

REPÚBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada ponente

Aprobado mediante Acta de Sala No.0713

Proceso:	Acción De Tutela 2ª Instancia
Radicación:	81736318900120230057601 Enlace Link
Accionante:	Kimberly Brigith Anaya en favor de su menor hija Brianna Antonela Correa Anaya.
Accionado:	Nueva E.P.S.
Derechos invocados:	Derecho a la salud
Asunto:	Sentencia

Sent. No.163

Arauca (A), cinco (5) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

1. Objeto de la decisión

Decidir la impugnación promovida por la NUEVA E.P.S. contra el fallo de tutela que el 24 de octubre de 2023 profirió el JUZGADO 001 CIVIL DEL CIRCUITO CON CONOCIMIENTO EN ASUNTOS LABORALES DE SARAVERENA (A)¹

2. Antecedentes

2.1. Del escrito de tutela² La señora KIMBERLY BRIGHTH ANAYA³ promueve acción de tutela en agencia oficiosa de los derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social de su menor hija BRIANNA ANTONELA CORREA ANAYA⁴, de 1 año de edad, diagnosticada con *Q658 Otras deformidades congénitas de la cadera - displasia de cadera bilateral con predominio izquierdo*; presuntamente vulnerados porque la NUEVA EPS negó autorizar **(i)** *férula de milgran 90° grados de reflexión 45°grados abducción*, y **(ii)** *“control en 4 meses” de consulta de control o de seguimiento por especialista en ortopedia y*

¹ Rafael Enrique Fontecha Barrera, Juez

² 9 de octubre de 2023.

³ Madre soltera de 17 años de edad, reside en Saravena-Arauca con su abuela -adulto mayor- y adelanta estudios de bachillerato bajo la modalidad de validación, razón por la cual- actualmente no ejerce labor u oficio.

⁴ Identificada con R.C. 1157969441

traumatología pediátrica, prescritos el 26 de julio de 2023 por un especialista tratante de la FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA⁵; por lo que pretende a través del mecanismo excepcional de amparo (i) acceder a tales atenciones y tecnologías en salud; (ii) recibir los servicios de transporte, hospedaje y alimentación para acudir a la remisión ambulatoria en la ciudad de Bogotá; y (iii) obtener el amparo integral en salud. Prestaciones que también solicita desde la presentación de la demanda a través de medida provisional.

Adjunta:

- ✓ PQR formulado ante la Asociación de Usuarios del Servicio de Salud el 9 de octubre de 202: menor de edad valorada por FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA quien determinó: Férula de milgrán 90 grados de flexión y 45 grados de abducción – usar 24 horas hasta la marcha, luego de manera nocturna; “ en la radicación oficina de la EPS indica “no cubrimiento”
- ✓ FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA – (i) Historia Clínica; (ii) solicitud interconsultas extramural (iii) recomendaciones (iv) Control de consulta externa por ortopedia y traumatología

Código Servicio	Servicio	Cantidad
890381	CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA PEDIATRICA. CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA PEDIATRICA Observaciones: EN 4 MESES CON RX. DR AMADOR	1
RECOMENDACIONES		
FERULA DE MILGRAM 90 GRADOS DE FLEXION 45 GRADOS ABDUCCION. USAR 24 HORAS HASTA MARCHA, LUEGO DE MANERA NOCTURNA.		
CONTROL		
El Próximo Control es Dentro de 4 Mes(es) con la Especialidad de ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA PEDIATRICA		
DESTINO		
SALIDA		

- ✓ Registro civil de nacimiento de la menor BRIANNA ANTONELA CORREA ANAYA
- ✓ Tarjeta de identidad de la madre de la menor, señora KIMBERLY BRIGITH ANAYA ALVARADO.

2.2. Trámite procesal. El A-quo admite la acción⁶, concede a NUEVA EPS, A.D.R.E.S., U.A.E.S.A. y ALCALDÍA DE SARAVERENA, (2) días para rendir informe sobre los hechos, en los términos del artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, y niega la medida provisional requerida, por no encontrar acreditados los presupuestos de necesidad y urgencia del artículo 7 ibidem.

2.3. Respuestas

⁵ De la ciudad de Bogotá.

⁶ Octubre 9 de 2023.

2.3.1. La **Empresa Promotora Nueva EPS**⁷ informa que, que la menor BRIANNA ANTONELA CORREA ANAYA se encuentra “activa” en el Sistema Integral de Afiliados y cuenta con asegurabilidad y pertinencia desde el 15 de septiembre de 2022, con asignación de servicios al SUBSIDIADO-E.S.E. HOSPITAL DEL SARARE, de Saravena.

CORREA ANAYA BRIANNA ANTONELA

Consultas Herramientas Certificado de Incapacidades

RC 1157969443 ACTIVO EN REGIMEN SUBSIDIADO EN LA EPS

Traslados sa Recobro aportes otras Ctas de Cobro Cotiza Cta de cobro Emplea Solicitudes No Devolucion de Apor
 Incapacidades Hist duplicidad Radicaciones Documentos Imagenes Traslados Entrar
 Movilidad Régimen Afiliados Pagos Empl Empleador Información para IPS Pagos Empl Anteriores
 Afiliado Grupo Familiar Ful Pagos Empleos Ips

DATOS PERSONALES DEL AFILIADO

Primer Apellido	Segundo Apellido	Nombres	Fecha Nacimiento	Tipo Afiliado	Sexo
CORREA	ANAYA	BRIANNA ANTONELA	15/09/2022	Beneficiario	F
Dirección de Residencia		Teléfono	Departamento	Municipio	
KR 10 N14 56 SANTANDER			ARAUCA	SARAVENA	

DATOS DE LA AFILIACION RÉGIMEN SUBSIDIADO

F. Afil Contr	F. Inicio Sub	F. Final Sub	Categoría	Causal
15/09/2022	15/09/2022	00/00/0000	SISBEN-1	ACTIVO EN REGIMEN SUBSIDIADO EN LA EPS
Actual EPS	Total	Estado	Tipo Población Especial Subsidiado	
26	26	ACTIVO SUB	POBLACIÓN CON SISBEN	

RÉGIMEN: Subsidiado

IPS Actual

Código	Razón Social	Activa desde	Estado	Causal
8317	SUBSIDIADO-E.S.E. HOSPITAL DEL SARARE	21/09/2022		

Causales de Suspensión

Información Adicional

Frente a la *consulta de control o de seguimiento por especialista en ortopedia y traumatología pediátrica*, indica autorización No. 218228280 y direccionamiento a la HOSPITAL DE LA MISERICORIA – SUBSIDIADO en la ciudad de Bogotá; y arguye que el agendamiento está supeditado a la autonomía y disponibilidad de la agenda en la I.P.S., a quien requerirá que en la mayor brevedad posible asigne una fecha.

Pide negar la acción de tutela por no existir vulneración de derechos atribuible a la entidad; al respecto señaló que sus acciones están enmarcadas en la ley puesto que (i) los servicios de transporte, hospedaje y alimentación no se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios de Salud -PBS de conformidad con la Resolución 2208 de 2022 y (ii) no existe orden médica que ordene el servicio de alojamiento y alimentación ni tampoco orden donde se señale que “*el accionante deba asistir con acompañante a las citas programadas*”

Advierte que para conceder el amparo integral debe constatar que los servicios prescritos por el médico tratante fueron negados ya que no

⁷ Octubre 12 de 2023

puede anticiparse una supuesta prescripción ni presumir incumplimientos futuros; no emitió pronunciamiento alguno en relación a la autorización de *“férura de milgran 90” grados de reflexión 45´grados abducción.*”

Subsidiariamente solicita precisar los servicios y tecnologías en salud no financiados con recursos de la UPC que deberá cubrir la empresa y adicionar a la parte resolutive orden para que ADRES reembolse los gastos en que Nueva EPS incurra para cumplir el fallo, en caso de una decisión adversa .

2.3.2. Por su parte, la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES⁸** 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”*

2.3.3. Mediante Auto del 13 de octubre de 2023, el JUZGADO 001 CIVIL DEL CIRCUITO CON CONOCIMIENTO EN ASUNTOS LABORALES DE SARAVERA (A)⁹ *<<atendiendo la respuesta brindada por la Nueva EPS>> vincula oficiosamente* a la IPS FUNDACIÓN HOSPITAL LA MISERICORDIA DE BOGOTÁ para que en el término de (24) horas justifique el por qué no ha programado el servicio de *consulta de control o de seguimiento por especialista en ortopedia y traumatología pediátrica*, y emita pronunciamiento sobre los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la acción.

2.3.4. A su vez, la **FUNDACIÓN HOSPITAL LA MISERICORDIA DE BOGOTÁ¹⁰** aduce que no existe prueba que acredite la vulneración de los derechos de la menor por parte de la I.P.S., pues la prestación integral del servicio de salud radica en cabeza de la NUEVA EPS, por lo cual, pide declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva; complementariamente, relaciona la soporte de programación asignada a la menor para *Consulta de control por la especialidad en Ortopedia y Traumatología pediátrica para el día 24 de octubre de 2023 Hora 8:00 a.m:*

⁸ 10 de octubre de 2023.

⁹ Rafael Enrique Fontecha Barrera, Juez

¹⁰ 18 de octubre de 2023.

HOMI		FUNDACION HOSPITAL DE LA MISERICORDIA		HOMI	
Fundación Hospital de la Misericordia		NIT: 899999123-7		Fundación Hospital de la Misericordia	
CITA MEDICA					
IDENTIFICACIÓN					
Apellidos:	CORREA ANAYA	Tipo Documento:	RC	No. HC:	
Nombres:	BRIANNA ANTONELA	Sexo:	FEMENINO	Numero:	1157969441
Edad:	01 Años 01 Meses 02 Dias (15/09/2022)				
DATOS DE LA CITA					
Fecha de la Cita:	24 de octubre del 2023 -- 8:00 a.m.	Clase de Cita:	CONTROL		
Centro Atención:	FUNDACION HOSPITAL DE LA MISERICORDIA	Consultorio:	Consultorio 210		
Actividad:	CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA PEDIATRICA	Profesional:	JOSE ARMANDO AMADOR GUTIERREZ		
Diagnóstico:		Especialidad:	ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA PEDIATRICA		
N° Autorización:	11111	Es Cita Extra:	Si		

2.4. Decisión de Primera Instancia Mediante sentencia proferida el 24 de octubre de 2023, el A-quo accede al amparo solicitado y dispone:

PRIMERO: DECLARAR PARCIALMENTE IMPROCEDENTE el trámite constitucional presentado por la señora Kimberly Brigith Anaya, actuando como agente oficiosa de su menor hija B.A.C.A., por carencia actual de objeto por hecho superado, frente a la asignación de la cita para la consulta de control por la especialidad en ortopedia y traumatología pediátrica para el día 24 de octubre de 2023, agendada durante el trámite de esta acción por la IPS HOMI Fundación Hospital Pediátrico la Misericordia de Bogotá.

SEGUNDO: AMPARAR los derechos fundamentales invocados dentro del presente trámite constitucional por la señora Kimberly Brigith Anaya, actuando como agente oficiosa de su menor hija B.A.C.A., los cuales están siendo vulnerados por la Nueva EPS.

TERCERO: ORDENAR a la Nueva EPS que, dentro de las 12 horas siguientes a la notificación de este proveído, AUTORICE y GESTIONE el efectivo suministro de la “Férula de Milgram 90 grados de flexión, 45 grados de abducción”, a favor de la paciente B.A.C.A., ordenado por su médico tratante como parte del plan de manejo para su patología de “otras deformidades congénitas de la cadera” 53.

CUARTO: ORDENAR a la Nueva EPS que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, GARANTICE LA CONTINUIDAD DE LA ATENCIÓN MÉDICA INTEGRAL, ININTERRUMPIDA, EFICAZ Y PRIORITARIA que requiere la menor B.A.C.A, frente a su diagnóstico de “otras deformidades congénitas de la cadera” 54 y los que de la misma se deriven, sin importar que se trate o no de servicios PBS; incluyendo los servicios complementarios de transporte intermunicipal y urbano, alojamiento y alimentación para la paciente y un acompañante, en caso de requerirse la prestación de servicios de salud en lugar distinto al municipio de su domicilio, para el cumplimiento de la presente orden.

QUINTO: NOTIFICAR esta decisión a las partes por el medio más expedito.

SEXTO: ORDENAR, en caso de que esta decisión no fuera impugnada, la remisión del expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión y, de ser excluida, su archivo, dejándose las constancias del caso

Fundamentó el amparo integral, incluido dentro de aquel el suministro de servicios complementarios para futuras remisiones, en los siguientes términos:

“En lo que respecta a la pretensión referente al tratamiento integral en salud, el Juzgado considera que la misma es procedente, comoquiera que está demostrada la negligencia por parte de la EPS, al no haber emitido la respectiva autorización del servicio que le fuera ordenado por el médico tratante a la menor, denominado “Férula de Milgram 90 grados de flexión, 45 grados de abducción”, amén que en su contestación ni siquiera hizo pronunciamiento alguno al respecto; destáquese igualmente que la beneficiaria de esta acción es sujeto de especial protección constitucional atendiendo su corta de edad, de tan solo 1 año; de allí que esta instancia judicial considere que se cumple con los presupuestos establecidos jurisprudencialmente, para ordenarlo.”

Igualmente, destacó las condiciones socioeconómicas de la agente oficiosa y su núcleo familiar como la imposibilidad de asumir los costos de remisión ambulatoria que semestralmente debe efectuar para asistir a *controles de seguimiento por especialista en ortopedia y traumatología pediátrica* en la ciudad de Bogotá:

“surge del escrito introductorio que la accionante indica que no puede laborar por su condición y que vive con su abuela, quien es una persona de la tercera edad, por lo que se deduce que no cuenta con los recursos económicos para sufragar los mencionados gastos complementarios, toda vez que, además, la paciente pertenece al régimen subsidiado de salud, por lo que se presume su falta de capacidad económica y la de su familia, sin que la accionada haya argumentado o presentado prueba alguna en sentido contrario”

2.5. Recurso de impugnación¹¹. Inconforme con la decisión proferida el 24 de octubre de 2023, NUEVA E.P.S. pide revocar el amparo integral, porque a su juicio, ha garantizado a la afiliada todos los servicios P.B.S. prescritos por los galenos adscritos a su red de prestadores y no existe incumplimiento de sus funciones como aseguradora de salud. Adicionalmente, la orden protege tratamientos futuros e inciertos, sin prescripción por parte de un profesional de la salud, lo que podría resultar en la provisión de servicios ajenos a su competencia, en detrimento del equilibrio fiscal de los recursos que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Como pretensión subsidiaria, insiste sobre la facultad de recobro para obtener del A.D.R.E.S. el reembolso los gastos en que incurra en cumplimiento del fallo tutelar y que sobrepasen el presupuesto máximo previamente girado para la cobertura de este tipo de servicios.

¹¹ Octubre 30 de 2023.

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.

3.1.1. 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 1992¹², compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015¹³ 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.

3.1.2. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela 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) subsidiariedad¹⁴

Legitimación en la causa por activa y por pasiva. De conformidad con los artículos 44¹⁵ y 86 de la Constitución Política¹⁶, y los artículos 10 y 49 del Decreto 2591 de 1991¹⁷, la acción de tutela analizada satisface el

¹² Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

¹³ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

¹⁴ Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

¹⁵ El artículo 44 de la Constitución Política señala que “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”.

¹⁶ El artículo 86 de la Constitución Política establece que “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, [...] por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública [...]”.

¹⁷ El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 prevé que “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. / También se pueden agenciar derechos ajenos

requisito de legitimación en la causa por activa, pues la señora KIMBERLY BRIGIGH ANAYA acudió al recurso de amparo en representación de su mejor hija BRIANA ANTONELA CORREA ANAYA, cuyos derechos fundamentales podrían verse vulnerados por NUEVA EPS. Como ha señalado la jurisprudencia constitucional, los padres están legitimados para promover acciones de tutela en aras de proteger los derechos de sus hijos menores de edad, pues ostentan la representación de estos mediante la figura de la patria potestad¹⁸.

En lo que respecta a las entidades vinculadas, la Sala considera que asiste razón a la A.D.R.E.S. e I.P.S. FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA DE BOGOTÁ en lo relacionado con su falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto la presunta vulneración de derechos deriva de las funciones encomendadas por el ordenamiento jurídico a las EPS, responsable de autorizar los servicios de salud ordenados por los médicos tratantes en un centro médico ubicado en un municipio distinto al lugar de residencia de los usuarios, entidad que presuntamente omite cubrir el transporte y estadía para acudir a dichos procedimientos.

Principio de 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.”*¹⁹. Así, se cumple al existir un plazo razonable entre la expedición de la prescripción médica que ordenó a la agenciada remisión ambulatoria a III nivel de ortopedia pediátrica y la formulación de la acción de tutela el 9 de octubre de 2023.

Subsidiariedad Conforme a la jurisprudencia constitucional²⁰, 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.”*²¹

cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. / También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”. Además, el artículo 49 señala que “En cada Municipio, el Personero en su calidad de Defensor en la respectiva entidad territorial podrá, por delegación expresa del Defensor del Pueblo, interponer acciones de tutela o representarlo en las que éste interponga directamente”.

¹⁸ Al respecto, ver las sentencias T-444 de 2022 y T-086 de 2020, entre otras.

¹⁹ Sentencias T-210 y T-211 de 2019 Corte Constitucional de Colombia

²⁰ Sentencia T-122 de 2021.

²¹ Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

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.”⁷

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.²² De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,¹⁹ la Corte estableció, con base en la jurisprudencia sobre la materia, una serie de parámetros que el mecanismo 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 Salud²³.

3.2. Problema Jurídico. Establecer si NUEVA EPS vulneró los derechos fundamentales a la menor BRIANNA ANTONELLA CORREA ANAYA, en caso afirmativo, si procede el amparo en los términos decididos por el Juez de primera instancia

3.1. Supuestos jurídicos

3.3.1. 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.

²² 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.

²³ 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.

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 constitucional²⁴, 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 2016²⁵:

“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.Examen del caso. En el caso de marras, el fallador de primera instancia concedió el amparo integral en salud a la menor BRIANNA ANTONELA CORREA ANAYA, menor de 1 año de edad diagnosticada con *Q658 Otras deformidades congénitas de la cadera - displasia de cadera bilateral con predominio izquierdo*, a quien la NUEVA E.P.S. (i) negó autorizar la tecnología en salud *férura de milgran 90° grados de reflexión 45° grados abducción* por *“falta de cobertura P.B.S.”* (ii) direccionó *control de seguimiento por ortopedia pediátrica* hacia el HOSPITAL LA MISERICORDIA en la ciudad de Bogotá, y suministró de manera tardía e incompleta los servicios complementarios para la menor y un acompañante, pese a residir la afiliada en el municipio de Saravena y estar asignada al HOSPITAL DEL SARARE E.S.E., como I.P..S primera encargada de su atención; contexto ante el cual, el *a quo* ordenó a la empresa promotora responder por la atención integral en salud de la

²⁴ Ver Sentencia T-332 de 2012.

²⁵ Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Barteló

condición ortopédica que originó el trámite tutelar, comprendida dentro de ésta el suministro de servicios complementarios, indispensables para garantizar su asistencia a los controles posoperatorios que no se encuentran disponibles en su lugar de domicilio.

Ante este panorama, la Sala anuncia desde ya que confirmará la decisión impugnada, pues sabido es que el cumplimiento del amparo integral en salud supone una atención *“ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad del usuario”*²⁶; y que ésta puede ser proferida por el juez constitucional y su cumplimiento cuando *(i) La EPS fue negligente en el cumplimiento de sus deberes*²⁷ *(ii) Existen prescripciones médicas que especifiquen tanto el diagnóstico del paciente, como los servicios o tecnologías en salud que requiere, pues el tratamiento del paciente debe estar claro*²⁸. *(iii) El demandante es sujeto de especial protección constitucional o está en condiciones extremadamente precarias de salud*; requisitos que justamente encontró acreditados el fallador de primera instancia, quien acertó al advertir la importancia de garantizar la prestación del servicio bajo tales condiciones y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante. Además, porque el juez constitucional debe desplegar sus facultades para garantizar la materialización del derecho irrestricto fundamental a la salud a través de la tutela, máxime, al tratarse de sujetos de especial protección constitucional.

En efecto, **(i)** la E.P.S. fue negligente en el cumplimiento de sus deberes, pues, **(a)** no cabe duda que *‘la opinión del médico tratante adscrito a la EPS constituye el principal criterio para determinar los insumos y servicios que requiere un individuo [ya que] es quien cuenta con la formación académica necesaria para evaluar la procedencia científica de un tratamiento, a la luz de las condiciones particulares de cada paciente y el único capaz de determinar la idoneidad de un método médico; concepto que desconoció a sabiendas de la urgencia del tratamiento prescrito desde el 26 de julio de 2023 para corregir la displasia de cadera congénita sufrida por su afiliada y así entorpeció la razón de ser del control o de seguimiento por especialista en ortopedia y traumatología pediátrica, programado dentro de los 4 meses siguientes, ya que el objeto de aquel radicaba precisamente en valorar los avances logrados por el uso de la tecnología ortopédica; (b)* igualmente, interpuso barreras de índole administrativa al suministrar tardíamente los servicios complementarios que requería la parte demandante para asistir a la ciudad de Bogotá, pese a residir en

²⁶Sentencias T-513 de 2020, T-275 de 2020 y T-259 de 2019.

²⁷Sobre la negligencia de la EPS en la prestación del servicio, la Corte indicó que ésta ocurre *“por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte”* (Sentencias T-030 de 1994, T-059 de 1997, T-088 de 1998, T-428 de 1998, T-057 de 2013, T-121 de 2015, T-673 de 2017)

²⁸ Sentencias T-005- de 2023 T-081 de 2019.

Saravena-Arauca, municipio dotado con Unidad de Pago por Capitación por Zona Especial de Dispersión Geográfica y estar probada la falta de capacidad económica de la accionante y su núcleo familiar, afiliados al régimen subsidiado del SGSSS, quien es menor de edad <<17 años>>, madre soltera, no cuenta con un ingreso fijo pues adelanta sus estudios de bachillerato bajo la modalidad de validación y convive en la residencia de su abuela, persona de la tercera edad; pese a ella la obligó por cuenta propia a asumirlos.

Al respecto, en tratándose de servicios complementarios, la reiterada jurisprudencia de esta Corte²⁹ indica que, *una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona afiliada a ella cuando se abstiene de pagar los gastos de transporte intermunicipal y de estadía (incluidos su alojamiento y alimentación) –estos últimos si la persona debe permanecer más de un día en el lugar donde recibirá la atención que necesita–* que el usuario debe cubrir para acceder a un servicio o tecnología en salud ambulatorio (incluido en el plan de beneficios vigente) que requiere y que es prestado por fuera del municipio o ciudad donde está domiciliado.

Expuesto lo anterior, cabe añadir, que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el alcance y contenido del derecho a la *rehabilitación integral en salud*, comprendida como el “*proceso de acciones médicas y terapéuticas, encaminadas a lograr que las personas con discapacidad³⁰ estén en condiciones de alcanzar y mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista físico, sensorial, intelectual, psíquico o social, de manera que les posibilite modificar su propia vida y ser más independientes*” y que para el caso de la menor B.A.C.A. **(ii)** existen prescripciones médicas que especifiquen tanto el diagnóstico del paciente, como los servicios o tecnologías en salud que requiere, frente a las cuales es menester evitar que nuevamente la E.P.S. supedite el reconocimiento de las necesidades médicas a la existencia de un mandato judicial o lo retrase al exigir el cumplimiento de rituales administrativos, pues de acuerdo con la literatura médica “*la displasia de cadera es una de las causas más importantes y prevenibles de discapacidad durante la primera infancia; [que si no es tratada oportunamente] ... puede tener consecuencias importantes en la edad adulta, incluso, desencadenar osteoartrosis de casera y/o invalidez en adultos jóvenes*”³¹; en tanto no debe sufrir interrupciones y ser tratado tan pronto como posible, y precisamente, el tratamiento integral en salud concedido a **(iii)** sujetos de especial protección constitucional, tiene como propósito garantizar la

²⁹ Citado en Sentencia T-122 de 2021.

³⁰ De acuerdo con la literatura médica: “*la displasia de cadera es una de las causas más importantes y prevenibles de discapacidad durante la primera infancia; [que si no es tratada oportunamente] ... puede tener consecuencias importantes en la edad adulta, incluso, desencadenar osteoartrosis de casera y/o invalidez en adultos jóvenes*”

³¹ **DURAN-CALLE, Juan J.; CRISPIN-NINA, Deussi y GUIZADA-MONTANO, José N. Correlación de displasia de cadera con factores de riesgo - hospital municipal Achacachi. Cuad. - Hosp. Clín. [online]. 2021, vol.62, n.2, pp.26-34. ISSN 1562-6776.**

continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante.

Ante tal contexto, no debe olvidar la E.P.S. el sentido y alcance que El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 14³², fijó frente a los derechos y obligaciones en materia de salud que se derivan del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales³³:

“El concepto del ‘más alto nivel posible de salud’, a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado (...)

Además, el apartado b) del párrafo 2 del artículo 12³⁴ (...) disuade el uso indebido de alcohol y tabaco y el consumo de estupefacientes y otras sustancias nocivas.

*La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (apartado d del párrafo 2 del artículo 12), tanto física como mental, incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, y **el tratamiento y atención apropiados a las necesidades específicas del paciente**” (énfasis añadidos).*

De suerte que, a la luz del marco jurídico establecido por la Corte Constitucional y las circunstancias específicas de este caso, procede una orden de tratamiento integral, pues ante el probado actuar negligente de la entidad encargada de la prestación, deben removerse todos los obstáculos y evitar que nuevamente se pongan en riesgo los derechos fundamentales del afiliado, quien aún debe acceder a un tratamiento no disponible en su lugar de residencia, quien es además un niño sobre él recae el manto de protección estatal reforzada.

Finalmente, en pronunciamiento del 18 de julio de 2023, la Corte Constitucional³⁵ 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

³² Las observaciones generales de los Comités de Naciones Unidas encargados de la interpretación y vigilancia de los tratados internacionales ratificados por Colombia constituyen una herramienta útil para determinar el alcance de los derechos consagrados en estos instrumentos y en la Constitución. Sentencia T-477 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa.

³³ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968 y entró en vigor el 3 de enero de 1976.

³⁴ Artículo 12 numeral 2. “b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente”

³⁵ Sentencia 264 de 2023, Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger

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 salud³⁶, se estableció, en reemplazo de los recobros³⁷, 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 síntesis, se confirma la sentencia impugnada, se niega la solicitud de recobro elevada por la E.P.S. y se desvincula del trámite la A.D.RE.S. y la I.P.S. FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA DE BOGOTÁ

4. DECISIÓN

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 el fallo de tutela proferido el 24 de octubre de 2023 por el Juzgado 001 Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Saravena (A)

SEGUNDO: NEGAR la solicitud de recobro elevada por NUEVA E.P.S.

TERCERO: DESVINCULAR del presente trámite a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE

³⁶ 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.

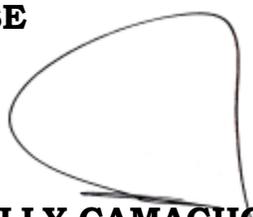
³⁷ El mecanismo de recobros sigue usándose en casos muy excepcionalísimos, como es el caso de: i) nuevos medicamentos clasificados por el INVIMA como vitales no disponibles y sin valor definido de referencia, ii) nuevas entidades químicas que no tengan homólogo terapéutico en el país, iii) medicamentos 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.

SEGURIDAD SOCIAL en SALUD e I.P.S. FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA DE BOGOTÁ

CUARTO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión y de ser excluida, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada