



Floridablanca, siete (7) de febrero de dos mil veintidós (2022)

TUTELA

RADICADO: 2022-00008
ACCIONANTE: CARMEN CECILIA GARCÍA QUINTANILLA
AGENCIADO: DIEGO ANDRÉS ORDUZ QUINTANILLA
ACCIONADOS: NUEVA EPS - y otra
ASUNTO: SENTENCIA DE TUTELA

ASUNTO

Se resuelve la acción de tutela interpuesta por la señora CARMEN CECILIA GARCÍA QUINTANILLA como agente oficiosa de su menor hijo DIEGO ANDRÉS ORDUZ GARCÍA, contra la NUEVA EPS, trámite al que se vinculó de manera oficiosa a la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud “ADRES” y la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, ante la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas.

ANTECEDENTES

1.- La señora Carmen Cecilia García Quintanilla como agente oficiosa de su menor hijo Diego Andrés Orduz García – de 14 años de edad, expuso que este último se encuentra afiliado en calidad de beneficiario al régimen contributivo de salud a través de la NUEVA EPS; de otra parte, advirtió que desde los 2 años de edad se le diagnosticó Leucemia linfoblástica aguda, por lo que fue sometido a quimioterapia por más de 2 años, por lo sus vacunas fueron suspendidas.

El 11 de noviembre de 2021 el especialista en infectología pediatra tratante le diagnosticó necesidad de inmunización contra enfermedad infecciosa no especificada, por lo que le ordenó entre otras las siguientes vacunas: influenza tetravalente 2021 y Hepatitis A + B; en virtud de lo anterior, presentó las ordenes ante la EPS, no obstante, a pesar que fueron autorizadas aún no se han materializado, a pesar que elevó la queja ante la Superintendencia de Salud, motivos suficientes para deprecar el amparo de sus derechos y, por ende, se ordene a la EPS la aplicación de las vacunas prescritas.

2.- Una vez se avocó conocimiento se vinculó al trámite tutelar al representante legal de NUEVA EPS, a la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud “ADRES” y al Superintendente Nacional de Salud, quienes señalaron lo siguiente:



2.1. El apoderada judicial de la NUEVA EPS, informó que – en efecto – el agenciado se encuentra activo en el SGSS en Salud del régimen contributivo en calidad de beneficiario a través de esa entidad, por lo cual le brindan todos los servicios médicos requeridos, conforme a las prescripciones médicas y dentro de la competencia y garantía del servicio de acuerdo a la red de servicios contratada para cada especialidad.

Indicó que actualmente el área de salud de la entidad está realizando la gestión referente al petitum de la parte accionante en cuanto a los servicios de salud que están contemplados en el plan de beneficios de salud - resolución 2481 de 2020 – por lo cual se actualizarán integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la unidad de pago por capitación UPC.

Por lo anterior, solicitó de manera principal que se deniegue por improcedente la solicitud de tratamiento integral, la cual hace referencia a servicios futuros e inciertos que no han sido siquiera prescritos por los galenos tratantes y se anticipa una supuesta prescripción, cuando pueden resultar aun en servicios que no son competencia de la EPS, como los no financiados por los recursos de la UPC, no obstante, de forma subsidiaria rogó que en el evento en que se rechace su pretensión inicial, se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra la EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

2.2. Por su parte, el apoderado del Jefe de la oficina Jurídica de la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, afirmó que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS, situación que permite inferir una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad que representa

2.3. La Subdirectora Técnica, adscrita a la Subdirección de la defensa jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud indicó que la responsabilidad en materia de servicios de salud recae en las EPS las cuales actúan como verdaderos y directos responsables contractuales, por lo que en el evento en que el médico tratante considere que los servicios ordenados se ajustan a la necesidad del paciente, la EPS accionada se encuentra en la obligación de garantizar el servicio bajo estándares de oportunidad, accesibilidad y eficiencia, en los términos y para los efectos de las normas vigentes.

De otra parte, aseveró que solicitó a la Delegada de Protección al Usuario de la entidad la información pertinente en relación con el trámite dado a la queja de la accionante, una vez se reciba la información se dará alcance al presente oficio. Finalmente, solicitó su desvinculación del trámite constitucional por existir existe una clara falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.- Según constancia secretarial del 3 de febrero de la presente anualidad se estableció comunicación telefónica con la accionante quien indicó que aún la EPS no ha materializado la aplicación de las vacunas influenza tetravalente 2021 y Hepatitis A + B ordenadas por el especialista desde el 11 de noviembre de 2021, en favor de su menor hijo.

CONSIDERACIONES

4.- La acción de tutela es un mecanismo de carácter constitucional, concebido como el medio más expedito y célere para proteger los derechos fundamentales afectados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de particulares, el cual se caracteriza por ser un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, de ahí que sólo procede ante la ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, o cuando sea utilizado como herramienta transitoria para evitar la configuración de un perjuicio de carácter irremediable.

5.- Atendiendo a lo consignado en el art. 37 del Decreto 2591 de 1991 y el numeral 1º del art. 1º del Decreto 1883 de 2017, este Juzgado es competente para conocer la presente acción de tutela, toda vez que está dirigida contra una Entidad Promotora de Salud, a saber, NUEVA EPS.

6.- Conforme a lo previsto en los artículos 86 de la Carta Política y 10º del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede presentarse directamente, a través de representante o agenciando derechos ajenos, por lo tanto, la señora Carmen Cecilia García Quintanilla, está facultada para interponerla como agente oficiosa de su menor hijo, quien en atención a su minoría de edad no se encuentra en capacidad de acudir de manera directa.

7.- En el presente evento, el **problema jurídico principal** se restringe a determinar si NUEVA EPS vulneró el derecho a la salud del menor agenciado al no autorizar y materializar la aplicación de las vacunas influenza tetravalente 2021 y Hepatitis A + B prescritas desde el 11 de noviembre de 2021 por el médico tratante.

Desde ya se advierte que la **respuesta al problema jurídico** deviene afirmativa, pues

siendo deber de la EPS prestar la atención médica que requieren los usuarios del servicio de salud que están afiliados a dicha entidad, se sustrajo de la misma quebrantando el derecho fundamental reclamado, sin que pueda anteponerse el trámite administrativo por encima de la garantía en mención.

7.1. Premisas de orden jurídico sobre las cuales se soportan las afirmaciones anteriores.

7.1.1. Carácter autónomo del derecho a la salud.

En la actualidad, se predica la naturaleza fundamental del derecho a la salud, lo cual - sin duda - indica que ante su vulneración o puesta en peligro la protección podría implorarse – de forma independiente y autónoma - a través de la acción de tutela, sin que se supedite a la violación de otro derecho fundamental. Al respecto el máximo Tribunal Constitucional señaló que:

“...Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal” para pasar a proteger el derecho “fundamental autónomo a la salud. Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud...”¹

Así mismo, la H. Corte Constitucional pacíficamente ha discernido respecto del derecho fundamental a la salud lo siguiente:

“...la Ley 1751 de 2015² reconoció el carácter fundamental que comporta este derecho, tal como lo venía señalando la jurisprudencia constitucional. Dicha garantía, consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible. En ese orden, esta Corte ha sostenido que, en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela...”²

7.1.2. Específicamente, acerca del derecho a la salud en los niños, como sujetos de especial protección. Al respecto la Corte Constitucional refirió lo siguiente.

“...Tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y

¹ Sentencia T-700 de 2009, M.P. Humberto A. Sierra Porto.

² Sentencia T-062 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

47) la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro del POS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión (como la falta de capacidad económica, graves padecimientos en enfermedad catastrófica o se trate de discapacitados, niños y adultos mayores) son circunstancias que han de ser consideradas para decidir sobre la concesión del correspondiente amparo. Por lo tanto, obligan al juez constitucional a no limitarse por barreras formales en un caso determinado, por el contrario, en aras de la justicia material su función constitucional es proteger los derechos fundamentales...”³

7.2. Premisas de orden fáctico

Ahora bien, se encuentra probado dentro del presente trámite constitucional porque obran elementos de juicio que así lo acreditan o no fue objeto de discusión entre las partes, lo siguiente:

- i) El agenciado – de 14 años de edad - se encuentra afiliado en calidad de beneficiario al régimen Contributivo de salud a través de la NUEVA EPS;
- ii) a los dos años de edad al menor de edad se le diagnosticó Leucemia linfoblástica aguda, por lo que durante un largo periodo similar a su edad para la época recibió tratamiento de quimioterapias, lo que conllevó a que fueran suspendidas sus vacunas;
- iii) Conforme se establece de la historia clínica allegada al presente trámite constitucional, el 11 de noviembre de 2021 el médico especialista en infectología pediatra le diagnosticó necesidad de inmunización contra enfermedad infecciosa no especificada, por lo que le prescribió las vacunas contra la influenza tetravalente 2021 y la Hepatitis A + B:
- iv) La accionante radicó las órdenes médicas en la EPS, aún a la fecha no se ha materializado el procedimiento:
- v) Elevó queja ante la Superintendencia por lo anterior;
- vi) La EPS corroboró que las vacunas: influenza tetravalente 2021 y Hepatitis A + B ordenadas por el galeno tratante aún no se han materializado, no obstante, indicó que está en trámite la gestión;

³ Sentencia T 193-2013 M.P. Alexei Julio Estrada



8.- **Conclusiones.** Al contrastar las premisas de orden fáctico con las glosas legales y jurisprudenciales, se logró dilucidar lo siguiente:

8.1. No obra una explicación o justificación que haga entendible la demora en la ejecución del servicio médico que requiere con un urgencia el menor de edad, pues la entidad demandada no puede justificar la falencia en la tramitología, dado que los problemas de índole administrativos o presupuestales no pueden estar por encima de los derechos fundamentales a la salud y la vida misma del paciente que ostenta la condición de sujeto de especial protección en razón a su edad, echándose de menos la atención oportuna por causa que se deduce relacionada con la falta de eficiencia y optimización del servicio público de salud, lo que se colige al ponderar que desde el 11 de noviembre de 2021, fecha en que se impartió la orden por el médico especialista tratante y hasta la actualidad no se ha prodigado dicha atención, manteniendo en incertidumbre al menor usuario y en clarísimo riesgo su vida en condiciones dignas.

Por lo tanto, en el presente evento, es claro que existe una afectación a la salud puesto que el menor no ha recibido atención médica prescrita pese a sus quebrantos y las órdenes del galeno especialista tratante emergen como letra muerta para la entidad accionada, que decidió anteponer una problemática netamente administrativa sobre un derecho fundamental, pese a la insistencia de la accionante.

Lo anterior permite inferir que las medidas asumidas por la EPS para atender el urgente estado de salud que aqueja al menor usuario del servicio de salud son solo aparentes, pues aunque formalmente se dicen adoptadas no se han aún materializado, ni siquiera hay un principio de ejecución de las mismas desconociendo la orden que el mismo médico les otorga para solucionar una situación que puede tornarse irreversible y generadora de consecuencias graves para el menor, sin que se avizore excusa alguna para que la materialización de los servicios se haya dilatado en el tiempo, puesto que no puede anteponerse problemáticas netamente administrativas sobre los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección.

8.2. Entonces, sin mayores elucubraciones es fácil concluir que se está vulnerando el derecho fundamental reclamado y la tutela emerge como la única vía de protección confiable; así las cosas, se amparará la garantía fundamental y, en consecuencia, se ordenará al representante legal de NUEVA EPS, que dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación del presente trámite si aún no lo ha hecho, autorice y materialice



la aplicación de las vacunas: influenza tetravalente 2021 y Hepatitis A + B conforme a lo prescrito por el especialista tratante desde el 11 de noviembre de 2021.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE BUCARAMANGA DESCENTRALIZADO EN FLORIDABLANCA– en tutela -, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **TUTELAR** el derecho fundamental a la salud del menor DIEGO ANDRÉS ORDUZ GARCÍA identificado con tarjeta de identidad número 1097'498.066, conforme lo expuesto en la parte motiva de ésta decisión.

SEGUNDO: **ORDENAR** al Representante Legal de la NUEVA EPS - o quien haga sus veces - que dentro del término de cuarenta ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la presente decisión – si aún no lo ha hecho – autorice y materialice la aplicación de las vacunas: influenza tetravalente 2021 y Hepatitis A + B que requiere el menor Diego Andrés Orduz García, conforme lo prescribió el especialista tratante desde el 11 de noviembre de 2021. So pena de incurrir en desacato en los términos del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: **NOTIFICAR** el presente fallo a las partes, conforme a los parámetros consagrados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: **ENVIAR** el presente fallo a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no fuere impugnado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

El Juez,

GABRIEL ANDRÉS MORENO CASTAÑEDA