

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS
FLORENCIA - CAQUETÁ

Proceso : Acción de tutela
Radicación : 18-001-40-04-003-2022-00156-00
Accionante : **KEIDY MIRLEY CASANOVA ORTEGON en representación del menor JUAN PABLO FABBRO CASANOVA**
Accionado : **SANITAS EPS y HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARÍA INMACULADA**
Sentencia : **147**

Florencia, Caquetá, Dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

1.- ASUNTO

Resolver la acción de tutela interpuesta por la señora **KEIDY MIRLEY CASANOVA ORTEGON en representación del menor JUAN PABLO FABBRO CASANOVA** en contra de **SANITAS EPS y HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARÍA INMACULADA**, por la presunta vulneración del derecho fundamental a la salud y vida del menor.

2.- ANTECEDENTES

Funda la señora **KEIDY MIRLEY CASANOVA ORTEGON**, su solicitud de amparo en favor del menor **JUAN PABLO FABBRO CASANOVA**, bajo los siguientes hechos:

Indica que, su hijo ingresó el día 21 de agosto de 2022 a la Clínica Medilaser, debido a una infección viral; que, estando hospitalizado fue diagnosticado con “OTITIS MEDIA SUPURATIVA AGUDA”, por lo que se le remitió a valoración por la especialidad de otorrinolaringología.

Aduce que, debido a que el menor siguió presentando episodios de supuración en el oído derecho, el día 9 de octubre siguiente, fue ingresado por el área de urgencias a la Clínica Medilaser, diagnosticándosele “OTITIS MEDIA AGUDA SEROSA”, prescribiéndosele Amoxicilina.

Refiere que, posteriormente, el 23 de octubre, ingresó nuevamente con el menor por el área de urgencias de la Medilaser, debido a que, además de la supuración, presentaba pérdida de la audición, razón por la que, el 25 de octubre siguiente, fue remitido al Hospital María Inmaculada, E.S.E. en la que fue valorado por la especialidad de otorrinolaringología, siendo tratado con el medicamento CEFTRIAXONA.

Manifiesta que, el 27 de octubre se ordenó la remisión del menor a la especialidad de OTORRINOLARINGOLOGÍA PEDIÁTRICA, siendo aceptado en la Clínica Uros de Neiva, sin embargo, debió ser cancelada, ya que la misma no era pediátrica, razón por la que, el 31 de octubre, a través de la Procuraduría, se solicitó la remisión del menor, debido a la necesidad de que se le emitiera el diagnóstico correspondiente.

2.1. MEDIDA PROVISIONAL

Solicitó la señora **KEYDY MIRLEY CASANOVA ORTEGON**, la siguiente medida provisional en favor del menor **JUAN PABLO FABBRO CASANOVA**:

Por tal motivo, solicito respetuosamente, EPS SANITAS y HOSPITAL MARIA INMACULADA, mi hijo JUAN PABLO FABBRO CASANOVA sea remitido en el término de la distancia a valoración por **“OTORRINOLARINGOLOGIA PEDIATRICA”** en aras de evitar un mal mayor para su salud, debido a una **complicación médica superior a los 30 días, pérdida continua de su audición y sin el tratamiento adecuado.**

La anterior solicitud, se resolvió en el auto admisorio de la acción, en el que se ordenó:

“TERCERO: CONCEDER la Medida Provisional solicitada por la señora KEYDY MIRLEY CASANOVA ORTEGON en favor del menor JUAN PABLO FABBRO CASANOVA.

CUARTO: EN CONSECUENCIA, ORDENAR a la EPS SANITAS y al HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARÍA INMACULADA, que, de manera inmediata al conocimiento de esta decisión, procedan a realizar los trámites administrativos necesarios, en aras de que, se ubique entidad de salud que cuente con la ESPECIALIDAD DE OTORRINOLARINGOLOGÍA PEDIÁTRICA que acepte la remisión del menor JUAN PABLO FABBRO CASANOVA, y procedan a materializar el traslado del paciente, conforme a las prescripciones emitidas por su médico tratante.”

3. - ACTUACIÓN PROCESAL

El 1º de noviembre de 2022, correspondió por reparto a este despacho, la acción de tutela de la referencia¹, la cual se admitió mediante auto de la misma fecha², a través del cual se dispuso oficiar a las accionadas, para que, en el término legal de un día se pronunciaran sobre los hechos planteados en el escrito de tutela, al tiempo que, se decretó la medida provisional solicitada y se ordenó la vinculación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-.

¹ Ver archivo “02ActaReparto” del expediente digital.

² Ver archivo “04AutoAdmiteTutela” del expediente digital.

4.- RESPUESTA DE LAS PARTES ACCIONADAS

4.1. La EPS SANITAS, mediante escrito³ allegado el 2 de noviembre de 2022⁴, suscrita por AMIRA BONILLA, en calidad de Directora de la Oficina de Florencia, manifestó que, en cumplimiento a la medida provisional, se verificó que el usuario ha recibido las atenciones que ha requerido en la ESE Hospital María Inmaculada.

Adujo que, el menor JUAN PABLO FABBRO CASANOVA se encuentra afiliado al Sistema de Salud a través de la EPS Sanitas S.A.S. en el Régimen Contributivo, en calidad de beneficiario amparado.

Manifiesta que, conforme a lo informado por el área de servicios médicos, según la historia clínica, el menor fue remitido a la especialidad de otorrinolaringología pediátrica por solicitud y presión de la madre, teniendo en cuenta que, el paciente fue valorado el 25 de octubre, por el Otorrinolaringólogo en el Hospital María inmaculada, quien le ordenó manejo oral que no pudo conseguir la madre del menor pero que tampoco solicitó o tramitó ante la EPS; que, ante esa situación, el pediatra decide hacer manejo intrahospitalario con medicación IV.

Refiere que, la remisión a la especialidad de otorrinolaringología pediátrica es a solicitud de la madre del menor, que disiente de la opinión del especialista en otorrinolaringología que describe una otitis media crónica, con membrana timpánica íntegra, por lo que se encontraba realizando trámites ante diferentes IPS de la red, con el fin de que acepten la remisión del usuario, resaltando que, los traslados por remisión a otra IPS no dependen de una autorización por parte de la EPS, sino que dependen de la aceptación tanto médica, como administrativa, por parte de las IPS a las que se les eleva la solicitud de remisión, ya que son estas las encargadas de determinar si cuentan con la especialidad y camas disponibles para atender al afiliado.

Indicó que, el proceso de remisión lo realiza área de Referencia y Contrarreferencia de la EPS, enviando el caso a los hospitales, clínicas o instituciones del municipio para que acepten a la paciente y si no se encuentra respuesta positiva o aceptación a la solicitud, se comenta la situación de la paciente a las instituciones u otras entidades en el departamento; sin embargo, si los prestadores del departamento tampoco aceptan la solicitud, se continúa comentando el caso con las entidades de la red de prestadores en los departamentos cercanos, hasta lograr la ubicación del paciente o la solución a su condición.

Señala que, esa EPS ha autorizado todos los servicios que ha requerido el menor quien ha recibido todo el tratamiento que han ordenado los médicos tratantes, sin embargo, es la madre del menor quien exige y quiere imponer a los profesionales de la salud que ordenen la remisión del usuario

³ Ver archivos “07RespuestaSanitas” del expediente digital.

⁴ Ver archivos “06CorreoRespuestaSanitas” del expediente digital.

al especialista de otorrinolaringología pediátrica, sin tener en cuenta que, toda autorización médica está supeditada al estado actual del paciente y su condición clínica vigente, sumado al hecho de que, los profesionales de la salud cuentan con autonomía médica para emitir su opinión y tomar las decisiones que consideren más adecuadas dentro del marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica, para determinar lo que bien considere sobre el diagnóstico y tratamiento del paciente, por tanto, no puede pretender la accionante que se preste un servicio que el médico tratante no ha ordenado.

En cuanto al servicio de transporte, señaló que, el usuario no aporta orden médica que indique que requiere del mismo, razón por la que, no se puede pretender que, esa EPS dé cobertura a todos los traslados, ya que la misma se basa en la habilitación de los servicios que no se encuentren contratados por la EPS SANITAS y se deba garantizar la prestación de servicios al paciente como lo establece la Resolución 2292 de 2021 Art 107 y 108, manifestando que, el municipio de Florencia no pertenece a los municipio con UPC ADICIONAL por dispersión geográfica, según la Resolución 2381 de 2021.

Respecto a la solicitud de suministrar alojamiento y alimentación para el afiliado y un acompañante, adujo que lo mismo no es considerado un servicio de salud y por tanto no se predica a cargo de la EPS, ya que hace parte de los servicios comprendidos dentro del marco de la asistencia social, que le corresponde en primer lugar a la Familia y en segundo lugar al Estado a través de los entes territoriales competentes.

En vista de lo anterior, solicitó se nieguen las pretensiones de la acción y que, en caso de concederse el amparo tutelar, se ordene lo siguiente: **(i)** se indiquen de manera detallada los servicios que deberán ser prestados al menor, **(ii)** se delimite la patología de amparo, **(iii)** se ordene a la ADRES, el reintegro del 100% de los costos de los servicios y tecnologías en Salud NO POS, **(iv)** que se condicione el suministro de los viáticos al cambio de la situación económica de su familia o a la dependencia para desplazarse por sí solo.

Posteriormente, mediante escrito⁵ allegado al correo electrónico⁶ el día 8 de noviembre de 2022, informó que, en cumplimiento de la medida provisional, esa entidad, el 04 de noviembre de 2022, estableció comunicación telefónica con la señora Keidy Mirley Casanova, al número celular 314299988, quien informó que, al menor Juan Fabbro, ese día había egresado del Hospital Departamental María Inmaculada, pero requería consulta por OTORRINOLARINGOLOGÍA PEDIÁTRICA, por lo que, le informó que se le agendó la consulta para el día 9 de noviembre de 2022, en la IPS CLINICA INFANTIL SANTA MARIA DEL LAGO, de la ciudad de Bogotá, a las 12:45 pm, además le puso de presente que le garantizaría el transporte

⁵ Ver archivo “18InformacionSanitas” del expediente digital.

⁶ Ver archivo “17CorreoInformacionSanitas” del expediente digital.

intermunicipal del usuario y su acompañante para asistir a la consulta; adicionalmente señaló que, la madre no aceptó el transporte terrestre.

4.2. HOSPITAL MARÍA INMACULADA, mediante comunicación⁷, allegada al correo electrónico el 2 de noviembre de 2022⁸, suscrito por LINA MARCELA GIRALDO RINCÓN, en calidad de Gerente, indicó que, el paciente Juan Pablo Fabbro Casanova, ingresó a esa E.S.E. por el servicio de urgencia con ocasión al diagnóstico “OTITIS MEDIA SUPURATIVA AGUDA”, razón por la que, se ordenó su remisión por la especialidad de Otorrinolaringología pediátrica, orden frente a la cual ha adelantado todos los trámites correspondientes de referencia y contrarreferencia en aras de hacer efectiva la orden de traslado del paciente, razón por la que no ha vulnerado los derechos fundamentales del menor.

4.3. La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, mediante escrito⁹ allegado el 3 de noviembre de 2022¹⁰, suscrito por el Abogado de la Oficina Jurídica, señaló que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 y atendiendo lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 546 de 2017, del primero (01) de agosto del año 2017, entró en operación esa Administradora, como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud - FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

Manifestó que, es función de la EPS, y no de esa Administradora, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva; adujo que, las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

⁷ Ver archivos “10RespuestaHospitalMariaInmaculada” del expediente digital.

⁸ Ver archivos “09CorreoRespuestaHospitalMariaInmaculada” del expediente digital.

⁹ Ver archivos “15RespuestaADRES” del expediente digital.

¹⁰ Ver archivos “14CorreoRespuestaADRES” del expediente digital.

Afirmó que, respecto de la pretensión relacionada con el “reembolso” del valor de los gastos que realice la EPS, lo mismo no es procedente, toda vez que, si bien la ADRES es la encargada de garantizar el adecuado flujo de los recursos de salud, específicamente de la financiación de los servicios no financiados por la UPC, el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019, se debe interpretar con el artículo 240 de la misma ley, el cual estableció el mecanismo de financiación denominado “PRESUPUESTO MÁXIMO”, cuya finalidad es que los recursos de salud se giren ex ante a la prestación de los servicios, para que las EPS presten los servicios de salud de manera integral.

Que, a partir de la promulgación del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, reglamentado a través de la Resolución 205 de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos; que, conforme a lo anterior, esa entidad ya giró a las EPS, incluida la accionada, un presupuesto máximo con la finalidad de que la EPS suministre los servicios “no incluidos” en los recursos de la UPC y así, suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos para asegurar la disponibilidad de éstos cuyo propósito es garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

Conforme a lo anterior, solicitó ser desvinculado del trámite de la acción y que se niegue el recobro a favor de la EPS.

5.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Corresponde a este Despacho analizar y conocer de la acción de tutela de la referencia, en razón a la entidad accionada –SANITAS EPS y HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARÍA INMACULADA –, lo anterior con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y, el artículo 1º, numeral 1 del Decreto 333 del seis (6) de abril de 2021, por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.

5.2 De la acción de tutela

Sea lo primero señalar que la acción de tutela es un mecanismo cuya finalidad consiste en garantizar el disfrute de los derechos fundamentales en el evento en que estos hayan sido violados o amenacen ser violados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por los particulares. Además,

la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario al que se acude, en últimas, para remediar o evitar un perjuicio, no así una instancia respecto de los derechos reclamados.

Por otra parte, se debe manifestar que esta acción fue establecida para salvaguardar derechos de carácter fundamental correspondiéndole al Juez de tutela velar por la protección inmediata y eficaz de los derechos respectivos que puedan resultar vulnerados o amenazados en determinado momento, siendo conveniente recordar que proteger una situación mediante la acción de tutela genera, para el fallador, la responsabilidad de tener absolutamente claro que de por medio hay una violación lo suficientemente grave como para que se afecte el concepto de persona como entidad moral y de respeto, cuando advierte violación, quebrantamiento o amenaza a los derechos fundamentales del accionante.

5.3. **Legitimación.**

Así mismo, se observa que la acción de tutela es interpuesta por la señora KEIDY MIRLEY CASANOVA ORTEGON en representación del menor JUAN PABLO FABBRO CASANOVA, que es la persona directamente afectada, por lo cual no existe ninguna duda frente a la *legitimación por activa*, pues se encuentra satisfecho el principio básico de autonomía que rige su interposición.

Frente a la *legitimación por pasiva*, se encuentra que la acción se interpone en contra de SANITAS EPS y HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARÍA INMACULADA, quienes presuntamente están desconociendo los derechos del menor aquí representado; por lo cual existe legitimación en la causa por pasiva, en los términos de los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

5.4 **Problema Jurídico.**

Así las cosas, corresponde a este Despacho determinar si en el caso planteado por la accionante, se configura una violación al derecho fundamental a la salud y la vida del menor JUAN PABLO FABBRO CASANOVA, ante la presunta omisión de la EPS SANITAS y el HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARÍA INMACULADA de materializar la remisión del niño a una institución en la que pueda ser atendido por la especialidad de Otorrinolaringología pediátrica.

5.5 **Solución al Problema Jurídico.**

5.5.1 **Requisitos de Procedibilidad de la Acción de Tutela. Subsidiaridad e Inmediatez.**

Frente al cumplimiento del requisito de *inmediatez*, cabe señalar que, una vez verificados los hechos narrados por la accionante, se encontró que

mediante “FORMATO ESTANDARIZADO DE REFERENCIA DE PACIENTE”, fechado al 27 de octubre de 2022, suscrito por la Médico CAMILA ENCINALES ARDILA, se requirió la remisión del menor JUAN PABLO FABBRO CASANOVA, a la especialidad de OTORRINILARINGOLOGÍA PEDIÁTRICA, la cual, presuntamente, no había sido tramitada por las accionadas, razón por la que se acudió al trámite Constitucional el día 1° de noviembre siguiente, por lo que se encuentra cumplido el mencionado requisito.

En relación con el requisito de *subsidiariedad*, debe indicarse que, por su carácter residual o complementario, la acción de tutela únicamente procede en aquellos eventos en los cuales no existe otro mecanismo judicial de defensa o cuando, de existir, el medio alternativo es claramente insuficiente o ineficaz para brindar garantía a los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, o, igualmente, que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; en consecuencia, se encuentra acreditado el requisito de *subsidiariedad*, habida cuenta que, al considerar la señora KEIDY MIRLEY CASANOVA ORTEGON, que se vulneran los derechos fundamentales de su hijo, el menor JUAN PABLO FABBRO CASANOVA, por parte de los accionados, acude a la acción constitucional.

5.5.2. El Derecho a la Salud

En relación con el Derecho a la salud, ha acotado la Corte Constitucional:

“4.4. Derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia

4.4.1. El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social y la define en los siguientes términos: “es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley”, al tiempo que, el artículo 49, respecto del derecho a la salud, señala que: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. // Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)”.

Al estudiar los complejos problemas que plantean los requerimientos de atención en salud, esta Corporación se ha referido a sus facetas, una como derecho y otra como servicio público a cargo del Estado. Cada una de estas expresiones implica un ejercicio de valoración particular, en el que se debe tener en cuenta el conjunto de principios que les son aplicables. Así, en cuanto a la salud como derecho, se ha dicho que la misma se relaciona con los mandatos de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, respecto a la salud como servicio, se ha advertido que su prestación debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.”

5.5.3 El derecho fundamental a la salud y su connotación en los niños¹¹

8. Conforme al artículo 48 constitucional, la salud es un servicio público, que puede ser prestado por entidades públicas o privadas. Empero, también es considerado un derecho que, no obstante acusar un carácter prestacional, se estima fundamental en sí mismo y exigible en algunos casos mediante la acción de tutela.

Bajo esta línea, la Corte Constitucional ha protegido el derecho a la salud por tres vías, "(i) estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; (ii) reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; (iii) afirmando, en general, la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna".

La protección del derecho a la salud a través de la tutela se torna procedente cuando su falta de reconocimiento significa "(i) lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) afectar a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho".

9. Tratándose de los niños, la salud y la seguridad social son definidas por el artículo 44 de la Constitución de 1991 como derechos fundamentales, de especial e inmediata protección.

La Corte Constitucional en numerosas oportunidades ha protegido tales derechos a través de la acción de tutela. Esta resulta procedente cuando el titular sea una de las personas que conforme al artículo 13 de la Constitución, "por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta".

Acerca del tema, ha indicado la importancia que reviste la prestación y preservación de la salud en los niños, las mujeres cabeza de familia y las personas de la tercera edad, por virtud de la especial protección contenida y garantizada en los artículos 44 y 46 de la Constitución, lo cual, vinculado estrechamente al riesgo contra la vida y la supervivencia del ser humano, impone la aplicación del amparo dispuesto en el artículo 86, ibídem.

Concretamente, ha destacado el compromiso que la Carta Política asigna a la familia, la sociedad y el Estado, encaminado a la promoción de acciones efectivas "para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos", y dentro de este contexto, la importancia de ser amados, cuidados y celosamente protegidos por la prevalencia de sus derechos sobre las demás personas.

¹¹ Ver sentencia T 541 A- 2014. M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

De esta manera, los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños, catalogados como fundamentales y prevalentes, no requieren de conexidad con otros derechos para su reconocimiento. La tutela, por esa condición especial, resulta procedente e idónea si llegaren a ser amenazados o vulnerados.

5.5.4. El Derecho a la Seguridad Social

Por su parte, el derecho a la Seguridad Social ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho Constitucional fundamental.

De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social, por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución.

En ese sentido la Corte Constitucional en Sentencia T-164 del 2013, indicó:

“Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe discurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social. En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional –incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional –, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente. Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad”. Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos –políticos, civiles, sociales, económicos y culturales –es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).”

5.6. CASO CONCRETO

Corresponde al Despacho determinar si, la EPS SANITAS y el HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARÍA INMACULADA, han vulnerado los derechos fundamentales del menor JUAN PABLO FABBRO CASANOVA, ante la presunta omisión de materializar la remisión del niño a una institución en la que pueda ser atendido por la especialidad de Otorrinolaringología pediátrica.

De los documentos allegados al plenario, se avizó lo siguiente:

- Conforme a la información reportada en la página web de la ADRES¹², se avizó que el menor JUAN PABLO FABBRO CASANOVA se encuentra afiliado a la EPS SANITAS, en el régimen contributivo en calidad de beneficiario.
- El menor JUAN PABLO FABBRO CASANOVA, ingresó el día 21 de agosto de 2022¹³, a la CLÍNICA MEDILASER FLORENCIA, siendo atendido por la especialidad de Pediatría, por los diagnósticos "H660 OTITIS MEDIA SUPURATIVA AGUDA" y "B349 INFECCIÓN VIRAL, NO ESPECIFICADA".
- Posteriormente, el 9 de octubre de 2022, el menor Fabbro Casanova ingresó nuevamente por el área de urgencias de la Clínica Medilaser, siendo atendido por el diagnóstico "H650 OTITIS MEDIA AGUDA SEROSA" ¹⁴.
- El día 25 de octubre de 2022¹⁵, el menor JUAN PABLO ingresó al Hospital María Inmaculada, con ocasión al diagnóstico "H660 OTITIS MEDIA SUPURATIVA AGUDA", procediéndose mediante "FORMATO ESTANDARIZADO DE REFERENCIA DE PACIENTE" ¹⁶, fechado al 27 de octubre de 2022, suscrito por la Médico CAMILA ENCINALES ARDILA, a solicitar la remisión del menor a la especialidad de OTORRINOLARINGOLOGÍA PEDIÁTRICA.
- Al descorrer el traslado, el Hospital María Inmaculada, informó que, desde que se ordenó la remisión del menor, se encontraba adelantando los trámites correspondientes de referencia y contrarreferencia en aras de encontrar una entidad que contara con la especialidad requerida por el menor; para probar su dicho, allegó matriz correspondiente a "TRAMITE REFERENCIA"¹⁷, en la que se avizaron las diferentes gestiones realizadas desde el día 27 de octubre hasta el 2 de noviembre hogaño, por parte del Hospital Departamental, tendiente a conseguir IPS a la que se pudiera remitir al menor FABBRO CASANOVA.
- La EPS SANITAS, informó que, al menor JUAN PABLO FABBRO CASANOVA se le agendó consulta por la especialidad de OTORRINOLARINGOLOGÍA PEDIÁTRICA, para el día 9 de noviembre de 2022, en la IPS CLINICA INFANTIL SANTA MARIA DEL LAGO, ubicada en

¹² Ver archivo "03EscritoTutela", páginas 12 del expediente digital.

¹³ Ver archivo "03EscritoTutela", páginas 13-21 del expediente digital.

¹⁴ Ver archivo "03EscritoTutela", página 22 del expediente digital.

¹⁵ Ver archivo "03EscritoTutela", páginas 25 y 26 del expediente digital.

¹⁶ Ver archivo "03EscritoTutela", páginas 23 y 24 del expediente digital.

¹⁷ Ver archivo "11Anexo01", del expediente digital.

la ciudad de Bogotá y que la madre del menor, señora KEIDY MIRLEY CASANOVA, no aceptó el suministro de transporte terrestre.

- La señora KEIDY MIRLEY CASANOVA, a través de correo electrónico remitido el día 11 de noviembre de 2022¹⁸, informó que, su hijo asistió a consulta por la especialidad de Otorrinolaringología Pediátrica el día 9 de noviembre anterior, por lo que se emitió orden de procedimientos y cita de control, una vez tenga los resultados. Asimismo, indicó que, la EPS SANITAS no le suministró el transporte, razón por la que debió cubrir los mismos, por lo que solicitó se le ordenara a la EPS la devolución de dichos gastos y el suministro de los transportes para la próxima cita.

Inicialmente, ha de señalarse que, el presente trámite Constitucional se originó ante la presunta omisión de la EPS SANITAS y el HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARÍA INMACULADA de materializar la remisión del menor JUAN PABLO FABBRO CASANOVA, a una institución en la que pueda ser atendido por la especialidad de Otorrinolaringología pediátrica; frente a tal hecho, ha de indicarse que, como se señaló en líneas anteriores, durante el trámite de la acción, el menor aquí representado, asistió a consulta el pasado 9 de noviembre, siendo atendido por el diagnóstico "H650 OTITIS MEDIA AGUDA SEROSA" y ordenándosele **(i)** FLUTICASONA PROPIONATO 50mcg/ dosis spray nasal, **(ii)** INMITANCIA ACUSTICA (IMPEDANCIOMETRÍA), **(iii)** RADIOGRAFIA DE CAVUM FARINGEO y **(iv)** INTERCONSULTA POR OTORRINOLARINGOLOGÍA PEDIÁTRICA; en vista de lo anterior, es plausible afirmar que, respecto de la mencionada pretensión se presenta una carencia actual de objeto por hecho superado.

Ahora, en relación a la pretensión de la actora, consistente en que se ordene a la EPS SANITAS, la devolución de los gastos en que incurrió para acudir a la consulta que se le realizó al menor en la ciudad de Bogotá, ha de señalarse que, la Acción de tutela no fue instituida para ser utilizado como un trámite ejecutivo a través del cual se puede realizar el cobro de dineros, si bien es cierto, dentro de la medida provisional decretada se ordenó a la EPS el suministro del transporte, pese al incumplimiento, la solicitud elevada por la señora KEIDY MIRLEY se torna improcedente, toda vez que, desnaturaliza el objeto para el cual se instituyó el trámite Constitucional.

En lo que respecta al suministro del transporte para las consultas a las que llegará a necesitar asistir el menor, una vez verificada la historia clínica aportada, fue posible establecer que, al menor JUAN PABLO FABBRO CASANOVA, se le ordenó cita de control por la especialidad de OTORRINOLARINGOLOGÍA PEDIÁTRICA, motivo por el que, deberá desplazarse nuevamente a la ciudad de Bogotá para recibir la mencionada atención, ya que, en su lugar de residencia no se presta el servicio por la mencionada especialidad, situación que abre paso a que se conceda la mencionada pretensión, teniendo en cuenta que, la atención en salud que

¹⁸ Ver archivo "19CorreoAccionante", del expediente digital.

requiere el menor no se puede ver entorpecida por trámites administrativos, máxime si se tiene en cuenta que, pese a que, el menor FABBRO CASANOVA, se encuentra afiliado al régimen contributivo, por parte de la EPS accionada no se allegó prueba siquiera sumaria a través de la cual fuera posible verificar la capacidad económica de su núcleo familiar; igualmente es de resaltar que, fue la EPS SANITAS quien expidió la autorización correspondiente al servicio para ser prestado en la ciudad de Bogotá, remitiendo al usuario a un lugar diferente al de su domicilio, razón por la que, en aras de salvaguardar su derecho fundamental a la salud, se concederá dicha pretensión.

En cuanto a la solicitud orden de pago y/o recobro ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES- de los servicios excluidos del Plan de Beneficios, elevada por la EPS SANITAS, debe traerse a colación lo señalado por la Honorable Corte Constitucional en sentencia T – 224 de 2020, en la que indicó:

“(…) Así, bajo la reglamentación actual, cuando un juez de tutela encuentra, al analizar estos cuatro criterios, que una entidad del Sistema de Salud se ha abstenido de suministrar un servicio o tecnología en salud no financiada con cargo a la UPC que un usuario requiere con necesidad, debe ordenar a la entidad su provisión. Esta regla, en cualquier caso, no desconoce la diferencia que existe entre, de una parte, quien presta el servicio o tecnología y, en este sentido, garantiza su acceso; y, de otra parte, quien asume finalmente el costo de su financiación. La normativa legal y reglamentaria se encarga de materializar estas diferencias. De acuerdo con los mecanismos de acceso resumidos arriba, en la actualidad, los servicios y tecnologías no incluidos en el PBS con cargo a la UPC se financian con recursos públicos, pero su fuente es otra. Hasta el 31 de diciembre de 2019, en el régimen contributivo su fuente es la ADRES y, en el subsidiado, las entidades territoriales. Desde el 1 de enero de 2020, bajo el Plan Nacional de Desarrollo vigente, en los dos casos los recursos provendrán de la ADRES.

Ahora, de ninguna manera, la fuente de financiación de los servicios o tecnologías puede convertirse en un obstáculo para que el usuario acceda a ellos. Las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente. Esta posibilidad opera, por tanto, en virtud de la reglamentación y está sometida a las condiciones establecidas en ella; no depende de decisiones de jueces de tutela. Al advertir esta situación, la Sala no desconoce la importancia del criterio de sostenibilidad financiera en el Sistema de Salud. Para que este funcione en condiciones óptimas, es necesario que el Estado garantice un flujo adecuado, suficiente y oportuno de los recursos a las entidades a cargo de suministrar los servicios y tecnologías que los usuarios requieren. (...)”

En virtud de lo anterior, este despacho se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno en relación a la mencionada pretensión solicitada por la EPS SANITAS, en razón a que dicho trámite no depende de decisiones de jueces de tutela.

En consecuencia, esta Judicatura procederá a tutelar el derecho fundamental a la salud del menor aquí representado, por lo que se ordenará a la EPS SANITAS, que, en adelante, le suministre el servicio de transporte al menor JUAN PABLO FABBRO CASANOVA y un acompañante, cuando deba desplazarse a un lugar diferente al de su domicilio, con ocasión al diagnóstico "H650 OTITIS MEDIA AGUDA SEROSA".

Por lo expuesto, el JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE FLORENCIA, CAQUETÁ, administrando Justicia en Nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. – TUTELAR el derecho fundamental a la salud reclamado la señora **KEIDY MIRLEY CASANOVA ORTEGON** en representación del menor **JUAN PABLO FABBRO CASANOVA**, identificado con registro civil No. 1.117.944.975, conforme a lo esbozado en la parte considerativa.

SEGUNDO. –ORDENAR a la EPS SANITAS, que, en adelante, le suministre el servicio de transporte al menor JUAN PABLO FABBRO CASANOVA y un acompañante, cuando deba desplazarse a un lugar diferente al de su domicilio, con ocasión al diagnóstico "H650 OTITIS MEDIA AGUDA SEROSA".

TERCERO. – NEGAR las demás pretensiones elevadas, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa

CUARTO. -. NOTIFÍQUESE este proveído a las partes, por el medio más eficaz y expedito, de conformidad al artículo 16º del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO. - Contra esta sentencia procede la impugnación dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

SEXTO. - De no ser impugnado el presente fallo, REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión. (Decreto 2591 de 1991, art. 31).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JUAN CARLOS CHURTA BARCO
Juez

Firmado Por:
Juan Carlos Churta Barco
Juez

Juzgado Municipal
Penal 003 Control De Garantías
Florencia - Caqueta

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **84c5c073f05e6c738dd2fa2d8b7ecd56e0b291b933fd5ea5b791528bf8a2983b**

Documento generado en 16/11/2022 07:46:14 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>