad suprema de la jurisdicción constitucional.

Además, como se podría deducir, un pronunciamiento judicial en tutelas de esta naturaleza, a pesar de encontrar la ausencia de una orden dirigida a conceder la solicitud de amparo tiene, sin duda alguna, importantes efectos en materia de prevención de futuras violaciones de derechos fundamentales y puede ser un primer paso para proceder a la reparación de perjuicios y a la determinación de responsabilidades administrativas, penales y disciplinarias.

#### 1. Análisis del caso en concreto.

En ese sentido, para la Sala de Revisión es claro que en este caso se presentó una carencia de objeto, pero esta no se enmarcó dentro de la teoría del hecho superado, toda vez que la pretensión contenida en la demanda de tutela no se satisfizo entre el momento de la interposición de la tutela y el momento del fallo. En cambio, sí se configuró una carencia actual del objeto por daño consumado, ya que durante el transcurso del trámite de revisión llevado a cabo en la Corporación, se produjo la muerte de Sebastian y se consumó el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro.

La jurisprudencia constitucional ha establecido de manera reiterada, dentro de una de las hipótesis de carencia de objeto por daño consumado, la que se presenta de manera específica cuando el actor fallece y naturalmente desaparecen los fundamentos fácticos que motivaron la solicitud de amparo<sup>17</sup>. No obstante, en este asunto no sobra advertir que los servicios de salud ordenados por el médico tratante para superar la enfermedad de leucemia del menor Sebastian Holguín Zea fueron prestados por parte de Coomeva EPS en el Hospital San Ignacio de Bogotá, por lo que el daño ocasionado que se pretendía evitar, es decir, la defunción del menor, no tuvo lugar por la falta de la prestación del servicio médico como tal. Es más, al contrario de lo que señala la accionante, según la historia clínica del menor se encuentra demostrado que obtuvo atención oportuna y entrega completa de todos los

medicamentos requeridos, una vez realizado el diagnóstico tardío de su enfermedad. Además, el servicio de salud se prestó de manera continua e ininterrumpida dado que su madre, en calidad de accionante, se arrogó los gastos de traslado, alimentación y hospedaje de ella y su hijo, de la ciudad de Sogamoso a Bogotá y viceversa.

En segundo lugar, el caso sub-examine contiene peticiones de índole económico que siguiendo los criterios de esta Corte, no deben ser objeto de revisión o controversia en sede de tutela, teniendo en cuenta que para su reconocimiento existen otros mecanismos de defensa judicial. En efecto, la accionante pretende que se ordene el reembolso del valor de todos los gastos en que tuvo que incurrir por concepto de desplazamientos, alimentación y hospedaje a la ciudad de Bogotá D.C., cuando la Corporación ha sido enfática en considerar que no es procedente vía tutela ordenar el pago de los reembolsos por concepto de gastos, al ser esta acción de protección constitucional un mecanismo de carácter preventivo y el medio menos idóneo para obtener indemnizaciones, por regla general<sup>18</sup>.

En tercer lugar, frente al reconocimiento de los gastos de traslado a la ciudad de Bogotá D.C., por parte de Coomeva EPS, considera esta Sala de Revisión, que sí procedían y han debido ser confirmados por el juez de segunda instancia, más tratándose de un sujeto de especial protección constitucional (menor de edad), evidenciado su estado de urgencia manifiesta para trasladarse a la capital con un acompañante, con el fin de atender la leucemia linfoblástica aguda que desafortunadamente padecía. Máxime, cuando en este caso, no se desvirtuaron plenamente las afirmaciones de la accionante relativas a su falta de capacidad económica para sufragar dichos gastos y tampoco el hecho de ser una madre cabeza de familia. Estas aseveraciones, al no haber sido desvirtuadas, gozan de la presunción de veracidad, por lo tanto se tienen por ciertas.

En efecto, está demostrado que la accionante cotiza como independiente al sistema de seguridad social en salud con un ingreso base de cotización de \$536.000 pesos, (Folio 192) valor que, dicho sea de paso, es inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, además, la señora Zea Zambrano manifestó su especial situación de tener otro hijo de ocho años de edad por quien velar.

Adicionalmente, como se expuso en precedencia el servicio de transporte o traslado de pacientes se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, conforme a los artículos 33 y

34 del Acuerdo 008 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud. Por consiguiente, resulta desproporcionado que el juez de segunda instancia considere sin más, que el padre del menor -a quien no se vinculó al proceso-, como cotiza con un salario base \$1'723.000 pesos, puede sufragar los gastos de desplazamiento Sogamoso-Bogotá-Sogamoso de su hijo y un acompañante. Así, simplemente, se desconoció en la impugnación, si la generación de estos nuevos gastos de traslado y hospedaje de su hijo con un acompañante, resultaban una carga costosa y desproporcionada<sup>19</sup> con respecto a la capacidad económica y al giro ordinario de los ingresos del padre, más cuando dicha obligación no fue vinculada por el juez y se convirtió en un gasto imprevisto y repentino.

A manera de ejemplo, esta Corporación se ha referido en diferentes pronunciamientos<sup>20</sup> al reconocimiento de gastos de transporte solicitados por usuarios del sistema de seguridad social en salud y los ha reconocido con el fin de garantizar un derecho conexo al derecho fundamental de salud -la accesibilidad- así mismo, se ha protegido para mantener la continuidad en los servicios de salud, ya que un derecho constitucional fundamental autónomo como la salud no se concreta sin una debida continuidad en la prestación del servicio o sin un acceso prevalente, eficiente y oportuno.

En ese orden de ideas, en un caso como este, la familia resulta el primer obligado a asumir tal prestación sólo cuando se desvirtúe ampliamente, por la entidad accionada o por el juez de tutela, la capacidad económica del accionante o su familia, y se identifique probatoriamente que no se transgrede el concepto de los gastos soportables y el derecho fundamental al mínimo vital. A contrario sensu, para este Tribunal Constitucional es de una claridad meridiana, que en este caso en concreto la entidad promotora de salud en concurrencia con el Estado, tenían la obligación subsidiaria de asumir esa responsabilidad, dadas las condiciones económicas de la accionante.

Así, de las pruebas allegadas a la Corte, se desprende que al asumir la accionante los costos de traslado, suyos y de su hijo, de la ciudad de Sogamoso a la ciudad de Bogotá y viceversa, se le asignó una carga que no estaba constitucionalmente obligada a soportar, desplegándose en consecuencia un perjuicio causado.

Así, los supuestos de hecho y de derecho en este asunto permiten concluir que E.P.S. Coomeva omitió el deber consagrado en el plan obligatorio de salud relativo a proveer el

traslado del paciente, con un acompañante, más aún cuando los requisitos fijados por la Corporación para que ello sucediese se cumplieron, ya que: i) el procedimiento era imprescindible para asegurar el derecho a la salud y la integridad del menor Sebastian (diagnosticado con leucemia); ii) la imposibilidad de acceder al tratamiento por no llevarse a cabo el traslado generó un riesgo o amenaza para su vida, integridad física y/o salud del menor, y iii) no se desvirtuó la afirmación de la accionante relativa a carecer de recursos económicos para sufragar los gastos de desplazamiento; ser madre cabeza de familia y tener otro hijo a su cargo, y por el contrario, para la Corporación genera duda que de quien se exige el cumplimiento del traslado en segunda instancia, nunca se le vinculó procesalmente, ni se comprobó si esa nueva erogación afectaba sus gastos soportables.

Además, dicho reconocimiento de desplazamiento para atender su estado de salud, debió brindársele al menor con todas las prerrogativas para salvaguardar su vida en condiciones dignas, sin lugar a dudas, con su madre como acompañante, porque según concepto médico “por su edad (10 años) debe permanecer con su madre” (folio 10). Lo anterior, demuestra total dependencia del menor para efectuar un desplazamiento como este; además alguien debía velar por su derecho al cuidado e integridad física, más aún, tratándose de tratamientos ordenados por “poliquimioterapia ambulatoria y quimioterapia intratecal” para curar una leucemia.

Así las cosas, este desplazamiento del menor debió cumplirse con la mayor eficiencia, rigor y celeridad posible, pero desafortunadamente EPS Coomeva negó y dilató su prestación poniendo en juego varios derechos constitucionales del niño a la salud, vida, seguridad social y dignidad humana. También, se constató que la ausencia del tratamiento respectivo ponía en peligro la vida o la salud del afectado, por lo que Coomeva EPS estaba en la obligación de asumir estos costos de traslado con un acompañante.

En ese mismo sentido, los gastos de hospedaje también eran procedentes para no afectar el mínimo vital de la madre, ya que resultaba desproporcionado exigirle en este caso en concreto, a una madre cabeza de familia, en estas circunstancias, que emplee el poco dinero en su haber para un gasto adicional, continuo y costoso para ella, más cuando no se encuentra probado en el expediente que el padre del menor fuera realmente a asumir este gasto. Así, se pusieron en riesgo por parte de la accionada, los derechos de dos sujetos de especial protección constitucional, a saber: (i) un niño menor de edad y (ii) una madre

cabeza de familia<sup>21</sup>.

Si bien, el hospedaje no es un servicio médico, se avizora que era un gasto necesario, para proteger el derecho a la salud y a la seguridad social del menor en conexidad con su derecho a la vida, más cuando se encuentra demostrada la incapacidad económica de la actora, para desplazarse y hospedarse en la ciudad de Bogotá D.C., lugar indicado por el médico tratante para atender el estado de salud de su hijo. Así pues, todo menor tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que le impidan acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que no es atribuible sujeto de especial protección constitucional que en su territorio no existan instituciones con capacidad para prestar un servicio de salud digno y eficiente.

Además de esto, Coomeva EPS falló al realizar un diagnóstico claro y oportuno del paciente. Está comprobado que hasta el 26 de mayo de 2011 se le diagnosticó la leucemia linfóide, tras más de tres años de atención e historia clínica en la UBA Coomeva- Sogamoso, y más cuando, en la consulta realizada el día 04 de mayo de 2011 se determinó que tenía una simple “amigdalitis aguda”.

Con fundamento en todo lo anterior, considera esta Corporación, en el caso en estudio, que la negación o prestación tardía en la prestación de los servicios de transporte con un acompañante y alojamiento del menor Sebastian Holguín Zea a la ciudad de Bogotá D.C., amenazó el derecho fundamental a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, seguridad social y dignidad humana del menor, siendo necesario y urgente su reconocimiento para acceder y continuar con el servicio público de salud

De acuerdo con todo lo anterior, la Sala de Revisión revocará parcialmente la decisión de segunda instancia por estar ampliamente comprobado en la acción de tutela de la referencia, que debían ser protegidos los derechos del menor a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, seguridad social y dignidad humana, y declarará la carencia actual de objeto por daño consumado al encontrarse probado el deceso del menor durante el trámite de revisión llevado a cabo en esta Corporación.

#### IV. DECISION

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

## RESUELVE

Primero.- REVOCAR parcialmente el fallo de segunda instancia proferido el 01 de marzo de 2012, por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Sogamoso, Boyacá, para en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por presentarse un daño consumado en la acción de tutela instaurada por Luz Miriam Zea Zambrano contra Coomeva E.P.S.

Segundo.- PREVENIR a Coomeva E.P.S. para que en el futuro reconozca los gastos de traslado de menores con un acompañante en estas o similares circunstancias, más cuando se evidencie que un tratamiento es urgente y necesario para acceder y continuar con los servicios de salud, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

Tercero.- Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Con aclaración de voto

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA T-655/12

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-Reglas jurisprudenciales (Aclaración de voto)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Octava de Revisión, me permito aclarar el voto en el asunto de la referencia.

1. En la sentencia T-655 de 2012 la Sala Octava de Revisión estudió el caso en el cual la EPS Coomeva no prestó un servicio de salud de calidad a un menor, puesto que a pesar de los controles realizados no le diagnosticó leucemia linfoblástica aguda. Esta patología fue identificada en los Hospitales de Sogamoso y San Ignacio en Bogotá, instituciones en las que el niño entró por urgencias. Sebastian Holguín fue atendido en el Hospital del Distrito Capital, de modo que el menor en compañía de su señora madre se vio obligado a trasladarse de la ciudad de Sogamoso a Bogotá. Por lo anterior, la representante del niño solicitó a la entidad demandada el subsidio de transporte. El menor falleció mientras se adelantaba el trámite de revisión.

2 La sentencia en la parte motiva precisó que las EPS deben ordenar el traslado de los pacientes para acceder a una prestación en salud, siempre que: i) el procedimiento sea urgente para el paciente; ii) la negativa del transporte ponga en riesgo la recuperación de la salud del usuario, su vida o dignidad humana; y iii) se compruebe que sus familiares cercanos no poseen recursos suficientes para asumir los costos del traslado. Además, advierte que las solicitudes de remisión de acompañantes deben ser verificados con los requisitos previamente enunciados y con los criterios especiales de personas con debilidad manifiesta, que indican que los menores de edad no pueden valerse por sí solos debido a su enfermedad.

3. Me aparto de la sentencia T-655 de 2012 por cuanto no identificó el precedente adecuado en las peticiones de transporte de pacientes y de sus acompañantes.

A mi juicio el transporte no es un servicio médico. Sin embargo, en ciertas ocasiones es una prestación indispensable para que los pacientes accedan a las atenciones requeridas para el

tratamiento de sus enfermedades. Por ello, las diferentes Salas de la Corte han concedido las peticiones de traslado de usuarios y de sus acompañantes. En este sentido, esta Corporación ha identificado las reglas jurisprudenciales específicas para la procedencia del amparo en las diversas posibilidades y opciones de remisión de los pacientes –solos o acompañados– de la siguiente forma<sup>22</sup>:

Traslado en ambulancia o subsidio de transporte, incluido el hospedaje además de estadía para el paciente.

El pago del traslado y estadía del usuario con un acompañante

(i) que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la integridad, en conexidad con la vida de la persona;

(ii) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado; y

(iii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario

(i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento;

(ii) requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y

(iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado

Es importante aclarar que estas reglas fueron construidas bajo la vigencia del acuerdo 008 de 2009. Este acto jurídico fue derogado por el acuerdo 029 de 2011<sup>23</sup> expedido por la Comisión de Regulación en Salud, el cual actualizó<sup>24</sup> los Planes Obligatorios de Salud y dispuso que tanto en el régimen subsidiado como en el contributivo, “se incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre las instituciones prestadoras del servicio de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos”<sup>25</sup>, y en un medio diferente a la ambulancia cuando el servicio que requiere el paciente no esté disponible en el municipio de su residencia<sup>26</sup>. Además, estableció que el servicio de traslado cubrirá el medio adecuado y disponible en el contorno geográfico en que se encuentre el paciente<sup>27</sup>.

Al respecto, la Sala Novena de Revisión ha precisado que las reglas jurisprudenciales construidas bajo el acuerdo 008 de 2009 continúan siendo vinculantes tanto para las entidades que pertenecen al sistema de seguridad social como para los jueces, en la medida que la actualización de los Planes Obligatorios de Salud establecida en el acuerdo 029 de 2011 no significó una modificación en el tema de transporte frente al acto administrativo general de 2009.

Por consiguiente, es claro que la sentencia objeto de aclaración no identificó de forma adecuada el precedente constitucional como quiera que no diferenció las reglas jurisprudenciales de transporte así como estadía de un paciente con las de hospedaje y otros gastos en los que incurre el usuario con un acompañante.

Atendiendo a estas razones, me veo obligado a aclarar el voto en la presente providencia.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

1 Sentencia C-055 de 2010.

2 Al respecto pueden consultarse las siguientes sentencias: T 760/08, T-514/98, T-415/98, T-075/96, SU-225/98, T-860/93, T-819/03, Auto 065/12.

3 Sentencia T -760 de 2008

4 Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 24.

5 Sentencia T-004 de 2005.

6 Sentencia T-650 de 2011.

7 Sentencia T-533 de 2009.

8 Ibídem.

9 En el mismo sentido, las sentencias T-170 de 2009, T-309 de 2006, T-308 de 2003 y T-972 de 2000, entre muchas otras.

10 SU 540 de 2007.

11 Sentencia T-533 de 2009.

12 Sentencia T-170 de 2009.

13 “ARTICULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado (...) en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo son perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”

14 Sentencia T-170 de 2009.

15 Ibídem.

16 Sentencia T-083 de 2010.

17 Ver sentencias T-058/11 y T-428/11

18 Ver sentencia T- 650 de 2011.

19 En la sentencia T-771 de 2005, recordando lo plasmado en la sentencia T-666 de 2004, en la que esta Corporación al hacer referencia a la noción de gastos soportables, principio desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación 4º, sostuvo lo siguiente: “Nótese que este criterio no se relaciona, en estricto sentido, con la afectación del mínimo vital de una persona, toda vez que permite analizar las cargas que debe asumir el afiliado al sistema. Este criterio, analizado desde la perspectiva del derecho a la salud, permite valorar casos donde una persona afiliada al régimen contributivo, a pesar de contar con cierto tipo de recursos, puede ver afectados otros derechos si destina un

porcentaje apreciable de sus ingresos a la satisfacción de un gasto médico que la E.P.S. respectiva no esté en la obligación de asumir. El principio de gastos soportables se ve afectado cuando el afiliado al régimen contributivo asume una carga desproporcionada.”

20 Ver Sentencia T 170 de 2010: “De otra parte, en lo que hace referencia a la continuidad en la prestación de los servicios de salud ha dicho también la Corte en reiterada jurisprudencia que uno de los contenidos del derecho a la salud es la posibilidad de exigir un tratamiento médico continuo para las enfermedades que se padezcan, sin que pueda aceptarse su interrupción abruptamente alegando razones legales o administrativas cuando ésta ponga en peligro la vida, la salud, la integridad personal y la dignidad del paciente, tratándose aún más de menores enfermos”. (Subrayado fuera de texto)

21 Ver Sentencia T-456 de 2004: “(...) en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad.” (Subrayado fuera de texto).

22 Sentencias T-481 de 2011, T-388 de 2012 y T-481 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

24 Conforme lo ordenó el numeral décimo séptimo de la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza, el acuerdo 029 de 2011 actualizó y aclaró los planes obligatorios de salud y los unifico para las personas de la tercera edad.

25 Comisión de regulación en salud, Acuerdo 029 de 2011; artículo 42.

26 Ibídem 43.

27 Sentencia T-022 de 201, T-481 de 2011 y T-842 de 2011 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.