

REPÚBLICA DE COLOMBIA

DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada ponente

Aprobado por Acta de Sala No.0718

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
Radicación:	81001310300120230032401 Enlace link
Accionante:	DESSY AMPARO CÁCEREZ LAMUS EN FAVOR DE L.V.D.B.
Accionado:	Nueva E.P.S.
Derechos invocados:	Salud y vida digna.
Asunto:	Sentencia

Sent. No.0167

Arauca (A), doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

1. Asunto a tratar

Decidir la impugnación presentada por la apoderada judicial de la NUEVA E.P.S. contra la sentencia de tutela proferida el 25 de octubre de 2023 por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE ARAUCA¹

2. Antecedentes

2.1. Demanda de tutela

Mediante escrito radicado el 10 de octubre de 2023, la agente oficiosa DESSY AMPARO CACERES LAMUS acude en defensa de los derechos fundamentales de la menor << de 6 años>> LUCÍA VALENTINA DURÁN BERMUDEZ, residente en Arauca y afiliada al régimen subsidiado del SGSSS, a quien NUEVA E.P.S. autorizó y direccionó a la FUNDACIÓN HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ de Bogotá el tratamiento de su diagnóstico *FÍSTULA ANORRECTAL*, pero negó suministrar *pasajes vía aérea, alojamiento y alimentación* para acudir junto con un acompañante el 26 de octubre de 2023 a la 1:00 p.m. a cita con *ESPECIALISTA EN CIRUGIA PEDIATRICA* en la referida ciudad.

¹ Jaime Poveda Ortigoza- Juez.

Afirma que desde el 27 de octubre de 2022 fue ordenada la valoración especializada pero “a la fecha no había podido conseguir cita”; no obstante, una vez asignada, radicó solicitud de servicios complementarios a través derecho de petición, mediante el cual advirtió la entidad promotora la imposibilidad económica para soportar los costos de la remisión ambulatoria.

Con fundamento en lo anterior, solicita al juez constitucional el restablecimiento de las prerrogativas constitucionales a la salud y seguridad social presuntamente vulneradas y eleva la siguiente **pretensión:**

“PRIMERO: ORDENAR a la EPS NUEVA EPS que en el término de la distancia autoricen para la suscrita y mi nieta LUCIA VALENTINA DURAN BERMUDEZ los pasajes vía aérea, alojamiento y alimentación a la ciudad de BOGOTA D.C. donde se le realizará la consulta por primera vez con el ESPECIALISTA EN CIRUGIA PEDIATRICA, por el diagnóstico de FISTULA ANORRECTAL y la cual fue autorizada para el día 26 DE OCTUBRE de 2023 A LAS HORAS DE LAS 1 P.M. en la Fundación Hospital Infantil Universitario de San José de dicha ciudad.”

Adjunta:

- ✓ *Autorización de servicios de (1) consulta de primera vez por especialista en cirugía pediátrica, emitida el 3 de noviembre de 2023 por la NUEVA E.P.S:*
- ✓ *Autorización de servicios de (1) consulta de primera vez por especialista en cirugía pediátrica, emitida el 15 de septiembre de 2023 por la NUEVA E.P.S:*

<u>AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS</u>		 nueva eps gente cuidando gente	
Solicitada el: 11/09/2023 08:27:29	No. Solicitud:	NO REPORTADO	
Autorizada el: 15/09/2023 08:29:13	No. Autorización:	(POS - 8319) P011 - 216417139	
Impresa el: 15/09/2023 08:29:14	Código EPS:	EPS037	
Afiliado: PT.7255964	DURAN BERMUDEZ LUCIA VALENTINA		
Edad: 6	Fecha Nacimiento:	05/04/2017	
Dirección Afiliado: VEREDA MONSERRATE	Departamento:	ARAUCA 81	
Teléfono afiliado: (7) - 3104913621	Teléfono celular afiliado:	3104913621	
I.P.S. Primaria: SUBSIDIADO-E.S.E. JAIME ALVARADO Y CASTIL			
Solicitado por: SUBSIDIADO-E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA		Municipio:	BENEFICIARIO (SISBEN-1)
Nit: 800218979 - 4	Código: 810010007701	Municipio:	ARAUCA 001
Dirección: CARRERA 16 CALLE 15 ESQUINA	Departamento: ARAUCA 81	Correo electrónico:	
Teléfono: (7) - 8850030;3175729056;3176589623;			
Ordenado por: LOZADA OCHOA ENMANUEL JOSE		Municipio:	ARAUCA 001
Remitido a: SUBSIDIADO-FUNDACION HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSE			
Nit: 900098476 - 8	Código: 110011613301		
Dirección: CARRERA 52 N° 67 A 71	Departamento: DISTRITO CAPITAL 11	Municipio:	BOGOTA, D.C. 001
Teléfono: (1) - 6014377541 ext 1382			
Ubicación del paciente: CONSULTA EXTERNA			
Origen: ENFERMEDAD GENERAL			
☒ K604	FISTULA RECTAL		

- ✓ Hospital San Vicente de Arauca – **(i)** Historia Clínica de Cirugía General **(ii)** Indicaciones médicas del 11 de septiembre de 2023: “valoración prioritaria por cirugía pediátrica, solicitada desde el día 27 de octubre de 2022 (desde hace 11

meses) pero aún no ha sido valorada, paciente con alto riesgo de complicaciones”²

- ✓ Permiso por Protección Temporal de la menor agenciada LUCÍA VALENTINA DURÁN BERMUDEZ; y cédula de ciudadanía de la agente oficiosa DESSY AMPARO CÁCEREZ LAMUS

2.2. Trámite procesal

Admitida la acción el 11 de octubre de 2023, el Juzgado Civil del Circuito de Arauca concede (2) días a NUEVA EPS, A.D.R.E.S, U.A.E.S.A, para rendir informe en los términos del artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

Sin mediar solicitud al respecto, **oficiosamente decreta medida provisional** en favor de la menor LUCÍA VALENTINA DURÁN BERMUDEZ:

“mientras se adopta el fallo definitivo para garantizar la efectiva prestación del servicio de salud de la menor LUCIA VALENTINA DURAN BERMUDEZ y salvaguardar sus derechos fundamentales, se ordena a la accionada NUEVA EPS, que en el término improrrogable de cuatro (4) horas, sin dilaciones suministre el TRANSPORTE INTERMUNICIPAL IDA Y VUELTA, TRANSPORTE URBANO, ALOJAMIENTO Y ALIMENTACIÓN², a la menor LUCIA VALENTINA DURAN BERMUDEZ y su acompañante, en lo referente al diagnóstico de: COD: K605 FISTULA ANORRECTAL y garantice la prestación de un TRATAMIENTO INTEGRAL, entendiéndose por integral, la autorización de exámenes o citas médicas, procedimientos, intervenciones quirúrgicas, materiales de osteosíntesis, controles con especialistas, medicamentos, insumos, utensilios, herramientas, remisiones a altos niveles de complejidad, y otros rubros que los médicos formulen y que llegaren a solicitar las I.P.S., con el consiguiente suministro de los gastos de transporte (intermunicipal y urbano), alojamiento y alimentación para ella y un acompañante, en caso de ser remitida a una ciudad diferente a su lugar de residencia, hasta su recuperación. Esto, siempre atendiendo las indicaciones de su médico tratante en cuanto al medio de transporte y la exigencia o no de un acompañante. Previa radicación de los documentos necesarios requeridos por la EPS-S por parte del usuario”

2.3. Respuestas

Empresa Promotora Nueva EPS³

Informa, con base en el Sistema Integral de Información de la A.D.R.E.S, que el menor agenciado goza de asegurabilidad y pertinencia en el régimen subsidiado de la NUEVA EPS; y que, en conjunto con el área de la salud, adelanta las validaciones necesarias para disponer el suministro de transporte intermunicipal, alojamiento y alimentación junto con un acompañante; gestiones que pondrá en conocimiento del Despacho a través de respuesta complementaria:

² Anexos de tutela folio 13.

³ 19 de octubre de 2023.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL
DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES

Información de afiliación en la Base de Datos Única de Afiliados – BDUA en el Sistema General de Seguridad Social en Salud

Resultados de la consulta

Información Básica del Afiliado :

COLUMNAS	DATOS
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	PT
NUMERO DE IDENTIFICACIÓN	7255954
NOMBRES	LUCIA VALENTINA
APELLIDOS	DURAN BERMUDEZ
FECHA DE NACIMIENTO	**/**/**
DEPARTAMENTO	ARAUCA
MUNICIPIO	ARAUCA

Datos de afiliación :

ESTADO	ENTIDAD	REGIMEN	FECHA DE AFILIACIÓN EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACIÓN DE AFILIACIÓN	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	NUEVA EPS S.A.	SUBSIDIADO	12/09/2022	31/12/2999	CABEZA DE FAMILIA

Fecha de Impresión: | 10/15/2023 09:46:44 | Estación de origen: | 192.168.70.220

Aduce que no es su responsabilidad suministrar transporte no asistencial, por cuanto *“se considera una actividad no relacionada con la salud, ni representa una actividad médica como tal (...) ni se observa dentro del escrito la programación del servicio de salud a la cual deba acudir (...) ni constancia de radicación previa por el usuario solicitando el suministro”*; ni tampoco alimentación y alojamiento para la paciente y el acompañante, porque que no se cumplen los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional para inaplicar las normas que racionalizan el sistema y trasladar dichos gastos fijos con cargo al SGSSS.

Aboga por la improcedencia del tratamiento integral, por cuanto no ha incurrido en un comportamiento omisivo, del que pueda derivarse la presunta vulneración de los derechos fundamentales, máxime que el juez constitucional tiene vedado prejuzgar el incumplimiento de la E.P.S. frente a servicios futuros e inciertos.

Subsidiariamente, en caso de conceder la tutela, ruega adicionar a la parte resolutive del fallo orden a la ADRES para que reembolse a su favor los gastos en que incurra en ocasión al cumplimiento del fallo.

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES⁴

Solicita (i) desvinculación del trámite por falta de legitimación en la causa por pasiva, comoquiera que corresponde a la E.P.S. y no a la A.D.R.E.S. garantizar la prestación integral y efectiva de los servicios de salud; y (ii) negar cualquier solicitud de recobro por parte de la entidad promotora, en tanto *“los servicios, medicamentos o insumos en salud necesarios se encuentran plenamente garantizados ya a sea a través de la UPC o de los presupuestos máximos”*

Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca⁵

Aduce que no existe prueba que acredite la vulneración de los derechos de la menor por parte de la Entidad, pues la prestación integral del

⁴ 12 de octubre de 2023
⁵ Octubre 13 de 2023.

servicio de salud radica en cabeza de la NUEVA EPS, por lo cual, pide declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.4. Decisión de Primera Instancia

El 25 de octubre de 2023, el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO concedió el amparo así:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la VIDA, SEGURIDAD SOCIAL, DIGNIDAD HUMANA, INTEGRIDAD PERSONAL a la menor LUCIA VALENTINA DURAN BERMUDEZ, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA EPS, que en el término de 48 horas gestione, programe y suministre los servicios complementarios de transporte (urbano e intermunicipal) para la menor LUCIA VALENTINA DURAN BERMUDEZ y si debe permanecer más de un día en la ciudad de remisión deberá suministrarle los emolumentos que demande su alojamiento y alimentación, y; solo en caso que el médico tratante recomiende la necesidad de un acompañante estará la EPS-S en la obligación de asumir los costos que implique su traslado. Así mismo deberá garantizar la atención de la menor LUCIA VALENTINA DURAN BERMUDEZ de forma continua, eficiente y oportuna, con el fin de materializar la orden de consulta por ESPECIALISTA EN CIRUGIA PEDIATRICA a través de la Autorización (POS-5805) P003- 190849511.

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA EPS, en el término de 48 horas de acuerdo al diagnóstico de: COD: K605 FISTULA ANORRECTAL. LE GARANTICE la prestación de un TRATAMIENTO INTEGRAL a la menor LUCIA VALENTINA DURAN BERMUDEZ, por el término que dure su recuperación; entiéndase por integral, además de autorización de exámenes, procedimientos, intervenciones, controles periódicos, medicamentos, insumos, utensilios, equipos, remisiones a altos niveles de complejidad y otros rubros que los médicos formulen y que llegaren a solicitar las I.P.S.; el suministro de los gastos de transporte (intermunicipal y urbano), alojamiento y alimentación para la menor y su acompañante, en caso de ser remitido a una ciudad diferente a su lugar de residencia, siempre teniendo en cuenta las órdenes o indicaciones del médico tratante y las gestiones ante la EPS.

Frente al suministro de transporte hospedaje y la alimentación destacó: “si bien por regla general, y en aplicación del principio de solidaridad, el paciente y su núcleo familiar están llamados a asumir los costos necesarios para acceder a los servicios médicos pertinentes, existen circunstancias en las que, ante la ausencia de dichos medios, el sistema de salud debe proveer los servicios respectivos, para que los derechos a la vida, a la salud y a la integridad no se vean afectados en razón a barreras económicas.”⁶ (SIC)

En relación con la autorización de un acompañante y el cubrimiento de los gastos de estadía, encontró probados los requisitos de la línea jurisprudencial según la cual debe asumirlos la entidad promotora cuando “(i) el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su

⁶ Decisión de primera instancia, folio 29.

desplazamiento, (ii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado”

Estimó que la negativa de la E.P.S. constituyó un actuar negligente y concedió el amparo integral, con el objetivo de evitar nuevas barreras administrativas y garantizar de manera continua, ininterrumpida y oportuna el tratamiento médico que aún debe adelantar en un lugar distinto de su residencia.⁷

Rechazó la solicitud recobro porque tal procedimiento administrativo se encuentra extinto, en virtud del sistema de techos y presupuestos máximos, previamente girados por la A.D.R.E.S. para garantizar la atención integral en salud.

2.5. Impugnación⁸

A través de su apoderada judicial solicita:

PRINCIPAL: *Que se **REVOQUE POR IMPROCEDENTE EL 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 es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera, es presumir la mala actuación por adelantado, máxime que no han sido ordenados por la lex artis de los médicos.*

SUBSIDIARIA: *En caso de ser confirmada, con el debido respeto se solicita ADICIONAR en la parte resolutive del fallo, en el sentido de **FACULTAR a la NUEVA EPS S.A.**, según se colige del art. 5° de la Resolución 1139 de 2022 (Por la cual se establecen disposiciones en relación con el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la unidad de pago por capitación (UPC), y excluidos de la financiación con recursos del sistema general de seguridad social en salud (SGSSS), expedida por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, que sustituyó la Resolución 586 de 2021, **se ordene a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES), reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de insumos.***

En relación con la improcedencia del tratamiento integral, asegura que no existe incumplimiento frente a sus funciones como aseguradora de salud, por el contrario, ha garantizado a la afiliada todos los servicios P.B.S. prescritos por los galenos adscritos a su red de prestadores.

⁷ Folios 30 al 32 de la sentencia impugnada.

⁸ Octubre 30 de 2023.

Adicionalmente, la orden del *A-quo* protege tratamientos futuros e inciertos, sin prescripción por parte de un profesional de la salud, lo que podría resultar en la provisión de servicios fuera del ámbito de competencia de la E.P.S, y a su vez afectar el equilibrio fiscal de los recursos que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3. Consideraciones

3.1. Competencia

En virtud de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para resolver la impugnación propuesta al ser el superior funcional del Juez que profirió la decisión rebatida.

3.2. Requisitos de procedencia de la acción de tutela

Así bien, la jurisprudencia constitucional sostiene que los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela son: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) inmediatez; y, (iv) subsidiariedad.⁹

Legitimación en la causa por activa y por pasiva

De conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, la tutela puede ser promovida por cualquier persona que considere amenazados o vulnerados sus derechos fundamentales.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha considerado que son tres los requisitos que deben cumplirse para hacer uso de la agencia oficiosa, a saber: *(i) que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro; (ii) que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa (sin que esto implique una relación formal entre el agente y el titular) y (iii) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados*¹⁰

Conforme a la documental aportada, es evidente la edad de la menor LUCÍA VALENTINA DURÁN BERMUDEZ le impiden acudir en nombre propio a la defensa de sus derechos fundamentales; por lo tanto, se señora abuela DESSY AMPARO CÁCEREZ LAMUS se encuentra legitimada para actuar en calidad de agente oficioso.

⁹ Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

¹⁰ Ver sentencias T-294 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-330 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-667 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-444 de 2012 (M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo), T-004 de 2013 (M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo) y T-545 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-526 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa), entre muchas otras.

Por otro lado, NUEVA E.P.S. se encuentra legitimada por pasiva, toda vez que, afilia en seguridad social a la señora Cuadros de Tarazona, y es quien debe garantizar la atención en salud.

Inmediatez.

La Corte Constitucional indica, que, *“para darle cumplimiento al principio de inmediatez, la acción de tutela debe interponerse dentro de un plazo razonable y proporcionado a partir del evento generador de la supuesta amenaza o violación de los derechos fundamentales, so pena de que se determina su improcedencia.”*¹¹

El accionante acudió a este excepcional mecanismo en pleno cumplimiento del requisito de **inmediatez**, comoquiera que transcurrió un plazo razonable entre la autorización de los servicios médicos, la negativa a suministrar servicios complementarios para acudir a ellos y la posterior presentación del amparo constitucional.

Subsidiariedad

Conforme a la jurisprudencia constitucional¹², la Supersalud es competente para conocer, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, de asuntos que abarcan, por un lado, aquellos relativos a la: *“[c]obertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (Plan Obligatorio de Salud), cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia.”*¹³

Por otro lado, la Supersalud también está facultada para conocer y fallar asuntos relacionados con: *“[c]onflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le [sic] asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.”*¹⁴

Ahora bien, la Corte ha encontrado que, por razones tanto normativas como prácticas, el mecanismo mencionado no resulta idóneo ni eficaz en muchos de los casos en que se acude a la acción de tutela para exigir la protección del derecho a la salud.¹⁵ De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,¹⁶ la Corte estableció, con base en la jurisprudencia sobre la materia, una serie de parámetros que el mecanismo

¹¹ Sentencias T-210 y T-211 de 2019 Corte Constitucional de Colombia.

¹² Sentencia T-122 de 2021.

¹³ Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Para ver sistematizaciones recientes de los principales hallazgos de la Corte en este sentido, consultar las sentencias SU-124 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. A.V. Alejandro Linares Cantillo y José Fernando Reyes Cuartas; T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo; y SU-508 de 2020. MM.PP. José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos. A.V. Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Richard S. Ramírez Grisales.

¹⁶ Sentencia T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo.

jurisdiccional mencionado debe cumplir para consolidarse como un medio idóneo y eficaz de defensa y solicitó al Gobierno nacional que adoptara, implementara e hiciera público un plan de medidas para adecuar y optimizar su funcionamiento.

En virtud de lo anterior, se torna procedente la presente acción, ante la ineficacia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la Superintendencia Nacional de Salud¹⁷.

3.3. Problema jurídico

Establecer si NUEVA EPS vulneró los derechos fundamentales a la menor LUCÍA VALENTINA DURÁN BERMUDEZ, en caso afirmativo, si procede el amparo en los términos decididos por el Juez de primera instancia.

3.4. Supuestos jurídicos

3.4.1. Naturaleza de la acción de tutela

De conformidad con el artículo 86 superior y en concordancia con el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra toda “acción u omisión de las autoridades públicas” que vulnere o amenace vulnerar los derechos fundamentales y, en casos específicos, por un particular. Dicha protección consistirá en una orden para que la autoridad accionada actúe o se abstenga de hacerlo.

De igual modo, el artículo 6 del Decreto 306 de 1992¹⁸, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015¹⁹ señala que en el fallo de tutela el Juez deberá señalar el derecho constitucional fundamental tutelado, citar el precepto constitucional que lo consagra, y precisar en qué consiste, la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto.

3.4.2. Derecho fundamental de los niños a la salud y su protección reforzada

El artículo 44 de la Constitución consagró que los derechos de los niños, esto es, la vida, la integridad física, la salud la seguridad social y la educación, entre muchos otros, son fundamentales. En ese sentido, es obligatorio para el Estado, la sociedad y la familia ejercer la protección de los niños, niñas y adolescentes, con miras a garantizar su desarrollo integral y armónico, así como la plena materialización de sus derechos.

¹⁷ Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 y modificada por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, estipula que la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD posee facultades jurisdiccionales para dirimir los asuntos atinentes a la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos o no en el P.B.S., con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

¹⁸ Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

¹⁹ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

Del carácter Constitucional que reviste esta garantía, se deriva, además, el mandato expreso de los distintos instrumentos de derecho internacional reconocidos por Colombia y ratificados por el Congreso de la República, en virtud de los cuales los niños merecen un mayor amparo por parte del Estado, al ser sujetos de especial protección. Bajo ese entendido, la Constitución consagra, a su vez, que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás y, en esa medida, cuentan con una protección inmediata por parte del juez constitucional²⁰, lo que, encuentra asidero también en el literal f) del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015.

En referencia al principio de integralidad en materia de salud frente a menores de edad, expuso la Corte en Sentencia T-148 de 2016²¹:

“El Estado está en la obligación de prestar los servicios de salud, libre de discriminación y de obstáculos de cualquier índole, a los niños y de garantizar que se les brindará un tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida, resaltando que la protección financiera del sistema pasa a un segundo plano, pues lo que debe primar son las garantías fundamentales de los niños, niñas y adolescentes”

Corolario, cuando se trata de menores de edad, su protección no solo debe ser preferente a la de las demás personas, sino que, a su vez, debe recibir un tratamiento integral, el cual incluye todo aquello que sea necesario para la recuperación, rehabilitación e integración social del infante, así como aquellos servicios que le permitan desarrollar su vida en condiciones dignas.

4. Solución del caso

Como los derechos fundamentales a la Salud y Seguridad reclamados por la agente oficiosa de la menor LUCÍA VALENTINA DURÁN BERMUDEZ, fueron amparados por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO mediante sentencia del 25 de octubre de 2023 que ordenó un tratamiento integral, la Nueva EPS solicita su revocatoria en la medida que su comportamiento fue diligente frente a los requerimientos de su afiliada; por lo que corresponde a esta Sala verificar la validez de sus argumentos ya que sólo así habría lugar a exonerarla de la condena impuesta.

Contrastados los hechos contenidos en la demanda de tutela, los documentos anexos y la respuesta dada por la empresa promotora en salud, la Sala anuncia desde ya que confirmará la decisión impugnada, no sólo por la condición de sujeto de especial protección constitucional que ostenta la niña LUCÍA VALENTINA DURÁN BERMUDEZ por su prematura edad, sino también por la indiferencia

²⁰ Ver Sentencia T-332 de 2012.

²¹ Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Barteló

de la empresa promotora frente al sufrimiento de su afiliada a quien desde el 27 de octubre de 2022 ordenó la precitada atención especializada, que si bien la E.P.S. autorizó mediante (POS-8319)-P011-190849511 del 3 de noviembre de 2022, omitió hacer el respectivo acompañamiento para que la I.P.S. adscrita a su red de prestadores agendara las citas, dada la urgencia de la consulta, dilación que causó que 11 meses después, retornara a nueva valoración en el HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA, que acorde con la Historia Clínica emitida en dicha ocasión reveló: *“valoración solicitada desde hace 11 meses, pero aún no ha sido valorada, paciente con alto riesgo de complicaciones”*:

Conducta y Plan:		
SS: VALORACION "P R I O R I T A R I A " POR CIRUGIA PEDIATRICA , SOLICITADA DESDE EL DIA 27 DE OCT DEL 2022 (DESDE HACE 11 MESES) , PERO AUN NO HA SIDO VALORADA , PACIENTE CON ALTO RIEGO DE COMPLICACIONES . SE LE EXPLICA A LA ABUELA QUE TRAE LA PACIENTE Y SE DAN RECOMENDACIONES.		
Diagnóstico		
Código	Nombre	Observaciones
K604	FISTULA RECTAL	FISTULA PERIANAL (GLUTEO DERECHO) .

Aunado a lo anterior, probado está que la E.P.S. rehusó asumir el cubrimiento del traslado para para acudir a procedimientos médicos direccionados por ella misma a un centro médico ubicado en un municipio distinto al de residencia del afiliado, desconociendo así los criterios vigentes dados por la Corte Constitucional mediante Sentencia SU-508 de 2020 donde dijo que el servicio de transporte intermunicipal se encuentra incluido en el Plan de Beneficios en Salud, y por ende, como entidad prestadora, es responsable de cubrirlo, comoquiera que:

*“no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar el suministro de los gastos de transporte intermunicipal de los servicios o tecnologías en salud incluidos por el PBS, debido a que esto es financiado por el sistema”.*²²

*“Las zonas que no son objeto de prima por dispersión cuentan con la totalidad de infraestructura y personal humano para la atención en salud integral que requiera todo usuario, por consiguiente, no se debería necesitar trasladarlo a otro lugar donde le sean suministradas las prestaciones pertinentes. En tal contexto, de ocurrir la remisión del paciente otro municipio, esta deberá afectar el rubro de la UPC general²³, como quiera que se presume que en el domicilio del usuario existe la capacidad para atender a la persona, y en caso contrario es responsabilidad directa de la EPS velar por que se garantice la asistencia médica”*²⁴

A lo anterior se ha añadido que *“en aquellos eventos en los cuales el procedimiento médico sea practicado a un niño o menor de edad, se hace indispensable, adicionalmente, cubrir los gastos de desplazamiento de un*

²² Sentencia T-122 de 2021, ponencia de Diana Fajardo Rivera.

²³ La Unidad de Pago por Captación es el valor anual que el Estado reconoce a las EPS por cada uno de sus afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud para financiar los servicios y tecnologías en salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-206 de 2013. Ver también sentencias SU-508 de 2020 y T-329 de 2018.

*acompañante, dado el estado de indefensión y el grado de dependencia en que pueden encontrarse*²⁵; *‘En lo referente al acompañante, existen casos en que, debido a la edad o la enfermedad del paciente, este requiere acudir al procedimiento con un tercero’*²⁶

De manera que NUEVA E.P.S. pide revocar la orden de atención integral en salud en favor de su afiliada, aun cuando exhibió su negligencia en materializar el suministro efectivo del servicio solicitado, pues no basta autorizar los procedimientos prescritos por los galenos, sino garantizar la oportunidad y suficiencia a través de la red externa contratada para para el efecto, so pena de incurrir en comportamientos omisivos por la interposición de barreras injustificadas; además, ignoró la el carácter de **urgencia** dictaminada por el profesional de la salud a cargo de su tratamiento y colocó en riesgo la salud física y emocional de la infante, quien no está obligada a soportar la interrupción del servicio, en virtud de la prevalencia de los derechos fundamentales de los menores, que en materia de salud debe prestarse de manera integral, continua, permanente, oportuna, eficiente y con calidad en las diferentes etapas de prevención y tratamiento de la enfermedad, tal como está obligado a hacerlo el Estado Colombiano, en virtud de las normas de rango constitucional e internacional de carácter vinculante, verbigracia, lo contemplado en el artículo 24 de la Convención Sobre los Derechos del niño²⁷:

“Los niños tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y a tener acceso a servicios médicos y de rehabilitación, con especial énfasis en aquéllos relacionados con la atención primaria de salud, los cuidados preventivos y la disminución de la mortalidad infantil. Es obligación del Estado tomar las medidas necesarias, orientadas a la abolición de las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud del niño”

En los términos del Artículo 11 de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud:

*“La atención de niños, niñas y adolescentes, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.”*²⁸

Siendo así, no sólo resulta acertado, sino también necesario el amparo integral concedido por el juez de primera instancia, porque concurren las exigencias que la Sentencia T-081 de 2019 contempla, tales como: *“(i) que existan las prescripciones emitidas por el médico, el diagnóstico del paciente y los servicios requeridos para su atención; (ii) la EPS actúe con negligencia en la prestación del servicio, procedido en forma dilatoria y haya programado los mismos fuera de un término razonable; y (iii) con ello, la EPS haya puesto en riesgo al paciente, al prolongar “su sufrimiento físico o emocional, y genera[r] (...) complicaciones, daños*

²⁵ Al respecto, ver sentencia T-275 de 2016, reiterado por la sentencia T-147 de 2023 M.P. Diana Fajardo

²⁶ Idem.

²⁷ La Convención, como primera ley internacional sobre los derechos de los niños y niñas, es de carácter obligatorio para los Estados firmantes

²⁸ Ley 1751 de 2015, Artículo 11.

permanentes e incluso su muerte”; requisitos que justamente encontró acreditados el fallador de primera instancia y por tanto acertó al advertir la importancia de garantizar la atención a la afiliada de manera “ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”.

Corolario, la E.P.S. fue negligente con el cumplimiento de sus deberes a sabiendas que recaía en ella la obligación legal y constitucional de remover cualquier tipo de barrera o limitación que suponga una restricción desproporcional a la efectiva prestación de servicios en salud que requiere su usuaria, porque ello implica una afectación del derecho a la salud y un obstáculo injustificado al pleno goce de este; situación que según la Corte *“cobra particular relevancia cuando se está ante personas en condición de vulnerabilidad, como lo son los niños, las personas de la tercera edad y las personas que por sus condiciones físicas o mentales se hallan en condiciones de debilidad manifiesta”*.

Finalmente, en pronunciamiento del 18 de julio de 2023, la Corte Constitucional²⁹ recordó que el sistema de recobro por parte de las E.P.S. ante la A.D.R.E.S. es una facultad extinta, reemplazada por el sistema de techos o presupuestos máximos que previamente gira la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud para garantizar la atención de los afiliados:

“con el fin de no afectar la sostenibilidad del sistema de salud³⁰, se estableció, en reemplazo de los recobros³¹, que en el pasado hacían las EPS al FOSYGA para el cobro del suministro de actividades y/o procedimientos por fuera de lo que hoy se conoce como PBS, un sistema de techos o presupuestos máximos en cabeza de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, que se encarga de hacer presupuestos máximos por anticipado para que las EPS garanticen a sus afiliados la prestación de servicios y tecnologías, servicios complementarios o excluidos expresamente del PBS, que no están financiados por la UPC”

En virtud de lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia impugnada, por las razones expuestas en la presente providencia.

²⁹ Sentencia 264 de 2023, Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger

³⁰ En la actualidad, el Sistema de Seguridad Social en Salud prevé tres mecanismos de financiación para el suministro de servicios y tecnologías en salud, entre ellos se tienen los siguientes: a) Unidad de pago por capitación -UPC-, Presupuestos máximos y servicios y tecnologías en salud no financiados con recursos de la UPC y del presupuesto máximo.

³¹ El mecanismo de recobros sigue usándose en casos muy excepcionales, como es el caso de: i) nuevos medicamentos clasificados por el INVIMA como vitales no disponibles y sin valor definido de referencia, ii) nuevas entidades químicas que no tengan homólogo terapéutico en el país, iii) medicamentos que fueron requeridos por personas que fueron diagnosticadas por primera vez con una enfermedad huérfana, i) nuevos procedimientos en salud que ingresaron al país, entre otros.

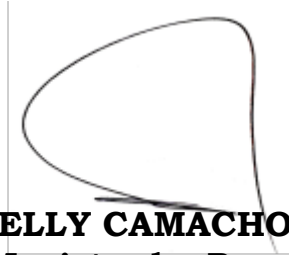
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA SALA ÚNICA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

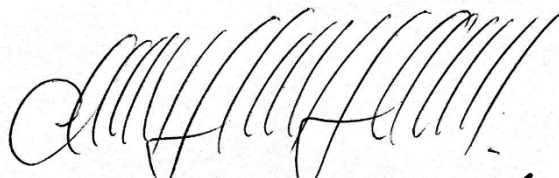
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de octubre de 2023 por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE ARAUCA, por las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada