

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN



Magistrada Ponente
LAURA JULIANA TAFURT RICO

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
SENTENCIA	GENERAL N° 077 – SEGUNDA INSTANCIA N° 062
ACCIONANTE	LIDDA ASTRID ROMERO ATILUA en representación de la menor M.V.B.R.
ACCIONADOS	NUEVA EPS – UAESA - SECRETARÍA DE BIENESTAR SOCIAL DE TAME- HOSPITAL REGIONAL DE LA ORINOQUÍA
RADICADO	81-736-31-04-001-2022-00185-01
RADICADO INTERNO	2022-00183
TEMAS Y SUBTEMAS	DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD, DEL TRATAMIENTO INTEGRAL, SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Aprobado por Acta de Sala **No. 285**

Arauca, Arauca, veintiuno (21) de julio de dos mil veintidós (2022)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la *impugnación* interpuesta por la **NUEVA EPS**, frente al fallo proferido el 8 de junio de 2022 por el Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), que decidió amparar los derechos fundamentales a la *salud, vida y seguridad social* invocados por la accionante, dentro del escrito de tutela que instauró contra la **NUEVA EPS**, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE SALUD DE ARAUCA (UAESA)**, el **HOSPITAL REGIONAL DE LA ORINOQUÍA** y la **SECRETARÍA DE BIENESTAR SOCIAL DE TAME (ARAUCA)**.

II. ANTECEDENTES

2.1. La tutela en lo relevante

La señora LIDDA ASTRID ROMERO ATILUA actuando en representación de su menor hija **M.V.B.R.**, quien tiene tres (3) años de edad,

manifestó que su hija desde el nacimiento presenta un diagnóstico de «MALFORMACIONES CONGÉNITAS DEL PALADAR HENDIDO, LABIO LEPORINO, BILATERAL»¹ y se encuentra afiliada al régimen subsidiado en salud en la NUEVA EPS.

Indicó que el 11 de diciembre de 2019 el especialista en pediatría valoró a su hija, quien ordenó los exámenes denominados “*Tac Cerebral Simple*”, “*Ecocardiograma*”, “*Eco Abdominal Total*”, y en segunda cita de control la remitió al cirujano maxilofacial.

Que acudió a la NUEVA EPS para la autorización del respectivo procedimiento quirúrgico, donde le informaron que la prestación del servicio se realizaría por el Hospital Regional de la Orinoquia en la ciudad de Yopal

El 6 de octubre de 2020 en el Hospital Regional de la Orinoquia de Yopal le fue practicado a su hija el procedimiento maxilofacial denominado “*RINOQUEILOPLASTIA BILATERAL*”, por parte del especialista Dr. Iván José Torres Gutiérrez, y el 13 de agosto de 2021 le practicó una “*PALATOPLASTIA PRIMARIA*”.

El 27 de octubre de 2021 en cita de control por el especialista tratante se indicó que la evolución y recuperación había sido satisfactoria y le ordenó control en 3 meses y terapias de lenguaje; no obstante, la NUEVA EPS negó las terapias de lenguaje y autorizó la cita “*como si fuera primera vez*” en una IPS diferente, esto es, en la Clínica Medical Duarte de Cúcuta.

En vista de lo anterior, el día 17 de enero de 2022 a través de los canales virtuales de atención al usuario de la NUEVA EPS, solicitó que se continuara con la prestación del servicio en el Hospital Regional de la Orinoquia de la Ciudad de Yopal con el galeno tratante, pero le informaron que “*en la actualidad no tenían convenio*” con ese hospital, por lo que de manera particular sufragó la consulta con el especialista que venía tratando a su hija, Dr. Iván José Torres Gutiérrez, quien el 6 de abril de 2022 la valoró y ordenó realizar el procedimiento quirúrgico denominado “*CIERRE FÍSTULA*”.

¹ Cuaderno de Juzgado. 03TutelaAnexos. F. 1.

OROANTRAL CON COLGAJO BUCAL INCLUYE ORONASAL” y “FRENILLECTOMIA EN V RESECCIÓN CUÑA”, el cual no ha sido autorizado por la NUEVA EPS.

Manifestó que no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar los costos que acarrea llevar a cabo el tratamiento que requiere su hija, por lo que solicita se le brinde la integralidad en salud que requiere en atención a su diagnóstico.

Cuestiona que la prestación del servicio de salud por parte de la NUEVA EPS ha sido deficiente, *“pues al remitir a una nueva Institución, vulnera flagrantemente el principio de la continuidad de la prestación del servicio en cuanto al tratamiento ya ordenado, pues no se reconoce el tratamiento dado a la fecha, hecho que evidencia que no se cumplen con las características de un tratamiento integral”*.

Con base en lo anterior, solicitó ordenar a la NUEVA EPS **(i)** garantizar *“la continuidad de la prestación del servicio en salud que requiere su hija M.V.B.R. en la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE LA ORINOQUÍA de la ciudad de Yopal, y en consecuencia, autorizar, programar y garantizar la realización de los procedimientos denominados “CIERRE DE FISTULA OROANTRAL CON COLGAJO BUCAL INCLUYE ORONASAL” y “FRENILLECTOMIA EN V RESECCIÓN CUÑA”, tal como lo ordenó su regreso galeno tratante Dr. IVÁN JOSÉ TORRES GUTIÉRREZ en consulta realizada el día 06 de abril de 2022”*; y **(ii)** prestar la *“atención integral en salud”* a la menor M.V.B.R. con ocasión a su diagnóstico de *“labio leporino bilateral y paladar hendido”* y suministrar el servicio de transporte cuando deba asistir a citas médicas fuera del municipio de Tame.

Aportó las siguientes pruebas²: **(i)** certificado de Registro Civil de Nacimiento de M.V.B.R.; **(ii)** historia clínica de la menor M.V.B.R. expedida el 11 de diciembre de 2019 por el médico pediatra Jaime Iván Celis que registra el siguiente diagnóstico: *“paladar hendido, labio hendido bilateral completo”*; **(iii)** evolución médica y epicrisis de fecha 6 de octubre de 2020, expedida por el Hospital Regional de la Orinoquia por cirugía maxilofacial,

² Ibid. F. 8 a 25.

realización del procedimiento “*Rinoqueiloplastia bilateral primaria*” para corrección de labio y paladar hendido”; **(iv)** Evolución médica y epicrisis de fecha 13 de agosto de 2021, expedida por el Hospital Regional de la Orinoquia por cirugía maxilofacial – “*Palatoplastia primaria*”; **(v)** orden médica de 27 de septiembre de 2021 para control maxilofacial en 3 meses; **(vi)** Solicitud de procedimiento quirúrgicos de 6 de abril de 2022 para “*Cierre fistula oroantral con colgajo bucal incluye oronasal – Frenilectomia en V resección cuña*”.

2.2. Sinopsis procesal

Presentada la acción constitucional el 24 de mayo 2022³, esta fue asignada por reparto al Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), autoridad judicial que mediante auto de la misma data la admitió.

Notificada la admisión, las entidades llamadas al proceso se pronunciaron en los siguientes términos:

2.2.1. Secretaría de Bienestar Social de Tame (Arauca)⁴

Alegó que carecía de legitimación en la causa por pasiva, porque lo pretendido se circunscribe a la presunta omisión de la NUEVA EPS en garantizar los servicios de salud a la accionante.

2.2.2. Nueva EPS⁵

Manifestó que la accionante se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud – Régimen Subsidiado en estado activo perteneciente a la población sisbenizada y una vez conoció de esta acción de tutela, se procedió a trasladar la misma al área técnica, «*con el fin de que realizara el correspondiente estudio del caso, hacer las acciones positivas correspondientes para validación de órdenes médicas radicadas y pendientes*».

³ Cuaderno del Juzgado. 02ActaReparto.

⁴ Cuaderno del Juzgado. 07RespuestaMpioTame.

⁵ Cuaderno del Juzgado. 08RespuestaNuevaEPS.

por autorizar en caso de existir alguna y de esa manera dar cumplimiento total a la pretensión de la accionante en representación de la menor “CIERRE DE FISTULA OROANTRAL CON COLGAJO BUCAL INCLUYE ORONASAL” y “FRENILLECTOMIA EN V RESECCIÓN CUÑA”».

En cuanto a los servicios complementarios de transporte, hospedaje y alimentación para paciente y su acompañante señaló que es indispensable la concurrencia de tres (3) presupuestos jurisprudenciales constitucionales para su reconocimiento, a saber: *«(i) constatar que ni los pacientes ni su núcleo familiar cuenta con la capacidad económica para suplir los costos, (ii) evidenciar que al negar el financiamiento implica un peligro para la vida o estado de salud del paciente y, (iii) respecto a la solicitudes de alojamiento, se debe demostrar que en el lugar de remisión exige “más de un día de duración” y por ello implique cubrir los gastos mencionados».*

Finalmente, se opuso a la orden de integralidad de los servicios de salud, porque se basa en hechos futuros e inciertos, máxime que la entidad tiene toda la disposición de cumplir con las obligaciones propias.

2.2.3. Hospital Regional de la Orinoquía⁶

Expresó que ha garantizado el acceso a los servicios de salud de la agenciada de acuerdo con la autorización de prestación de servicios emitida por la NUEVA EPS, como entidad responsable de pago a la cual se encuentra afiliada la accionante, razón por la cual solicitó la desvinculación alegando la falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.3. La decisión recurrida⁷

Mediante providencia del 8 de junio de 2022, el Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), luego de retomar los hechos expuestos en el escrito contentivo de la presente acción y citar la jurisprudencia aplicable al

⁶ Cuaderno del Juzgado. 09RespuestaHospitalOrinoquia.

⁷ Cuaderno del Juzgado. 10Sentencia.

tema, decidió amparar los derechos fundamentales a la *salud, vida, y seguridad social* invocados por Lidda Astrid Romero Atilua, como agente oficioso de la menor M.V.B.R.; y, en consecuencia, dispuso:

«(...) **SEGUNDO: ORDENAR** a la empresa NUEVA EPS, a través de su representante o quien haga sus veces o lo reemplace, para que si no lo ha hecho, proceda dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión disponga, garantice, y autorice el procedimiento de “CIERRE FISTULA OROANTRAL CON COLGAJO BUCAL INCLUYE ORONASAL – FRENILLECTOMIA EN V – RESECCION CUÑA”, en atención al diagnóstico de: “LABIO LEPORINO, BILATERAL”, padecido por la menor M.V.B.R., ordenado por el médico tratante. Así mismo facilitar, autorizar y gestionar, transporte, hospedaje y alimentación tanto para la paciente como para su acompañante, también deberá la NUEVA EPS proporcionar los demás procedimientos, consultas especializadas y/o medicamentos PBS o NO PBS que requiera para la recuperación de la salud de la accionante con ocasión al diagnóstico presentado objeto de la presente acción constitucional.

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA EPS, prestar toda la ATENCIÓN MÉDICA EFICAZ Y PRIORITARIA a la menor M.V.B.R. para el tratamiento de la patología de “LABIO LEPORINO, BILATERAL”, por ella sufrida y que es motivo de la presente acción constitucional, teniendo en cuenta el presupuesto máximo transferido por la Administradora de los Recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud –ADRES, en consideración a lo regulado en las Resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, que empezaron a regir desde el primero de marzo de 2020».

Para adoptar la anterior determinación, el Juzgado constató que la NUEVA EPS se ha negado a autorizar el procedimiento de “CIERRE DE FISTULA OROANTRAL CON COLGAJO BUCAL INCLUYE ORONASAL” Y “FRENILLECTOMIA EN V RESECCIÓN CUÑA”, para tratar el diagnóstico de la menor de “LABIO LEPORINO BILATERAL”; de ahí que consideró que dicha obligación debe satisfacerse de manera oportuna y eficiente, de suerte que cuando una EPS no se allana a su cumplimiento, se presenta una vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del paciente, por cuanto la dilación injustificada, generalmente se traduce en que el tratamiento que le fue ordenado se suspende o no se inicia de manera oportuna.

Adicionalmente, la paciente ha sido atendida en una IPS fuera de su lugar de residencia, por lo que, además, corresponde a la NUEVA EPS garantizar los servicios complementarios de transporte, hospedaje y alimentación tanto para la paciente como para su acompañante, teniendo en cuenta que para el caso concreto se dan los presupuestos exigidos por la Corte constitucional para su concesión, como lo es que la paciente es

totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento y requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas, teniendo en cuenta que se trata de una menor de escasos tres años de edad, circunstancia que la hace sujeto de especial protección constitucional.

El 14 de junio de 2022 la accionante solicitó la aclaración de la anterior decisión, en el sentido de *“garantizar la continuidad de la prestación del servicio de salud a su hija M.V.B.R. en el Hospital Regional de la Orinoquía de la ciudad de Yopal”*.

Por auto de 15 de junio de 2022, el *a quo* constitucional negó la aclaración, con fundamento en lo siguiente:

«[...] en este proceso no reposa prueba en la que conste que solo esta entidad hospitalaria [Hospital Regional de la Orinoquía de la ciudad de Yopal] sea la que pueda realizar el tratamiento requerido para la menor y ordenado por el médico tratante, por lo tanto la sola afirmación de la accionante no es suficiente para concluir que sea esta la única institución adecuada para brindar dicho tratamiento a la menor, razón por la cual esta solicitud resulta improcedente ya que el hecho de que la EPS autorice la prestación de servicios ante una IPS diferente a la que viene tratando al paciente, no es indicio de que se le esté violando derecho fundamental a la usuaria, ya que tampoco la accionante aporta prueba de que la menor se pueda ver afectada por el cambio de IPS y que como consecuencia de ello exista riesgo para su cuadro clínico; por otra parte, también se debe tener en cuenta, que las EPS brindan sus servicios en las IPS con las que tiene contratada la atención de tales requerimientos».

2.4. La impugnación⁸

Inconforme con la anterior decisión, la **NUEVA EPS** la *impugnó*, oportunidad en la cual insistió en los argumentos planteados al descorrer el traslado de rigor.

Manifestó que, en cuanto al transporte, alimentación y alojamiento para la accionante y su acompañante, son gastos fijos que debe cubrir la persona en cualquier circunstancia, sumado a que no están contemplado en el PBS, por lo que no deben ser reconocidos vía tutela.

⁸ Cuaderno del Juzgado. 12ImpugnaciónNuevaEps

Se opuso a la orden de tratamiento integral porque el mismo se basa en supuestos fácticos que no han ocurrido y sin tener en cuenta que para proceder a la autorización de cualquier servicio o insumo se requiere una orden médica que lo respalde, sumado a que esa orden implica prejuzgamiento y presumir la mala fe de la entidad sobre hechos futuros inciertos.

Por último, pidió que en caso de confirmarse el amparo se le faculte para recobrar ante el ADRES los gastos en que incurra para el cumplimiento de la tutela y que sobrepasen el presupuesto máxime asignado para la cobertura en salud.

Remitido el expediente a esta Corporación, el 6 de julio de 2022 la accionante allegó memorial insistiendo en que se debe *“garantizar la continuidad de la prestación del servicio en salud que requiere su hija M.V.B.R. en la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE LA ORINOQUIA de la ciudad de Yopal”*, porque es donde ha recibido desde un inicio el tratamiento respectivo para corregir la malformación por *“LABIO LEPORINO BILATERAL Y PALADAR HENDIDO BILATERAL”*.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

Es competente este Tribunal para desatar la *impugnación* formulada por la **NUEVA EPS**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Carta Política.

3.2. Problema jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si es procedente sostener la orden del Juez de primer grado que amparó los derechos fundamentales a la *salud, vida y seguridad social* de la menor agenciada, o si, por el contrario, como lo sostiene la **NUEVA EPS** ha de revocarse la misma.

3.4. Examen de procedibilidad de la acción de tutela

3.4.1. Legitimación por activa

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para la protección inmediata de sus derechos fundamentales. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, regula la legitimación para el ejercicio de la acción constitucional de tutela, así: **(i)** a nombre propio; **(ii)** a través de representante legal; **(iii)** por medio de apoderado judicial; o **(iv)** mediante agente oficioso. El inciso final de esta norma también establece que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden ejercerla directamente.

En el presente caso, no hay duda de que está dada la legitimación en la causa por activa de LIDDA ASTRID ROMERO ATILUA, porque actúa en representación de su menor hija **M.V.B.R.**

3.4.2. Legitimación por pasiva

De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública e incluso contra particulares, por lo que se encuentra acreditada la legitimación en la causa por pasiva de la **NUEVA E.P.S.**, entidad encargada de garantizar y prestar el servicio de salud a la accionante en atención a su afiliación.

3.4.3. Trascendencia Ius-fundamental

Tiene adoctrinado el máximo tribunal de justicia constitucional, que este requisito se supera cuando la parte accionante demuestra que en el caso objeto de estudio se involucra algún debate jurídico que gire en torno del contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental; aspecto que se cumple en el asunto sometido a consideración, toda vez que el reclamante funda su amparo la atención integral que propenda por garantizar los derechos fundamentales a la *salud, vida, dignidad humana*,

igualdad, mínimo vital y seguridad social. Lo que en principio admite su estudio de fondo.

3.4.4. El principio de *inmediatez*

Refiere a la interposición de la solicitud de amparo dentro de un término razonable, posterior a la ocurrencia de los hechos, para garantizar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, aspecto igualmente acreditado, por cuanto transcurrió poco más de un mes desde la orden para procedimiento quirúrgico expedida el 6 de abril de 2022 por el especialista tratante y hasta la presentación de la solicitud de amparo, 24 de mayo de 2022, lo que lleva a considerar el cumplimiento del principio de inmediatez.

3.4.5. Presupuestos de *subsidiariedad*

En cuanto a esta exigencia, como ha sido reiterativo por la jurisprudencia constitucional, el principio general es el empleo del juez ordinario, como vía de solución frente a la transgresión o amenaza del derecho, como lo tiene previsto el artículo 86 CP y el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Puesto que la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela circunscribe la procedencia del amparo a tres escenarios: **(i)** la parte interesada no dispone de otro medio judicial de defensa; **(ii)** existen otros medios de defensa judicial, pero son ineficaces para proteger derechos fundamentales en el caso particular, o **(iii)** para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En relación con la protección del derecho fundamental a la *salud*, el mecanismo jurisdiccional de protección que la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019, asignó a la Superintendencia Nacional de Salud no resulta idóneo ni eficaz en las circunstancias específicas de la tutelante, dado que M.V.B.R. por ser menor de edad (3 años), es sujeto de especial protección constitucional que está requiriendo de forma inmediata un procedimiento quirúrgica ante el diagnóstico de “*labio leporino y paladar hendido*” que padece, por lo que la Sala encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad.

3.5. Supuestos jurídicos

3.5.1. Del derecho fundamental a la salud y su goce efectivo

Conforme se estableció en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, entre otros, la *salud* y el *bienestar*, misma garantía establecida en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando se instituyó que el ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de *salud física y mental*.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 48 de la Constitución Política que la seguridad social es *«un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley (...)»*. Y con fundamento en el artículo 49 Superior, todas las personas tienen el derecho de acceder a los servicios de salud cuando así sea requerido, existiendo a cargo de las entidades prestadoras la carga de suministrar los tratamientos, medicamentos o procedimientos requeridos por el paciente, con el fin preservar su vida en condiciones dignas.

Así, con la Ley 100 de 1993, que estructuró el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y reglamentó el servicio público de salud, se estableció un acceso igualitario a la población en general al implementar al margen del régimen contributivo, un régimen subsidiado para las personas que no contaban con la posibilidad de gozar de este tipo de servicios. En aras de cumplir con este objetivo, la Ley 1122 de 2007 y la Ley 1438 de 2011 han realizado modificaciones dirigidos a fortalecer el Sistema de Salud a través de un modelo de atención primaria en salud y del mejoramiento en la prestación de los servicios sanitarios a los usuarios. Actualmente la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, elevó a la categoría de fundamental el derecho a la salud, cuyo artículo 2 fue revisado previamente en sede de constitucional mediante sentencia C-313 de 2014, en la que se dijo:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

Esta preceptiva normativa, al igual que los distintos pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional en torno a la naturaleza y alcance de este derecho, permiten establecer que la acción de tutela es procedente cuando está en riesgo o se ve afectada la salud del paciente.

3.5.2. Del derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección constitucional

Tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, discapacitados y adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 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. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que en tratándose de los niños, niñas y adolescentes tienen un carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, por virtud del artículo 44 de la Carta Política, en el cual se establecen como derechos fundamentales *“la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social”*, precisando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de *“asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”* y que *“los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”*

Fue así, que el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, radicó en cabeza del Estado *“implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas*

medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años”.

En el campo internacional los derechos fundamentales de los niños gozan igualmente de un amplio reconocimiento y de una especial protección. Por un lado, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 consagra que *“[e]l niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”*, lo cual, a su vez, está establecido en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales que prevén en su contenido disposiciones orientadas a salvaguardar de manera prioritaria los derechos de los menores.

Por su parte, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (1989) en su artículo 3.1 se refiere al principio de interés superior de los niños, al exigir que en *“todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Bajo ese panorama, respecto de los menores de edad, el derecho a la salud exige una protección especial y reforzada en atención a su temprana edad y la situación de indefensión en la que se encuentran; y por tal razón, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política, la naturaleza *ius fundamental* de este derecho, expresa y prevalente, requiere un nivel de garantía superior por parte de las EPS, debido a la etapa vital en la que se encuentran, dado que cualquier retraso o negación en la prestación del servicio puede llegar a afectar de manera irreversible su condición médica.

En otras palabras, en tratándose de los niños y niñas, las EPS tienen una carga mayor cuando se trata de remover obstáculos administrativos para asegurarles la prestación del servicio en términos de prontitud, eficacia y eficiencia. En ese sentido, ha dicho la Corte Constitucional, que cuando

se afecta la atención de un paciente con fundamento en situaciones extrañas a su propia decisión y correspondientes al normal ejercicio de las labores del asegurador, se conculca el derecho fundamental a la salud, en tanto se está obstaculizando por cuenta de cargas administrativas que no deben ser asumidas por el usuario⁹, porque:

*“(i) no se puede gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud (oportunidad), (ii) los trámites administrativos no están siendo razonables (eficiencia), (iii) no está recibiendo el tratamiento necesario para contribuir notoriamente a la mejora de sus condiciones de vida (calidad) y (iv) no está recibiendo un tratamiento integral que garantice la continuidad de sus tratamientos y recuperación (integralidad)”.*¹⁰

Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica oportuna o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro o fuera del PBS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de vulnerabilidad -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

3.5.3. Del tratamiento integral

El tratamiento integral tiene como objetivo garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante, el derecho a la *salud* no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada o parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos y procedimientos que, en forma *concurrente*,

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-256 de 2018.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-745 de 2013.

armónica e integral, propenden por la mejoría, hasta el mayor nivel posible, de las condiciones de sanidad del paciente¹¹.

Ha sostenido la Corte Constitucional que la aplicación del principio de integralidad se encuentra contenido expresamente en algunas disposiciones normativas en el seno de la fundamentalidad de los derechos; como por ejemplo en el artículo 8 inciso 2 de la Ley 1755 de 2015, que establece que, en caso de duda sobre el alcance de un servicio o tecnología en salud, se entenderá que éstos comprenden todos los elementos esenciales para lograr el objetivo médico respecto a la necesidad en salud diagnosticada. Ese Alto Tribunal ha entendido que este efecto refleja también el principio *pro homine*; según el cual la duda sobre el alcance del servicio o tecnología puede derivar en consecuencias graves para el usuario, pues se le brindaría una atención inadecuada; siendo necesario que la duda se resuelva bajo el criterio de garantía efectiva de derechos, así como de evitar el daño sobre quien se prestará el servicio o suministrará la tecnología en salud¹². De tal suerte que, una actuación contraria desconocería los postulados constitucionales y los pronunciamientos de la Corte en los que se ha indicado que no se debe prestar un servicio que permita la mera existencia de la persona, sino que, además, le asegure unas condiciones de dignidad a pesar de sus irreversibles padecimientos.

Igualmente se tiene que la *atención integral* debe brindarse de manera **óptima, oportuna, eficiente** y de **alta calidad** a quien así lo requiera, conllevando entonces, a que sea el médico tratante quien emita la orden de servicios que efectivamente sean necesarios para la recuperación del paciente, así como el que determine el momento hasta el que se precisan dichos servicios.

Es decir, el derecho a la *salud* no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada o parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos y procedimientos que, en forma

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-201 de 2014.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014.

concurrente, armónica e integral, propenden por la mejoría, hasta el mayor nivel posible, de las condiciones de sanidad del paciente¹³.

Por lo general, se ordena cuando **(i)** la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente¹⁴. Igualmente, se reconoce cuando **(ii)** el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas **(iii)** personas que «*exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas*».

Igualmente, se requiere que sea el médico tratante quien precise el diagnóstico y emita las ordenes de servicios que efectivamente sean necesarias para la recuperación del paciente, así como el que determine el momento hasta el que se precisan dichos servicios. Lo dicho teniendo en consideración que no resulta viable dictar órdenes indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas; pues, de hacerlo, implicaría presumir la mala fe de la EPS en relación con el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones con sus afiliados, en contradicción del artículo 83 Superior¹⁵.

3.5.4. De los servicios complementarios de traslado, alojamiento y alimentación.

Respecto a los casos en que deben las EPS garantizar oportunamente la disponibilidad de los *servicios complementarios*, como lo son los gastos de **traslado, estadía y alimentación**, ha de señalarse que esta orden se da de manera preventiva y ante el hecho cierto que por la problemática de salud que presenta el paciente, no existe en la ciudad de residencia un centro de atención de tercer III nivel, donde puedan realizarle las valoraciones,

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-201 de 2014.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011, posiciones reiteradas en la Sentencia T-092 de 2018.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-259 de 2019.

exámenes y procedimientos que con ocasión de su patología pueda requerir, por lo que en caso de ser remitido por su EPS a otra ciudad, conforme lo determinen los médicos tratantes, se garantice que la falta de recursos para sufragar esos gastos, no constituya una barrera en su tratamiento.

En relación con el *transporte intermunicipal*, la Corte Constitucional ha establecido que es un medio para acceder al servicio de salud y, aunque no es una prestación médica como tal, en ocasiones puede constituirse en una limitante para materializar su prestación; luego, se trata de un medio de acceso a la atención en salud que, de no garantizarse, puede vulnerar los derechos fundamentales al desconocer la faceta de accesibilidad al sistema de salud reconocida en el literal c) del artículo 6° de la Ley Estatutaria de Salud. Las subreglas para la procedencia de este suministro de los gastos de transporte se encuentra condicionado a que: **(i)** el servicio fue autorizado directamente por la EPS, para que se suministrado por un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente; **(ii)** se compruebe que, en caso de no prestarse el servicio, se genere un obstáculo que ponga en peligro la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario (hecho notorio); y **(iii)** se verifique que el usuario y su familia carecen de recursos económicos para asumir el transporte¹⁶.

En cuanto a la *alimentación y alojamiento*, la máxima autoridad de la jurisdicción constitucional también ha reconoce que, en principio, no constituyen servicios médicos, de ahí que, por regla general, cuando un usuario es remitido a un lugar distinto al de su residencia para recibir atención médica, los gastos de estadía tienen que ser asumidos por él o su familia. No obstante, teniendo en consideración que no resulta posible imponer barreras insuperables para recibir los servicios de salud, excepcionalmente esta Corporación ha ordenado su financiamiento.

Por ello, de concurrir ciertas circunstancias específicas a partir de las cuales se logre demostrar, que quien pretende el amparo de sus derechos fundamentales y por ende la concesión de estos servicios, no cuenta, al igual

¹⁶ Sentencias T-331 de 2016, T-707 de 2016, T-495 de 2017, T-032 de 2018 y T-069 de 2018.

que su familia, con los recursos económicos suficientes para sufragar estos costos, para así poder asistir a una cita de control médico, a practicarse exámenes o para realizarse un procedimiento médico de manera urgente; aunado al hecho que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la *vida*, la *integridad física* o el estado de salud del paciente, corresponde a la EPS (en cualquiera de los dos regímenes – subsidiado o contributivo) asumir dichos costos, en aras de brindar la atención pronta, oportuna y eficaz a sus usuarios/afiliados.

Puntualmente, en las solicitudes de *alojamiento*, de comprobarse que la atención médica en el lugar de remisión exige más de un día de duración, se cubrirán los gastos de alojamiento.

3.6. Caso concreto

Como quedó expresado en acápite anteriores, la menor M.V.B.R. de 3 años de edad tiene un diagnóstico de “*MALFORMACIONES CONGÉNITAS DEL PALADAR HENDIDO, LABIO LEPORINO, BILATERAL*” y, como consecuencia, ha sido intervenida quirúrgicamente en dos ocasiones, 13 de agosto de 2021 y 6 de octubre de 2020, y por lo cual en la última valoración de 6 de abril de 2022 por el especialista que la había atendido desde el inicio del tratamiento ordenó una tercera cirugía denominada “*CIERRE FÍSTULA OROANTRAL CON COLGAJO BUCAL INCLUYE ORONASAL*” y “*FRENILLECTOMIA EN V RESECCIÓN CUÑA*”, la cual no ha sido autorizada por la NUEVA EPS.

El juez de primera instancia por fallo del pasado 8 de junio de 2022 concedió el amparo reclamado y ordenó a la NUEVA EPS garantizar y autorizar el procedimiento de “*CIERRE FISTULA OROANTRAL CON COLGAJO BUCAL INCLUYE ORONASAL – FRENILLECTOMIA EN V – RESECCIÓN CUÑA*”, en virtud a que existe una prescripción por parte del galeno tratante, y “*facilitar, autorizar y gestionar, transporte, hospedaje y alimentación tanto para la paciente como para su acompañante, también deberá la NUEVA EPS proporcionar los demás procedimientos, consultas especializadas y/o medicamentos PBS o NO PBS que requiera para la recuperación de la salud de la accionante con ocasión al diagnóstico presentado objeto de la presente acción constitucional*”.

La anterior decisión fue impugnada por la NUEVA EPS insistiendo en que el transporte, la alimentación y alojamiento para la tutelante y su acompañante, son gastos fijos que debe cubrir la persona en cualquier circunstancia; y que tampoco procede la orden de atención integral por apoyarse en hechos futuros e inciertos.

Pues bien, hechas las anteriores precisiones, en el *sub lite* acertada deviene la orden de ordenar la realización del procedimiento quirúrgico “CIERRE DE FISTULA OROANTRAL CON COLGAJO BUCAL INCLUYE ORONASAL” y “FRENILLECTOMIA EN V RESECCIÓN CUÑA” y garantizar la atención integral en salud a la accionante, en los términos en que lo determinó la juez de primer grado, por cuanto: **(i)** la menor M.V.B.R. de 3 años de edad tiene un diagnóstico de «MALFORMACIONES CONGÉNITAS DEL PALADAR HENDIDO, LABIO LEPORINO, BILATERAL» por lo que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta; **(ii)** se encuentra plenamente demostrado que está afiliada a la **NUEVA E.P.S.**, en el régimen subsidiado; **(iii)** como lo evidencia la historia clínica si bien se le han practicado dos cirugías por la especialidad maxilofacial, también lo es que el 6 de abril de 2022 el especialista que venía tratando a la menor ordenó una tercera cirugía: “CIERRE DE FISTULA OROANTRAL CON COLGAJO BUCAL INCLUYE ORONASAL” y “FRENILLECTOMIA EN V RESECCIÓN CUÑA”; y **(iv)** según se verificó en la página web del Sisbén, se encuentra inscrita en el – SISBEN - grupo A1-IV -pobreza extrema¹⁷, con lo que se infiere la ausencia de recursos económicos para asumir los gastos que le genera su desplazamiento a un centro de salud fuera de su lugar de residencia.

Adicionalmente, pese a que la NUEVA EPS tiene pleno conocimiento del diagnóstico de la accionante, dado que garantizó la realización de las dos primeras cirugías para corregir la malformación de labio leporino y paladar hendido que presenta la menor, a la fecha no ha autorizado la práctica de un tercer procedimiento quirúrgico prescrito por el mismo galeno que venía tratando a la menor, pues fue quien realizó las primeras cirugías, Dr. Iván José Torres Gutiérrez, omisión que refleja una actitud negligente en la prestación oportuna y eficaz de los servicios de salud, pues el mismo médico

¹⁷ <https://www.sisben.gov.co/Paginas/consulta-tu-grupo.aspx>

tratante indicó la necesidad de esa operación, a efectos de procurar una evolución satisfactoria en la corrección de la malformación, máxime que su progenitora no cuenta con los recursos económicos suficientes para asumir de manera particular el costo de ese procedimiento, si en cuenta se tiene que tratándose de personas que integran el régimen subsidiado en salud, especialmente de aquellas que hacen parte del SISBEN, se presume su incapacidad económica para asumir el costo de acceso al servicio, y el servicio mismo de salud¹⁸.

Al respecto, si bien la última valoración de 6 de abril de 2022 por el especialista de la IPS Hospital Regional de la Orinoquía de Yopal fue asumida de manera particular por la madre de la menor, ante la respuesta que le dio la NUEVA EPS de que para esa fecha ya no tenían convenio vigente con esa IPS, y en la cual se ordenó la realización de “*CIERRE DE FISTULA OROANTRAL CON COLGAJO BUCAL INCLUYE ORONASAL*” y “*FRENILLECTOMIA EN V RESECCIÓN CUÑA*”, ello no es óbice para negar la autorización de tales procedimientos quirúrgicos, porque dentro de los principios que orientan la garantía del derecho fundamental a la salud, contenidos en la Ley 1751 de 2015, cabe destacar el **principio de continuidad**. “*Este señala que las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua, es decir, una vez iniciada la prestación de un servicio determinado, no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas*”¹⁹. Así, las EPS no pueden limitar la prestación de los servicios de salud que impliquen la suspensión o interrupción de los tratamientos “por conflictos contractuales o administrativos internos o con las IPS contratadas, que impidan la finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes”²⁰ (Subraya fuera de texto).

En este punto, insiste la agente oficiosa que se debe “*garantizar la continuidad de la prestación del servicio en salud que requiere su hija M.V.B.R. en la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE LA ORINOQUIA de la ciudad de Yopal*”; no obstante, se debe recordar que no presentó impugnación contra el fallo

¹⁸ Corte Constitucional, T-384 de 2013.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-017 de 2021.

²⁰ Ibid.

de tutela de primera instancia, por lo que carece de legitimación para realizar esa clase de peticiones en esta instancia, sumado a que la Corte Constitucional ha establecido que, *“aun en caso de niños con graves padecimientos de salud, no existe una obligación de las E.P.S. de prestar un tratamiento en una institución no adscrita su red”*²¹. En ese sentido, ha aclarado que las E.P.S. deben suministrar los servicios de salud, en favor de sus afiliados, pero a través de las instituciones con las que establezcan convenios para el efecto. Sin embargo, como excepciones a esta regla general, se ha precisado que *“(…) los afiliados al régimen contributivo pueden recibir atención médica en IPS no adscritas a sus respectivas EPS, en casos como la atención de urgencias, cuando reciban autorización expresa por parte de la EPS para recibir un servicio específico, o cuando se encuentre demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS”*²².

Asimismo, si bien ha establecido otra excepción a la citada regla general, esta es, cuando supone contemplar la no interrupción del servicio de salud, ello depende de que *“se esté en frente de pacientes que requieren el suministro de un medicamento o tratamiento médico permanente y sucesivo”*²³, porque *“debe ser obligación de las entidades promotoras de salud garantizar un empalme en el diagnóstico de la enfermedad y la modalidad de tratamiento o procedimiento médico que se le realice a los usuarios, en caso tal en que se realice un cambio en el médico tratante o en la institución prestadora de servicios”*²⁴, presupuestos que no se hayan reunidos en este asunto, al no existir evidencia que pueda demostrar que el cambio en la red prestadora de salud de la NUEVA EPS produzca una súbita interrupción del tratamiento médico ni la afectación en la integridad de la menor M.V.B.R., pues, nótese que, incluso, para las dos primeras intervenciones quirúrgica no existió una atención *sucesiva e ininterrumpida* en salud, dado el tiempo transcurrido entre cada una de ellas (la primera se realizó en agosto de 2020 y la segunda en octubre de 2021).

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-136 de 2021.

²² Corte Constitucional, sentencia T-965 de 2007.

²³ Corte Constitucional, sentencia T-286A de 2012.

²⁴ Ibid.

Por lo anterior, esta Sala confirmará el fallo impugnado, dado que la promotora reúne todos los requisitos definidos por la jurisprudencia en comento, para que se le garanticen todos los servicios de *salud* a efectos que pueda continuar con el tratamiento por la especialidad de cirugía maxilofacial.

Respecto a los costos que debe asumir la EPS, teniendo en cuenta la Resolución 205 de 2020 y el artículo 240 del Plan Nacional de Desarrollo, que establece: «*los servicios tecnológicos en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS, quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguro Social en Salud (ADRES)*», significa que a la **NUEVA E.P.S.** ya le asignaron unos recursos no PBS, y en caso de sobrepasar el presupuesto máximo girado cuentan con un procedimiento especial sujeto a un trámite administrativo, sin que sea necesario que medie orden del juez de tutela, pues este opera por ministerio de la ley, sin que quede impedida la entidad para solicitarlo, en caso de que nada se diga en la tutela²⁵.

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, la **Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

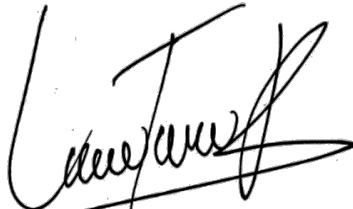
²⁵ Se trata, en efecto, de una medida de política pública en materia de financiación de la salud que el legislador ha encontrado necesaria para impulsar el cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo en dicha materia (art. 150.3 C.P.). Su regulación no desborda la naturaleza temporal del Plan, tiene conexidad directa con los propósitos y objetivos de su parte general, así como con el diagnóstico de salud en materia de financiación y sostenibilidad de beneficios no cubiertos por la UPC. Igualmente, tiene conexidad teleológica pues está orientada a cumplir el objetivo estructural de equidad en materia de salud específicamente, dicha conexidad es estrecha pues la elaboración del Plan y su documento de bases aborda explícitamente la problemática y diseña una solución para la misma, contempla una estrategia y una acción que de manera sustancial, directa e inmediata propenden por subsanar la problemática identificada.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de junio de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), dentro de la acción constitucional de la referencia.

SEGUNDO: Por secretaría **NOTIFÍQUESE** esta decisión a las partes, **COMUNÍQUESE** al juzgado de conocimiento de la manera más expedita y **REMÍTASE** el expediente en formato digital a la Corte Constitucional para su eventual revisión, según las directrices impartidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada