

Sentencia T-362/16

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Naturaleza y alcance

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Traslado excepcional de los afiliados de una EPS a otra porque a la primera le ha sido ordenada su liquidación

El hecho de que la entidad prestadora del servicio de salud haya sido liquidada no significa que la obligación de prestar el servicio haya cesado, pues la misma debe ser asumida por la entidad que la haya reemplazado, puesto que los usuarios son reasignados y sobre ellos no puede recaer la carga. De igual manera, la negligencia de la entidad liquidada no puede afectar su derecho a la salud, el cual debe ser prestado sin interrupciones en su tratamiento, ello en aras de proteger su derecho a la vida.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha manifestado que el derecho a la salud de los niños, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución, por tener el carácter de 'fundamental', debe ser protegido de forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea vulnerado. Este postulado responde, además, a la obligación que se impone al Estado y a la sociedad de promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva, así como a la necesidad de adoptar medidas en favor de quienes, en razón de su edad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud.

DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL, A LA DIGNIDAD HUMANA Y A LA VIDA-Vulneración por EPS al no prestar de manera efectiva y continua los servicios de salud requeridos por el accionante

Los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la vida digna y a la seguridad social del tutelante, están siendo vulnerados puesto que la liquidación de una EPS no es excusa para negar la autorización de un servicio médico prioritario, ya que en este

caso tanto la EPS emisora como la receptora tienen la obligación legal de prestar el servicio de salud de forma continua al usuario, sin colocar barreras administrativas que retarden la prestación efectiva del mismo.

DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL, A LA DIGNIDAD HUMANA Y A LA VIDA-Orden a EPS autorizar procedimiento y todos los tratamientos médicos que requiera el accionante para el manejo de su enfermedad, y que hayan sido ordenados por su médico tratante

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Vulneración por EPS al dilatar la prestación eficiente del servicio de salud requerido y ordenado por médico tratante, colocando barreras administrativas

Los derechos fundamentales a la salud, integridad personal, a la vida digna y a la seguridad social del menor, están siendo vulnerados puesto que la liquidación de una EPS no es excusa para negar la autorización de un servicio médico prioritario, ya que en este caso tanto la EPS emisora como la receptora tienen la obligación legal de prestar el servicio de salud de forma continua al usuario, sin colocar barreras administrativas que retarden la prestación efectiva del mismo.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Orden a EPS autorizar remisión de menor a especialistas y prestarle todos los servicios que requiera para el tratamiento integral y continuo de su enfermedad

Referencia: expedientes T- 5.446.976 y T-5.450.211.

Acciones de Tutela instauradas por el señor Daniel Elías Vásquez Ochoa contra la EPS Saludcoop y Corporación IPS; el Defensor del Pueblo de la Regional Guaviare el Doctor Trián Jesús Zúñiga Rueda en calidad de agente oficioso del menor de edad Dumar Alejandro Alfonso Mora contra la EPS Caprecom Territorial Guaviare, la Secretaria de Salud del Departamento del Guaviare y otros.

Tema: primero, el alcance del derecho fundamental a la salud; segundo, el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud. Traslado excepcional de los afiliados de una EPS a otra porque a la primera le ha sido ordenada su liquidación y, tercero la protección especial y el derecho a la salud de los niños y niñas.

Problema jurídico: Corresponde a la Sala analizar si las entidades que asumieron las obligaciones de las accionadas (las cuales fueron liquidadas), están vulnerando los derechos fundamentales de los tutelantes, al negarse autorizar los servicios médicos ordenados por sus médicos tratantes y requeridos con urgencia para mejorar su estado de salud.

Derechos Fundamentales invocados: Salud, vida digna, seguridad social, integridad personal y los derechos de los niños y niñas.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., siete (7) de julio de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside, Alberto Rojas Ríos y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por: (i) el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquía, que negó en única instancia la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la integridad personal, en el trámite de la acción de tutela instaurada por el señor Daniel Elías Vásquez Ochoa contra la EPS Saludcoop y Corporación IPS; (ii) el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de San José del Guaviare que negó en única instancia las pretensiones del Defensor del Pueblo de la Regional Guaviare en calidad de agente oficioso del menor de edad Dumar Alejandro Alfonso Mora contra la EPS Caprecom Territorial Guaviare, la Secretaria de Salud del Departamento del Guaviare y otros.

Los expedientes T- 5.446.976 y T- 5.450.211 fueron seleccionados y acumulados por presentar unidad de materia relacionada con el derecho a la salud, mediante auto del día catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016) proferido por la Sala de Selección número cuatro (04) de la Corte Constitucional, para ser fallados en una sola sentencia.

1. ANTECEDENTES

1.1. EXPEDIENTE T-5.446.976

1.1.1. Solicitud.

El señor Daniel Elías Vásquez Ochoa, solicita ante el juez de tutela el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la vida digna y a la seguridad social presuntamente vulnerados por la EPS Saludcoop en liquidación y la IPS Central de Especialistas de Florida Nueva, al negarse autorizar la cirugía denominada “COLECISTECTOMIA POR LAPAROSCOPIA, TIPO DE CIRUGÍA PRIORITARIA” que requiere por sus padecimientos de vesícula y que fue ordenada por su médico tratante. Dicha solicitud se fundamenta en los siguientes hechos:

1.1.2. Hechos y argumentos de derecho.

1.1.2.1. Señala el actor que está afiliado al régimen contributivo en salud desde comienzos del año 2013, en condición de cotizante, concretamente a la EPS Saludcoop.

1.1.2.2. Asegura que el veintiséis (26) de enero de dos mil quince (2015), le realizaron una ecografía abdominal total, donde le dictaminaron: “vesícula biliar parcialmente distendida, de paredes delgadas, con múltiples cálculos en su interior que oscilan entre 6 y 20 mm de diámetro, ocupan casi completamente la vesícula y generan sombra acústica posterior”.

1.1.2.3. Expresa que el seis (06) de marzo de dos mil quince (2015), el doctor Juan Fernando Gallego Patiño, expidió boleta de solicitud de sala de cirugía, procedimiento a realizar “COLECISTECTOMIA POR LAPAROSCOPIA, TIPO DE CIRUGÍA PRIORITARIA”.

1.1.2.4. Sostiene que el veintisiete (27) de marzo de dos mil quince (2015), firmó consentimiento informado de anestesia con la doctora Luz Stella Ojeda Álvarez, anesthesióloga, y a la fecha han transcurrido ocho (08) meses[1] y no le han realizado el procedimiento.

1.1.2.5. Asevera que posteriormente acudió a la Superintendencia de Salud mediante quejas con radicados número 4-2015-084724, 22-06-15 y 4-2015-062189 y no ha

recibido a la fecha respuesta de dicho ente regulador[2].

1.1.2.6. Manifiesta que su problema persiste y su calidad de vida se está viendo seriamente afectada con dicha situación. Asiste al trabajo y al permanecer todo el tiempo sentado se le aumenta el dolor en el abdomen.

1.1.2.7. Indica que la orden de exámenes emitida por el anesthesiólogo es el último documento requerido en estos tediosos trámites para que se realice la cirugía, sin embargo, aún no se le programa la misma y su salud día a día se va deteriorando, situación que lo está afectando psicológicamente, porque cada vez que ingiere alimento y permanece sentado se torna insoportable el dolor.

1.1.2.8. Por último, sostiene que su temor es que se complique con una “Pancreatitis que es la complicación más grave y se produce cuando pasa el barro o las piedras de la vesícula al conducto de la bilis y taponan el páncreas, produciendo infección”, la cual según informes médicos produce el 10% de mortalidad.

1.1.2.9. Con base en lo descrito, solicita la protección de sus derechos fundamentales y que se ordene a las entidades accionadas en el término de cuarenta y ocho (48) horas autorizar la cirugía denominada “COLECISTECTOMIA POR LAPAROSCOPIA, TIPO DE CIRUGÍA PRIORITARIA” que requiere por sus padecimientos de vesícula y que fue ordenada por su médico tratante.

1.1.2.10. Es importante precisar que Saludcoop EPS fue liquidada en noviembre del año dos mil quince (2015) y sus usuarios fueron reasignados a Cafesalud EPS. Entidad encargada desde diciembre de la misma anualidad de continuar con la prestación efectiva del servicio de salud.

1.1.3. Traslado y contestación de la demanda.

Recibida la solicitud de tutela, el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquía, mediante oficio del veinticuatro (24) de noviembre de dos mil quince (2015), resolvió admitir la acción de tutela y ordenó a las entidades accionadas que dentro del término de dos (02) días contados a partir de la notificación del auto remitieran informe detallado sobre los hechos de la demanda.

1.1.3.1. Dentro del término para dar respuesta, las entidades accionadas guardaron silencio.

1.1.4. Decisiones judiciales.

1.1.4.1. Decisión única de instancia, Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquía.

Mediante fallo del cuatro (04) de diciembre de dos mil quince (2015), el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquía resolvió negar la protección de los derechos invocados por el accionante. Lo anterior, debido a que a su juicio al encontrarse la EPS Saludcoop en toma de posesión, su obligación de prestar el servicio ha cesado, entrando a reemplazarla la EPS Cafesalud. Por tanto, la acción se torna improcedente por falta de legitimación en pasiva, ya que las autorizaciones respectivas deberán ser expedidas por la nueva entidad, a la cual fueron trasladados los afiliados a la EPS intervenida.

1.1.5. Pruebas documentales.

1.1.5.1. Copia de los resultados de la ecografía abdominal total, donde se corroboran los hallazgos manifestados en el escrito de tutela (Folio 2, cuaderno No. 2).

1.1.5.2. Copia de la boleta de solicitud de cirugía prioritaria (Folio 4, cuaderno No 2).

1.1.5.3. Copia de la autorización de servicios emitida por la EPS Saludcoop (Folios 5 y 6, cuaderno 2).

1.1.5.4. Copia del consentimiento informado de anestesia firmado por el paciente el veintisiete (27) de marzo de dos mil quince (2015) (Folios 7-9, cuaderno 2).

1.2. EXPEDIENTE T-5.450.211

1.2.1. Solicitud.

El Defensor del Pueblo de la Regional Guaviare, actuando como agente oficioso del menor de edad Dumar Alejandro Alfonso Mora, solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la integridad personal, a la seguridad social y los derechos de los niños y niñas. Lo anterior, al considerar que las entidades accionadas los han vulnerado

al negarse a: (i) prestarle el servicio de salud integral al que tiene derecho; (ii) a ordenar su remisión a un centro médico de tercer nivel de pediatría para el manejo integral de la infección en vías urinarias complicada que padece; (iii) prestarle atención por medicina especializada en neurología pediátrica, gastroenterología pediátrica, nefrología pediátrica, y por último, la práctica de una ecografía de vías urinarias. Basa su solicitud en los siguientes hechos:

1.2.2. Hechos y argumentos de derecho.

1.2.2.1. Sostiene el Defensor que la señora Laura Grisales acude a la Defensoría del Pueblo Regional Guaviare con el propósito de solicitar la protección de los derechos fundamentales de su primo, el menor Dumar Alejandro Alfonso Mora, los cuales a su juicio han sido vulnerados por las entidades accionadas, al negarse a ordenar su remisión a un centro médico de tercer nivel pese a conocer su diagnóstico clínico.

1.2.2.2. Indica el agente oficioso que el menor tiene dos (02) años de edad y el día diecinueve (19) de noviembre de dos mil quince (2015), fue hospitalizado de urgencias en el hospital Simón Bolívar de la ciudad de Bogotá, donde permaneció hasta el día tres (03) de diciembre de la misma anualidad.

1.2.2.3. Añade que estando hospitalizado el médico tratante le diagnosticó “infección urinaria crónica” por lo cual, le ordenó varios exámenes clínicos y solicitó valoración por medicina especializada en “urología pediátrica, gastroenterología pediátrica y nefrología pediátrica”. Así como la práctica de una ecografía de vías urinarias.

1.2.2.4. Con posterioridad, señala que ante la falta de autorización y realización de los exámenes y la valoración por medicina especializada ordenada por el médico tratante, la familia lo llevó a la casa pero no presenta mejoría en su salud. Por esta razón, su madre se dirigió a la EPS Caprecom Territorial Guaviare, con el propósito de que le fueran autorizadas las órdenes médicas. Sin embargo la EPS accionada se negó a la solicitud bajo el argumento de no contar con servicio de pediatría.

1.2.2.6. Sostiene que no existe justificación o razón legal para que las accionadas se nieguen a autorizar la remisión del menor, más aun si se tiene en cuenta que tiene dos (02) años de edad y cualquier complicación en su salud puede ser mortal y quien

además estuvo hospitalizado por el término de un mes, sometido a tratamientos invasivos que no mejoraron su estado de salud, por el contrario ha empeorado y en el Hospital San José del Guaviare no se le puede garantizar el tratamiento médico requerido.

1.2.2.7. Por último, indica que a la fecha de presentación de la acción de tutela, las entidades accionadas persisten en negar la remisión del menor, a sabiendas que es un sujeto de especial protección constitucional y que el concepto del médico tratante tal y como lo ha manifestado la jurisprudencia constitucional prevalece cuando se encuentra en contradicción con el de los funcionarios de la EPS.

1.2.2.8. Con base en lo anterior, solicita la protección de los derechos fundamentales del menor Dumar Alejandro Alfonso Mora y que se ordene a las entidades accionadas a: (i) prestarle el servicio de salud integral al que tiene derecho; (ii) a ordenar su remisión a un centro médico de tercer nivel de pediatría para el manejo integral de la infección en vías urinarias complicada que padece; (iii) prestarle atención por medicina especializada en neurología pediátrica, gastroenterología pediátrica, nefrología pediátrica, y por último, la práctica de una Ecografía de vías urinarias.

1.2.2.9. Por último, es importante precisar que Caprecom EPS fue liquidada en diciembre del año dos mil quince (2015) y sus usuarios fueron reasignados a la Nueva EPS desde el primero (01) de enero del año dos mil dieciséis (2016). Entidad encargada de continuar con la prestación efectiva del servicio de salud.

1.2.3. Traslado y contestación de la demanda.

Recibida la solicitud de tutela, el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de San José del Guaviare, mediante oficio del día veintidós (22) de diciembre de dos mil quince (2015), resolvió admitir la acción de tutela y ordenó oficiar al Director General de la EPS Caprecom, a la Secretaría Departamental del Guaviare y al Gerente de la E.S.E primer nivel, para que en el término de dos (2) días siguientes a la notificación remitiera un informe detallado sobre los hechos de la demanda.

Igualmente, accedió a la medida provisional solicitada. En consecuencia, ordenó al Director Territorial de la EPS Caprecom o a quien haga sus veces que dentro de las seis (06) horas siguientes a la notificación del auto procediera a autorizar y a realizar la remisión del menor

para ser valorado por la especialidad de urología pediátrica, gastroenterología pediátrica, nefrología pediátrica y la práctica de la ecografía de las vías urinarias.

1.2.3.1. Red de Servicios de Salud de Primer Nivel, Empresa Social del Estado

1.2.3.1.1. Mediante escrito del veintiocho (28) de diciembre de dos mil quince (2015), la Doctora Martha Cecilia Romero Páez en calidad de Representante Legal de la Red de Servicios de Salud de Primer Nivel Empresa Social del Estado, procedió a pronunciarse respecto de los hechos y las pretensiones presentadas en la demanda de tutela por el Defensor en calidad de agente oficioso del menor Dumar Alejandro Alfonso Mora. Al respecto indicó:

1.2.3.1.2. Afirmó que quien es responsable de autorizar las remisiones es la entidad responsable del pago, que en este caso en concreto es CAPRECOM EPS. Añade que la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel es una IPS (Institución Prestadora de Salud), que vende servicios de salud a las EPS bien sean del régimen contributivo o subsidiado, donde nuestra responsabilidad llega hasta que el médico tratante ordena la remisión del paciente a un nivel de mayor complejidad y es allí donde empieza la referencia y contrarreferencia, que no es otra cosa que buscar hasta encontrar centro de salud de mayor nivel donde pueda ser atendido el paciente.

1.2.3.1.3. Reitera que de acuerdo al Decreto 4747 de 2007, quien estaría llamado a autorizar la cita a un hospital de III nivel al menor, sería la EPS, puesto que la ESE Red de Servicios de Salud se encuentra enmarcada dentro del artículo 3 de dicho decreto. Para lo cual reitera que es una IPS cuyo objeto es la venta de servicios de salud y no es menester de ellos autorizar, suministrar insumos o elementos diferentes a los medicamentos incluidos en el POS por la aseguradora contratada.

1.2.3.1.4. Por último, expresa que en ningún momento ha vulnerado los derechos del menor toda vez que su ingreso es en el Hospital Simón Bolívar de la ciudad de Bogotá.

1.2.3.1.5. Por lo anterior, solicita de manera respetuosa que no se vincule a su representada toda vez que dicha IPS de primer nivel no está llamada autorizar citas y/o remitir al menor.

1.2.3.2. Secretaría Departamental de Salud del Guaviare.

1.2.3.2.1. Mediante oficio del veintiocho (28) de diciembre de dos mil quince (2015), el doctor Jesús Vicente Mayo Torres, Secretario (E) de Salud Departamental del Guaviare refiriéndose a los hechos de la tutela señala:

1.2.3.2.2. Los procedimientos solicitados están incluidos dentro del POS conforme a Resolución 5521 de 2013 y se identifican así: “890202 consulta de primera vez por medicina especializada; 890302 consulta de control o de seguimiento por medicina especializada; 881332 ultrasonografía de vías urinarias (riñones, vejiga y próstata transabdominal)”.

1.2.3.2.3. Arguye que conforme concepto médico emitido por personal de la secretaría, se consideró que es necesario que efectivamente y con oportunidad se le autoricen y garanticen el procedimiento y las valoraciones solicitadas al menor agenciado, por parte de su EPS, toda vez que requiere seguimiento y manejo de manera continua, a fin de garantizar un oportuno tratamiento que evite o minimice el riesgo de daño renal irreversible.

1.2.3.2.4. Afirma que al tratarse de procedimientos que se encuentran incluidos en el POS, es la EPS Caprecom la responsable de ordenar lo solicitado en la presente acción de tutela y brindar una atención integral, en virtud de lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia T-1021 de 2010 y lo solicitado en la tutela.

1.2.3.2.5. Resalta que es responsabilidad de la EPS como asegurador garantizar una red de atención que preste los servicios a los usuarios bajo las características de oportunidad, accesibilidad, continuidad, seguridad, integralidad e integridad, pertinencia, costo-efectividad, respeto por la dignidad humana y el derecho a la intimidad. Situación que no se evidencia por los largos tiempos de espera y oportunidad de este y otros usuarios, afiliados a dicha EPS para acceder a los servicios de salud.

1.2.3.2.6. Por último, solicita que se absuelva de cualquier responsabilidad a la Secretaría de Salud Departamental, por cuanto la responsabilidad de atención integral del representado es de la EPS-S CAPRECOM. Añade que se debe ordenar a la EPS atender los tratamientos solicitados en la presente tutela puesto que están incluidos dentro del POS.

1.2.3.2.7. Aclara que si dentro del proceso de atención integral del menor agenciado, se llegare a presentar eventos NO POS, dicha dependencia estará en disposición de cancelar todo tipo de cobros que presente la EPS, de acuerdo al procedimiento adoptado en las Resoluciones 656 y 929 de 2015.

1.2.4. Decisiones judiciales.

1.2.4.1. Decisión Única de Instancia, Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de San José del Guaviare, Guaviare.

Mediante providencia del seis (06) de enero de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de San José del Guaviare negó el amparo solicitado.

Lo anterior, toda vez que a su juicio debe tenerse en cuenta que el Gobierno Nacional a través del Decreto 2519 de 2015, dio inicio al proceso de liquidación de la Entidad Promotora de Salud CAPRECOM, puesto que se encontraba en una situación crítica que le impedía prestarle a sus afiliados el servicio de salud, por tanto sus afiliados fueron reasignados a otras entidades a nivel nacional, según ubicación y disponibilidad. En consecuencia, la vulneración de los derechos del menor accionante por parte de CAPRECOM deben tenerse como un hecho superado, en la medida en que al haberse ordenado la disolución de la EPS ya no es posible en este momento obligarla legalmente a seguirle garantizando la atención medica al usuario como afiliado al régimen subsidiado de salud, puesto que para obtener los servicios debe concurrir a la EPS a la cual fue asignado.

Siguiendo con el mismo lineamiento, afirmó que es la EPS a la cual fue asignado el menor, la obligada en la actualidad a garantizarle el servicio, conforme a la orden dada por el médico tratante. En caso de no conocer a cuál fue reasignado comunicarse con unos números telefónicos que transcribió.

1.2.5. Pruebas documentales

1.2.5.1. Copia de la Epicrisis del menor Dumar Alejandro Alfonso Mora emitida por el Hospital Simón Bolívar (Folios 14-15, cuaderno No. 2).

1.2.5.2. Copia de la Gestión Científica Referencia y Contrareferencia del Hospital Simón Bolívar (Folio 16, cuaderno No. 2).

1.2.5.3. Copia de la orden de servicio para control de urología pediátrica emitida en el Hospital Simón Bolívar (Folio 17 y 18, cuaderno No. 2).

1.2.5.4. Copia de la orden de servicio para control de nefrología pediátrica emitida en el Hospital Simón Bolívar (Folio 19, cuaderno No. 2).

1.2.5.5. Copia de la orden de servicio para control de gastroenterología pediátrica emitida en el Hospital Simón Bolívar (Folio 20, cuaderno No. 2).

1.2.5.6. Copia de la orden de servicio para ecografía renal y de vías urinarias 881332 emitida en el Hospital Simón Bolívar (Folio 21, cuaderno No. 2).

2. ACTUACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. PRUEBAS SOLICITADAS:

2.1.1. Mediante auto del veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciséis (2016), el Magistrado Sustanciador, dados los hechos y pretensiones referidos, consideró necesario solicitar las siguientes pruebas:

“PRIMERO: En el expediente T- 5.446.976, por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, poner en conocimiento de la Entidad Prestadora de Salud CAFESALUD EPS (Sede Principal: Calle 116 No. 21-37 y/o Calle 73 No. 11-66 Piso 1, Bogotá D.C.) y de la Superintendencia de Salud (Av. Ciudad de Cali No. 51-66 Bogotá, World Business Center, Sede Administrativa Piso 6 -7), la solicitud de tutela de la referencia y los fallos de instancia, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación, exprese lo que estime conveniente.

SEGUNDO: ORDENAR, que por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, se oficie a la CAFESALUD, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación informe a este Despacho lo siguiente:

a. Si al señor Daniel Elías Vásquez Ochoa, accionante en la acción de tutela de la

referencia, se le realizó la cirugía denominada “COLECISTECTOMIA POR LAPAROSCOPIA, TIPO DE CIRUGÍA PROIORITARIA” que requiere por sus padecimientos de vesícula y que fue ordenada por su médico tratante y autorizada previamente por Saludcoop EPS. En caso de no ser así, explique las razones por las cuales no se ha realizado.

b. Indique si los trámites administrativos previamente aprobados por Saludcoop EPS en aras de realizar los procedimientos ordenados por el médico tratante tienen continuidad y plena validez frente a CAFESALUD EPS, o si por el contrario el afiliado tiene que volver a solicitar las autorizaciones respectivas.

c. Informe la situación médica actual del accionante y si la entidad le está prestando el servicio de salud adecuado para sobrellevar la afección que padece.

d. Como ha sido la prestación de los servicios de salud frente a los usuarios que fueron reasignados de Saludcoop EPS y que ya tenían tratamientos, medicamentos, procedimientos u otros autorizados.

TERCERO: ORDENAR, que por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, se oficie a la Superintendencia de Salud, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación informe el trámite que le ha dado a las quejas presentadas por el señor Daniel Elías Vásquez Ochoa, accionante en la acción de tutela de la referencia y cuyos radicados son 4-2015-084724, 22-06-15 y 4-2015-062189. Así mismo, indique si por parte de dicha entidad se le ha hecho seguimiento al caso del tutelante.

CUARTO. En el expediente T- 5.450.211, por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, poner en conocimiento de la Entidad Prestadora de Salud NUEVA EPS (Sede Principal: CRA. 85K No. 46A-66, Bogotá D.C.), la solicitud de tutela de la referencia y los fallos de instancia, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación, exprese lo que estime conveniente.

QUINTO. ORDENAR, que por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, se oficie a la Entidad Prestadora de Salud NUEVA EPS, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, ENVIE la siguiente información:

- a. Copia de la historia clínica del menor de edad Dumar Alejandro Alfonso Moral.
- b. Informe a este Despacho si al menor agenciado se le está prestando el servicio de salud, más específicamente el tratamiento integral teniendo en cuenta la afección que padece, la cual podría generar un “daño renal irreversible”.
- c. Informe a este Despacho si al menor ya se le realizaron los exámenes clínicos ordenados por su médico tratante y la valoración por medicina especializada en “urología pediátrica, gastroenterología pediátrica y nefrología pediátrica”.

SEXTO. ORDENAR, que por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, se oficie al Defensor del Pueblo de la Regional Guaviare, accionante dentro del expediente de tutela R- 5.450.211 (Calle 7 No. 24-127, San José del Guaviare, teléfonos (098) 5841155-3108539340), para que en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir de la notificación del presente auto, informe a este Despacho si le ha hecho seguimiento al proceso y cuál es el estado actual de salud del menor agenciado.

SÉPTIMO. COMUNICAR esta decisión a todas las partes dentro del presente proceso de tutela”.

Mediante oficio del trece (13) de junio de dos mil dieciséis (2016), la Secretaría General de esta Corporación informó al Despacho del Magistrado Sustanciador que el auto de pruebas del veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciséis (2016), fue notificado mediante oficio del veintiséis (26) de mayo de la misma anualidad, y durante el término probatorio allegaron los siguientes documentos:

2.2.1. Superintendencia de Salud.

Mediante oficio del siete (07) de junio de dos mil dieciséis (2016), el Doctor Andrés Orlando Ortegon Ocampo, en calidad de Asesor del Despacho del Superintendente Nacional de Salud, manifestó:

“(…) si bien esta Superintendencia mediante Resolución 002414 de 24 de noviembre de 2015 ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO, con NIT 800.250.119-1, la prestación de los servicios de

salud de los afiliados a Saludcoop EPS desde el 1 de diciembre de 2015 pasó a ser Cafesalud EPS, en consecuencia esta EPS receptora asumió el aseguramiento y la continuidad en la prestación de los servicios de salud. En el caso del accionante, se verificó la Base de Datos Única de Afiliación al Sistema de Seguridad Social, evidenciando que el señor LUIS ENRIQUE QUEVEDO ALEJO (sic) se encuentra en ESTADO ACTIVO, afiliado a CAFESALUD EPS desde el 1 de diciembre de 2015.

Por lo anterior, el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi-Antioquía, antes de proferir el fallo de primera instancia debió vincular a CAFESALUD EPS, por ser un tercero con interés en las resultas del proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto 2089 de 2015, que modificó el artículo 9 del Decreto 3045 de 2013.

De la demanda se extracta que el accionante solicita se autoricen el procedimiento denominado “COLECISTECTOMIA POR LAPAROSCOPIA, TIPO DE CIRUGÍA PRIORITARIA”, para lo cual, una vez revisada la Resolución Numero 5592 de 2015 “Por la cual se define, aclara y actualiza íntegramente el Plan Obligatorio de Salud (POS)” y la Resolución 4678 de 2015, se encontraron los siguientes reportes:

55.0.0 COLECISTOTOMIA Y COLECISTOSTOMÍA CON EXTRACCIÓN DE CÁLCULOS

51.2.1 COLECISTECTOMÍA

En consecuencia, CAFESALUD EPS en su condición de EPS receptora del señor VASQUEZ OCHOA debe garantizar el procedimiento prescrito por el médico tratante del accionante, bajo estándares de oportunidad, accesibilidad, calidad y eficiencia. (...)

Mediante el radicado NURC 2-2016-048909 del primero de junio de 2016, se le informó al accionante lo siguiente:

Respetado señor:

En atención a su comunicación con el Código Único PQR CC706302553-050303-1, esta Superintendencia tuvo conocimiento de las presuntas irregularidades presentadas por parte de CAFESALUD EPS, en relación con los servicios de salud requeridos por DANIEL ELIAS VASQUEZ OCHOA identificado con CC...., en consecuencia me permito informarle que esta Dirección ha requerido a dicha EPS con la instrucción de que informe sobre el caso. Dicha

petición deberá ser atendida y resuelta de manera efectiva, dentro del término de dos (02) días hábiles, contados a partir de la comunicación por parte de la entidad (...)

Finalmente se solicita a esa Alta Corporación Judicial desvincularnos de toda responsabilidad dentro de la presente acción teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud (...)"

2.2.2. Empresa Social del Estado, Red de Servicios de Salud de Primer Nivel, Departamento del Guaviare.

Mediante oficio del siete (07) de junio del presente año el señor Gabriel Cárdenas Bejarano, en calidad de Gerente de la Empresa Social del Estado, Red de Servicios de Salud de Primer Nivel, Departamento del Guaviare informa al despacho que la acción interpuesta no es en contra de dicha entidad sino contra la EPS Saludcoop en Liquidación y Corporación IPS, por tanto remite la competencia a las respectivas entidades correspondientes.

2.2.3. Por último, CAFESALUD EPS, NUEVA EPS y el Defensor del Pueblo de la Regional Guaviare no se manifestaron al respecto.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. COMPETENCIA.

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

Corresponde a la Sala analizar si las entidades que asumieron las obligaciones de las accionadas (las cuales fueron liquidadas), están vulnerando los derechos fundamentales a salud, a la vida digna, a la seguridad social, a la integridad personal y los derechos de los niños y niñas de los tutelantes, al negarse autorizar los servicios médicos ordenados por sus médicos tratantes y requeridos con urgencia para mejorar su estado de salud.

Para resolver la controversia, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas examinará: (i) el alcance del derecho fundamental a la salud, (ii) el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud. Traslado excepcional de los afiliados de una EPS a otra porque a la primera le ha sido ordenada su liquidación, (iii) la protección especial y el derecho a la salud de los niños y niñas y, (iv) a la luz de las anteriores premisas, se analizarán los casos concretos.

3.3. EL ALCANCE DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que:

“la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad”.[3]

De igual forma, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”[4]

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha

contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.[5]”

En el mismo sentido, la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales preceptúa el derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud, considerando que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.”[6]

En nuestro ordenamiento colombiano, la Constitución Política consagra el derecho a la salud y a la seguridad social en el artículo 48, cuando define la seguridad social “como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...).”

Teniendo en cuenta este mandato constitucional, en el año 1993 se expidió la Ley 100, mediante la cual se reglamentó el sistema de seguridad social con el fin de configurar entre otros, el sistema general en materia de Salud, así mismo desarrollar sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal[7].

La jurisprudencia constitucional ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público, precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[8]

En un principio, esta Corporación al referirse a la naturaleza del derecho a la salud consideró, que el mismo no tenía el carácter de fundamental, puesto que era considerado esencialmente como un derecho prestacional; sin embargo, podía ser protegido por vía de tutela cuando su vulneración implicaba la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

Después de varios análisis, la fundamentalidad del derecho a la salud fue establecida por la jurisprudencia de esta Corporación como un derecho autónomo, ante la necesidad de

garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías esenciales.

Esta posición del Alto Tribunal fue analizada en la sentencia T-144 de 2008[9] donde se precisó:

“Se trata entonces de una línea jurisprudencial reiterada por esta Corte, la cual ha establecido que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que envuelve como sucede también con los demás derechos fundamentales, prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la realidad. Bajo esta premisa, el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, proporciona las condiciones por medio de las cuales sus asociados pueden acceder a un estado de salud íntegro y armónico.

(...) la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas y que (el acceso a tratamientos contra el dolor o el suministro de todo lo necesario, para aquellas personas que padecen de enfermedades catastróficas que si bien, algunas son incurables, debe propenderse por todo lo necesario para un padecimiento en condiciones dignas)”.

Posteriormente, en la sentencia T-760 de 2008[10], la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales sobre el derecho a la salud. En dicha ocasión argumentó, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, y como tal, lo definió como un derecho complejo, que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. De allí que concluyó, que su ámbito de protección, no está delimitado por los planes obligatorios de salud, de manera que la prestación del servicio debe suministrarse aunque no esté incluido en dicho plan, cuando estos se requieren con necesidad, el cual puede comprometer en forma grave la vida digna de la persona o su integridad personal.

La citada sentencia señaló:

“En tal sentido, el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en

virtud del mismo. El ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad (SIC) de la persona o su integridad personal.

(...) la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles. Por ejemplo, la Corte decidió que representaba una violación al derecho a la dignidad humana excluir del régimen de salud a la pareja de una persona homosexual, extendiendo así el alcance de la primera sentencia de constitucionalidad relativa al déficit de protección en que se encuentran las parejas homosexuales. En este caso resolvió reiterar la decisión jurisprudencial de reconocer (...) que el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura.” Esta decisión se adoptó considerando la estrecha relación entre la salud y el concepto de la ‘dignidad humana’, (...) elemento fundante del estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición.

El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía.

Siguiendo con el mismo lineamiento, recientemente en sentencia T-745 de 2014[11], esta Corte reiteró su posición frente a la salud como derecho fundamental. Así mismo, resaltó que dicho servicio debe ser prestado en condiciones de integralidad. Razón por la cual, se debe garantizar a los usuarios del sistema, una atención que implique la prestación con calidad, oportunidad y eficacia en las fases previas, durante y posteriores a la recuperación del estado de salud, por lo cual los afiliados tendrán derecho a la atención preventiva, médico quirúrgica y los medicamentos esenciales que ofrezca el Plan Obligatorio de Salud. Al respecto indicó:

“(...) la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro

de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la paciente.

El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud – SGSSS – deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento[12].

Por lo tanto, las personas vinculadas al Sistema General de Salud independiente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garantice un servicio de salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad y con la posterior recuperación; por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones de dignidad”.

Por último, es importante resaltar que esta nueva categorización del derecho a la salud como autónomo y fundamental, fue consagrada por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015[13], cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la Sentencia C-313 de 2014[14]. Así las cosas, tanto en el artículo 1 como en el 2 de la aludida ley, se dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable[15] y que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

Con la finalidad de garantizar el citado derecho fundamental, el legislador estatutario estableció una lista de obligaciones para el Estado, reguladas en el artículo 5 de la Ley 1751 de 2015, cuya lectura no puede realizarse de forma restrictiva, pues responden al mandato

amplio del deber del Estado de adoptar medidas de respeto, protección y garantía[16]. Dichas obligaciones incluyen, a grosso modo, dimensiones positivas y negativas. En las primeras, el Estado tiene el deber de sancionar a quienes dilaten la prestación del servicio, así como generar políticas públicas que propugnen por garantizar su efectivo acceso a toda la población; mientras que, en las segundas, se impone el deber a los actores del sistema de no agravar la situación de salud de las personas afectadas[17]. Resaltando los elementos esenciales del derecho a la salud, los cuales son: la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional[18]. Precisiones reiteradas por esta Corte en la Sentencia T- 121 de 2015[19].

De lo anterior, se puede concluir que tanto la jurisprudencia constitucional como la Legislación Colombiana han sido enfáticos en la obligatoriedad de la protección de la salud como derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional, el cual puede ser invocado a través de la acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, para lo cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos vulnerados.

3.4. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD.

Traslado excepcional de los afiliados de una EPS a otra porque a la primera le ha sido ordenada su liquidación. Reiteración de Jurisprudencia.

Tal y como se señaló en el acápite anterior el derecho a la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público. En esta medida todas las personas deben acceder a él, y es al Estado a quien le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, conforme a lo estipulado en el artículo 49 Superior.

La Ley 100 de 1993, en su artículo 153, numeral 9° contempló la calidad como principio rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Al respecto resaltó:

“El Sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua, y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno, las instituciones prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia.”

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que “la eficiencia en la prestación de los servicios públicos está ligada al principio de continuidad, el cual supone que la prestación del servicio sea ininterrumpida, permanente y constante; y con ello, en aras de proteger los derechos fundamentales, el juez constitucional está en el deber de impedir que controversias de tipo contractual, económico o administrativo “permitan a una entidad encargada de prestar servicios de salud incumplir la responsabilidad social que tiene para con la comunidad en general, y con sus afiliados y beneficiarios en particular.”[20] (Negrilla fuera de texto)

Posteriormente, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de la Protección Social, en cumplimiento del mandato legal contenido en el precepto anteriormente citado y de la jurisprudencia constitucional, expidió el Decreto 055 de 2007 “Por el cual se establecen mecanismos tendientes a garantizar la continuidad en el aseguramiento y la prestación del servicio público de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

En el artículo 1° del citado decreto señala como objetivo el “establecer las reglas para garantizar la continuidad del aseguramiento y la prestación del servicio público de salud a los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo, cuando a una entidad promotora de salud cualquiera sea su naturaleza jurídica, se le revoque la autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud o sea intervenida para liquidar por la Superintendencia Nacional de Salud. Igualmente aplicará a las entidades públicas y a las entidades que fueron autorizadas como entidades adaptadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuya liquidación sea ordenada por el Gobierno Nacional, y aquellas entidades que adelanten procesos de liquidación voluntaria.”

Siguiendo con el mismo lineamiento, en su artículo 4° numeral 2, al hacer mención a los mecanismos de traslado excepcional de los afiliados[21] dispuso que:

“La Entidad Promotora de Salud objeto de la revocatoria de autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo, intervención para liquidar, supresión o liquidación voluntaria, decidirá a cuál o cuáles Entidades Promotoras de Salud públicas o en donde el Estado tenga participación, se deben trasladar los afiliados, decisión que deberá

adoptar y comunicar a la Entidad receptora, en un término máximo de cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha en que quede en firme el acto de revocatoria, o de ordenada la intervención para liquidar, o de proferida la orden de supresión o liquidación voluntaria, plazo en el cual implementará los mecanismos para realizar las actividades, procedimientos e intervenciones de salud que se encuentren aún pendientes y autorizados.”, y en su numeral 3° determina que “Las Entidades Promotoras de Salud receptoras deberán garantizar la prestación de los servicios de salud a los afiliados, a partir del momento en que se haga efectivo el traslado conforme lo señalado en el inciso segundo del numeral anterior. Hasta tanto, la prestación será responsabilidad de la Entidad objeto de la medida de revocatoria de autorización de funcionamiento, intervención para liquidar, supresión o liquidación voluntaria.”

De lo anterior, se puede evidenciar que el legislador colombiano buscó garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud a los afiliados independientemente de que las Entidades Promotoras del régimen contributivo (i) sean intervenidas para su liquidación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, (ii) les sea revocada su autorización de funcionamiento, (iii) se les ordene su supresión o liquidación por parte del Gobierno Nacional o (iv) se disponga su liquidación voluntaria. Lo anterior, debido a que dichos procesos se deben desarrollar sin solución de continuidad en la prestación de los servicios de salud para así garantizarles a los usuarios sus derechos fundamentales a la vida, la integridad personal y a la dignidad humana.

Debido a lo anterior, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que la prestación adecuada del servicio de salud al afiliado no puede ser afectada pese a que sea éste reasignado a otra empresa promotora de salud. En esa medida en Sentencia T- 169 de 2009[22] esta Corte señaló:

“la decisión de cambio de Empresa Promotora de Salud no afecta la continuidad del servicio público de salud, como quiera que le corresponde prestar la atención médica a la EPS que se retira el trabajador, hasta el día anterior a la vigencia de la nueva relación contractual”[23]; y ello porque “la continuidad del servicio se protege no solamente por el principio de eficiencia. También por el principio consagrado en el artículo 83 de la C.P: “las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”. Esa buena fe sirve de fundamento a la confianza legítima que tiene una

persona para que no se le suspenda un tratamiento luego de haberse iniciado[24]

(...)

Por consiguiente, sea cual fuere la causa de interrupción en la prestación de los servicios de salud, en virtud del principio de continuidad el juez de tutela debe garantizar su suministro para impedir que las Entidades Promotoras de Salud desconozcan la responsabilidad social que tienen con la comunidad en general, y con sus afiliados y beneficiarios en particular”.

Siguiendo con el mismo lineamiento, recientemente en Sentencia T-681 de 2014[25], esta Corporación reiteró la línea fijada en la Sentencia T-169 de 2009 y a la vez agregó que:

los afiliados al sistema no pueden verse afectados por los inconvenientes de carácter presupuestal que atraviesen las E.P.S., porque los pacientes no deben ver obstaculizado su procedimiento médico en razón de los trámites internos que a nivel administrativo adelanten las entidades de salud[26].

En esa medida, una E.P.S. que entra en liquidación debe asegurar la continuidad en la prestación del servicio de sus beneficiarios, hasta que el traslado a otra entidad se haya hecho efectivo y opere en términos reales[27]. Por su parte, la entidad receptora tiene la obligación de continuar con la prestación de los servicios pendientes y autorizados.

Lo anterior obedece a que los afiliados no deben ver afectados sus derechos fundamentales por la negligencia y falta de previsión de la entidad prestadora del servicio de salud, como tampoco pueden asumir por cuenta de la imprevisión administrativa la obligación de desarrollar una serie de procedimientos con el fin de obtener autorización para el suministro de medicamentos o tratamientos médicos que requieran con urgencia o con ocasión de una enfermedad ruinosa o catastrófica[28].

En esa medida, debe entenderse que cuando se traslada a un usuario de una entidad encargada del servicio de salud a otra, en razón de la liquidación de aquella, y exista una orden previa para la prestación de servicios (POS o no POS), por ejemplo decretada por un juez de tutela, la E.P.S. receptora debe asumir la obligación impuesta y no puede justificar su negativa a suministrar el servicio, con base en el argumento de que al no haber sido parte en el proceso de tutela, tal imposición vulnera su derecho al debido proceso.

De lo anterior, descendiendo a los casos objeto de estudio, se puede concluir que el hecho de que la entidad prestadora del servicio de salud haya sido liquidada no significa que la obligación de prestar el servicio haya cesado, pues la misma debe ser asumida por la entidad que la haya reemplazado, puesto que los usuarios son reasignados y sobre ellos no puede recaer la carga. De igual manera, la negligencia de la entidad liquidada no puede afectar su derecho a la salud, el cual debe ser prestado sin interrupciones en su tratamiento, ello en aras de proteger su derecho a la vida.

3.5. PROTECCIÓN ESPECIAL Y DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y NIÑAS, JURISPRUDENCIA REITERADA.

Siguiendo con la línea de argumentación, es necesario hacer alusión a las múltiples formas de manifestación del derecho a la salud, dentro de las que encontramos el carácter fundamental que tiene la continuidad en los tratamientos de salud y la protección que merecen los sujetos que gozan de especial protección constitucional[29], elemento este último que es pertinente para la solución del caso objeto de estudio, toda vez que uno de los accionantes dentro de los casos objeto de estudio es un niño de dos (2) años de edad que padece de una infección urinaria crónica y, requiere con urgencia valoración por medicina especializada en urología pediátrica, gastroenterología pediátrica y nefrología pediátrica. Así como la práctica de una ecografía de vías urinarias.

Al respecto, esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha establecido que hay casos en los que la misma Constitución de 1991 es quien ha conferido una protección especial a ciertos grupos humanos que debido a sus condiciones particulares merecen una mayor protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, de las personas que se encuentran en estado de indefensión, de quienes se encuentran en estado de debilidad manifiesta y de los grupos que han sido históricamente marginados, entre otros, para los cuales la protección de su derecho fundamental a la salud deviene reforzado.

La atención primordial que demandan las personas que ostentan la calidad de sujetos de especial protección constitucional, impone al juez constitucional la obligación de tomar medidas en beneficio de la efectividad de dicha protección especial. Así, entre mayor sea la desprotección de estos sujetos, mayor debe ser la eficacia de las medidas de defensa que se tomen, en aras de consolidar los principios rectores del Estado Social de Derecho.

Igualmente, en lo atinente al derecho a la salud y a la seguridad social de los niños, la Constitución Política en su artículo 44 consagra sus derechos como prevalentes sobre los derechos de los demás, razón por la cual dadas las condiciones específicas de vulnerabilidad e indefensión en que se encuentran los menores de edad y el interés constitucional que existe en cuanto a su protección, integridad y adecuado desarrollo, se autoriza la defensa inmediata de sus derechos, frente a quien de alguna manera pueda vulnerarlos o ponerlos en peligro. [30]

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha manifestado que el derecho a la salud de los niños, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución, por tener el carácter de ‘fundamental’,[31] debe ser protegido de forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea vulnerado.[32] Este postulado responde, además, a la obligación que se impone al Estado y a la sociedad de promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva, así como a la necesidad de adoptar medidas en favor de quienes, en razón de su edad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (Art. 13, CP). En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud.[33]

En lo concerniente al derecho a la salud de los niños y niñas, esta Corporación lo ha interpretado, teniendo en cuenta los tratados internacionales en la materia y ha considerado que “la fundamentalidad del derecho a la salud de la niñez implica que los servicios de salud que deben brindarse son tanto aquéllos incluidos en los planes obligatorios de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado y en planes adicionales como aquéllas prestaciones contempladas en diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de conformidad con los cuales deben interpretarse los derechos constitucionales”.[34]

Por otra parte es necesario resaltar que la Jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa al sostener que los niños son sujetos de especial protección constitucional, debido a la situación de indefensión y vulnerabilidad a la que se ve sometida la población infantil, razón por la cual se busca garantizar la protección integral de sus derechos en aras de dar cumplimiento al principio constitucional del interés superior de niño. Al respecto en la sentencia T- 417 de 2007 señaló:

“...es claro que en los casos en que está de por medio la salud de un niño, independientemente de la edad que tenga, por el sólo hecho de ser un menor tiene derecho a recibir una atención adecuada y de forma regular por parte de las entidades que tienen a su cargo esa función, sin dilaciones injustificadas, pues, de lo contrario, se vulneran los derechos fundamentales del niño al no permitirle el acceso efectivo a la prestación del servicio de salud que demanda.” [35]

Además, los derechos a la salud y a la seguridad social, conforme a lo establecido en la Sentencia T-760 de 2008, tienen el carácter de fundamental y autónomo. En esa oportunidad, la Corte manifestó:

“[...] el desarrollo de un menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos.” En esa misma oportunidad, la Corte reiteró el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños, e indicó que “debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado.”

Siguiendo con la misma línea argumentativa, en Sentencia T-133 de 2013[36], reiteró que el derecho a la salud de los niños y niñas prevalecen en caso de que se presenten conflictos de intereses puesto que por encontrarse en condición de debilidad manifiesta merecen mayor protección.

“(...) los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte de todas las autoridades públicas, incluyendo al juez constitucional. Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán modular o inaplicar las disposiciones que restrinjan el acceso a los servicios que requieren, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías Superiores. los menores de edad requieren de una atención en salud idónea, oportuna y prevalente, respecto de la cual toda entidad pública o privada tiene la obligación de garantizar su acceso efectivo a los servicios como lo ordena el artículo 50 Superior, en

concordancia con los principios legales de protección integral e interés superior de los niños y niñas”.

Posteriormente, en Sentencia T-200 de 2014[37], se resaltó:

La jurisprudencia de esta Corporación, al interpretar el cuerpo normativo que regula la garantía de los derechos de los niños, ha concluido que en todos los casos relacionados con la protección de sus derechos, el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor. El principio del interés superior de los niños también se encuentra incorporado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3.1), al exigir que en “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Por último, tal y como se señaló en el acápite anterior, mediante Ley 1751 de 2015, se reguló el derecho fundamental a la salud. Otro de los principios que incluyó la misma fue el de prevalencia de los derechos. En esta medida, conforme a lo establecido en el literal f) del artículo 6 de la citada ley, le compete al Estado “implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años”.

Por tanto, en lo concerniente a menores de edad, el derecho a la salud cobra mayor relevancia, toda vez que se trata de sujetos que por su temprana edad y situación de indefensión requieren de especial protección. Por esta razón, a partir de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política[38], la jurisprudencia constitucional ha establecido que, como respuesta a su naturaleza prevalente[39], en lo que atañe al examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud, la Corte ha concluido que su análisis debe realizarse de forma flexible, en aras de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos[40].

En resumen, de lo manifestado con anterioridad se puede concluir que tanto esta Corporación como la Legislación colombiana han sido enfáticos acerca del trato preferente

que tienen los derechos de los menores frente a otros derechos, razón por cual en los casos en que se encuentra de por medio la salud de un niño, sin importar la edad que tenga, tiene derecho a recibir una atención preferente, integral, adecuada y proporcional a su diagnóstico médico, esto por el sólo hecho de ser un menor de edad. De igual manera, para el Estado deben prevalecer los derechos fundamentales de los niños, debido a su condición de vulnerabilidad física y mental; así mismo cuando la acción de tutela va encaminada a defender el derecho fundamental de la salud.

4. CASOS CONCRETOS

4.1. Expediente T- 5.446.976

4.1.1. Resumen

El Juez Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquía en única instancia resolvió negar la protección de los derechos invocados por el accionante, debido a que a su juicio al encontrarse la EPS Saludcoop en toma de posesión, su obligación de prestar el servicio ha cesado, entrando a reemplazarla la EPS Cafesalud. Por tanto, la acción se torna improcedente por falta de legitimación en pasiva, ya que las autorizaciones respectivas deberán ser expedidas por la nueva entidad, a la cual fueron trasladados los afiliados de la EPS intervenida.

En sede de tutela el Magistrado Sustanciador mediante auto del veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciséis (2016), resolvió vincular a la EPS Cafesalud al proceso objeto de estudio en aras de garantizar su derecho fundamental al debido proceso, puesto que al ser la receptora de los usuarios de Saludcoop se podría ver afectada con la decisión. Sin embargo, dentro del término probatorio dicha entidad no se manifestó al respecto.

4.1.2. Examen de procedencia

4.1.2.1. Subsidiariedad e Inmediatez

Esta Corporación ha reconocido que en ciertas ocasiones, aunque existen mecanismos judiciales diferentes a la acción de tutela que serían procedentes para solucionar la controversia planteada, estos no son eficientes ante una situación de riesgo o peligro inminente, en la que el derecho fundamental amenazado podría resultar afectado de

manera grave y definitiva. Es en estos casos, la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo y eficaz para amparar el derecho amenazado en el menor tiempo posible.

La Sala estima que para el caso objeto de estudio, la acción de tutela es el mecanismo apropiado para evitar la configuración de un perjuicio irremediable y proteger los derechos fundamentales del tutelante, ya que la demora en la autorización del servicio médico requerido puede empeorar su estado de salud.

En cuanto al requisito de inmediatez, encontramos que se encuentra acreditado, toda vez que el perjuicio es actual e inminente; el actor aún se encuentra a la espera de una solución a su problemática por parte de las entidades accionadas, debido a que aún pese haber firmado consentimiento informado para anestesia no se ha realizado el procedimiento quirúrgico requerido y su estado de salud cada día empeora.

4.1.2.2. Legitimación en la causa por activa

Los artículos 86 constitucional y 10° del Decreto 2591 de 1991 indican que es titular de la acción de tutela cualquier persona a la que sus derechos fundamentales le resulten vulnerados o amenazados. Estas personas pueden invocar directamente el amparo constitucional o pueden hacerlo a través de terceros que sean sus apoderados, representantes o agentes oficiosos, para el caso de las personas que no se encuentran en condiciones de interponer la acción por sí mismas.

En virtud de lo establecido precedentemente, encuentra la Sala que el tutelante se encuentra legitimado para representar sus propios intereses, puesto que es el titular de los derechos y la decisión proferida en su contra está afectando su salud, puesto que la no realización de la cirugía ordenada puede generar un empeoramiento en su salud e incluso una pancreatitis. Por tanto, el caso objeto de estudio sí cumple con este requisito.

4.1.2.3. Legitimación por pasiva

En el caso sub examine se demandó a Saludcoop EPS; así mismo, en sede de revisión, mediante Auto del veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciséis (2016), se vinculó a la EPS Cafesalud, entidad encargada de prestar el servicio requerido puesto que todos los usuarios

de la EPS Saludcoop que fue liquidada por el Gobierno Nacional fueron remitidos a esta última.

Además, en este caso la legitimación por pasiva también está dada porque la EPS accionada, participa en la prestación de servicios de seguridad social, por tanto, prestan servicios públicos, por lo que sus actuaciones están cobijadas por el citado artículo 13 del Decreto 2591 de 1991.

4.1.3. Análisis de la presunta vulneración de los derechos fundamentales del señor Daniel Elías Vásquez Ochoa

4.1.3.1. En primer lugar, es importante precisar que debido a la desaparición de Saludcoop EPS sus usuarios fueron reasignados a Cafesalud EPS, entidad ahora encargada de la prestación efectiva de los servicios de salud requeridos por sus nuevos afiliados. Por esta razón, el Magistrado sustanciador resolvió vincular a dicha entidad al proceso de tutela, en aras de salvaguardar su derecho a la defensa y al debido proceso. A pesar de ello, esta EPS no se manifestó en el término probatorio acerca de los hechos que dieron origen a la presente acción.

4.1.3.2. En segundo lugar, teniendo en cuenta que la orden del médico tratante para la práctica de la cirugía del actor es del seis (06) de marzo de dos mil quince (2015), y Saludcoop EPS fue liquidada mediante Resolución 2414 del veinticuatro (24) de noviembre de la misma anualidad, a esta sala le corresponderá determinar (i) si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales del tutelante al retardar por más de ocho (08) meses una autorización de un procedimiento denominado como “prioritario” por el médico tratante; (ii) si Cafesalud EPS receptora tiene responsabilidad al no continuar sin interrupciones la prestación eficiente del servicio de salud.

4.1.3.3. Ahora bien, quedó probado en el proceso que el tutelante padece de “vesícula biliar parcialmente distendida, de paredes delgadas, con múltiples cálculos en su interior que oscilan entre 6 y 20mm de diámetro, que ocupan casi completamente la vesícula y generan una acústica superior”. Por ello su médico tratante ordenó realizar de manera prioritaria una cirugía denominada “colecistectomía por laparoscopia” y Saludcoop EPS dilató la autorización de la misma, puesto que al momento de interposición de la tutela aún no se había hecho efectiva.

Igualmente, está demostrado dentro del sumario que al primero (01) de junio de dos mil dieciséis (2016), Cafesalud EPS aún no había autorizado los procedimientos médicos requeridos por el tutelante pese a que la Superintendencia de Salud ya le había informado que se trataba de un caso de riesgo de vida y que el peticionario llevaba más de un año a la espera de dicha autorización. En este momento, conforme a lo estipulado por la Superintendencia de Salud en el oficio enviado a esta Corte durante el término probatorio previsto, la EPS exige al tutelante ser valorado nuevamente por medicina general. [41]

De lo anterior, se puede evidenciar que un año y tres meses después de la orden prioritaria emitida por el médico tratante aún no se ha realizado el procedimiento requerido con urgencia para evitar una complicación mayor en la salud del actor, circunstancia que incluso podría desencadenar en una pancreatitis. Vulnerando de esta manera el derecho fundamental a la salud del señor Vásquez Ochoa tanto la EPS emisora como la receptora, ya que ambas tenían la obligación legal de agilizar y autorizar la realización del procedimiento de una forma oportuna y efectiva, sin colocar trabas administrativas para la prestación del mismo. Al respecto, esta Corporación ha precisado[42]:

Es razonable que para la prestación de algún servicio médico el paciente tenga que cumplir con algunos trámites administrativos, pero lo que resulta inadmisibles es que dichos trámites sean excesivamente demorados y que además le impongan una carga al usuario que no está en condiciones y que no le corresponde asumir. La jurisprudencia de esta Corte al analizar las diferentes vulneraciones al derecho a la salud, ha evidenciado que los usuarios se tienen que enfrentar a múltiples trabas administrativas y burocráticas para poder acceder a la prestación del servicio de salud. Estas barreras atrasan la prestación del servicio, aumentan el sufrimiento de las personas y muchas veces tiene consecuencias graves en la salud de los usuarios[43]”

4.1.3.4. Sobre este punto, es importante advertir al juez de instancia (Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquía), que todos los jueces de la República tienen la obligación de proteger el derecho fundamental a la salud, ya que el Legislador Colombiano y la Corte Constitucional (Ley 1751 de 2015[44], cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la Sentencia C-313 de 2014[45]), han estipulado que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable[46] y que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con

el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

En esta medida, en aras de la protección de los derechos fundamentales del actor el juez de instancia debió vincular a la EPS Cafesalud y no declarar improcedente la acción por falta de legitimación y ordenar al usuario solicitar nuevamente el servicio en la EPS receptora, ya que con su actuar está vulnerando el principio de continuidad en la prestación del servicio colocándole una barrera administrativa y una carga adicional la cual no tiene la obligación de soportar, al exigirle realizar trámites para la prestación del servicio ante la otra entidad por que la accionada ha sido liquidada.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Constitucional ha resaltado que “la eficiencia en la prestación de los servicios públicos está ligada al principio de continuidad, el cual supone que la prestación del servicio sea ininterrumpida, permanente y constante; y con ello, en aras de proteger los derechos fundamentales, el juez constitucional está en el deber de impedir que controversias de tipo contractual, económico o administrativo “permitan a una entidad encargada de prestar servicios de salud incumplir la responsabilidad social que tiene para con la comunidad en general, y con sus afiliados y beneficiarios en particular.”[47] (negrillas y subrayado fuera del texto)

4.1.3.5. Así mismo, tal y como se mencionó en la parte considerativa de este proyecto, cabe advertir que el Decreto 055 de 2007 al mencionar los mecanismos de traslado excepcional de los afiliados[48] dispone en su artículo 4°, numeral 2° que la Entidad Promotora de Salud, en este caso intervenida para liquidar tiene la obligación de trasladar a sus afiliados a otra entidad en un término máximo de cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha en que quede ordenada la intervención para liquidar. en dicho término deberá implementar los mecanismos adecuados para realizar las actividades, procedimientos e intervenciones de salud que se encuentren aún pendientes y autorizados. Así mismo en su numeral 3° determina que las Entidades Promotoras de Salud receptoras deberán garantizar la prestación de los servicios de salud a los afiliados, a partir del momento en que se haga efectivo el traslado.

4.1.3.6. De lo anterior, se puede concluir que el hecho de que la entidad prestadora del servicio de salud haya sido liquidada no quiere decir que la obligación de prestar el servicio haya cesado, pues la misma debe ser asumida por la entidad que la haya

reemplazado, ya que los usuarios son reasignados y sobre ellos no puede recaer la carga. Tampoco la negligencia de la entidad liquidada puede afectar su derecho a la salud, el cual debe ser prestado sin interrupciones en su tratamiento, ello en aras de proteger su derecho a la vida.

4.1.3.7. En esta medida, sí existe una vulneración de los derechos fundamentales del accionante por parte de Saludcoop EPS y Cafesalud EPS ya que ambas tenían la obligación legal de prestarle de manera efectiva y continua los servicios de salud requeridos por el señor Daniel Elías Vásquez Ochoa, puesto que dichos procesos se deben desarrollar sin solución de continuidad para garantizarles a los usuarios sus derechos fundamentales a la vida, la integridad personal y a la dignidad humana.

Por tanto, al juez de tutela no le es dado negar el amparo solicitado por los afiliados y beneficiarios de Saludcoop con el argumento de que la solicitud del servicio médico, procedimiento quirúrgico o medicamento requerido que se había radicado ante aquella, se debe presentar nuevamente ante la Cafesalud EPS receptora, pues como quedó demostrado a lo largo de esta parte considerativa, el proceso de liquidación de la EPS se llevó a cabo con plena observancia del principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud a través de la aplicación del Decreto 055 de 2007 y de la jurisprudencia que al respecto ha desarrollado esta Corporación.

4.1.3.8. En vista de lo anterior, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional concluye que los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la vida digna y a la seguridad social del tutelante, están siendo vulnerados puesto que la liquidación de una EPS no es excusa para negar la autorización de un servicio médico prioritario, ya que en este caso tanto la EPS emisora como la receptora tienen la obligación legal de prestar el servicio de salud de forma continua al usuario, sin colocar barreras administrativas que retarden la prestación efectiva del mismo.

En consecuencia, se revocará la decisión proferida en única instancia por el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquía que negó las pretensiones del actor y en su lugar se protegerán los derechos fundamentales a la salud, integridad personal, a la vida digna y a la seguridad social.

Se advertirá al Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquia, que en los casos similares

al objeto de estudio deberá dar estricto cumplimiento al Decreto 055 de 2007 y a la jurisprudencia que al que ha desarrollado esta Corporación en lo referente al principio de continuidad en la prestación del servicio de salud.

Igualmente se advertirá a CAFESALUD EPS, para que en un futuro se abstenga de hacer requerimientos administrativos adicionales y garantice de forma inmediata el principio de continuidad en la atención de salud, en relación no sólo al caso objeto de estudio sino a los demás usuarios que puedan encontrarse en situación similar a la del accionante.

Por último, se comunicará la presente decisión a la Superintendencia de Salud, para que dentro de la órbita de sus competencias, haga un seguimiento del cumplimiento de esta providencia.

4.2. Expediente T- 5.450.211

4.2.1. Resumen

Tal y como se indicó en los antecedentes, el Defensor del Pueblo de la Regional Guaviare, actuado como agente oficioso solicita al juez de tutela que ampare los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la integridad personal y los derechos de los niños y niñas del menor de edad Dumar Alejandro Alfonso Mora, quien padece de “infección urinaria crónica”, por considerar que la EPS accionada los ha vulnerado al no autorizar el tratamiento integral, los exámenes clínicos ordenados por su médico tratante y la remisión a valoración por medicina especializada en “urología pediátrica, gastroenterología pediátrica y nefrología pediátrica”.

Sobre este punto Caprecom EPS no se manifestó al respecto. Sin embargo, la Secretaría Departamental de Salud del Guaviare, señaló que al estar los procedimientos requeridos por el menor incluidos en el POS, es la EPS Caprecom la responsable de ordenar lo solicitado en la presente acción de tutela y brindar una atención integral, en virtud de lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia T-1021 de 2010 y lo solicitado en la tutela.

El Juez Promiscuo de Familia del Circuito de San José del Guaviare negó en única instancia el amparo solicitado. Lo anterior, porque el Gobierno Nacional a través del Decreto 2519 de 2015, dio inicio al proceso de liquidación de la Entidad Promotora de Salud CAPRECOM, por

tanto sus afiliados fueron reasignados a otras entidades a nivel nacional, según ubicación y disponibilidad. En consecuencia, al haberse ordenado la disolución de la EPS ya no es posible en este momento obligarla legalmente a seguirle garantizando la atención médica al usuario como afiliado al régimen subsidiado de salud, puesto que para obtener los servicios debe concurrir a la EPS a la cual fue asignado.

En sede de tutela el Magistrado Sustanciador mediante auto del veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciséis (2016), resolvió vincular a la Nueva EPS al proceso objeto de estudio en aras de garantizar su derecho fundamental al debido proceso, puesto que el menor fue reasignado a dicha entidad, por tanto la misma se podría ver afectada con la decisión. Sin embargo, dentro del término probatorio en sede de tutela no se manifestó al respecto.

4.2.2. Examen de procedencia

4.2.2.1. Subsidiariedad e Inmediatez

En diversas ocasiones, la Corte Constitucional ha establecido como regla general que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para solicitar la protección de los derechos fundamentales a la salud los niños y niñas.

En el caso objeto de estudio se encuentra acreditado que el niño Dumar Alejandro Alfonso Mora de dos (02) años de edad padece de una “infección urinaria crónica”, y necesita recibir el tratamiento médico especializado puesto que su patología a largo plazo puede afectar otros órganos como sus riñones y generar un “daño renal irreversible”.

Por lo tanto, en virtud de su condición de sujeto de especial protección constitucional y, ante la inexistencia de otros mecanismos ordinarios que garanticen efectivamente la defensa de los derechos invocados, la acción de tutela se abre paso como el mecanismo idóneo para invocar el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

En cuanto al principio de inmediatez, se encuentra acreditado, toda vez que la situación de salud del menor persiste y las entidades accionadas a la fecha de presentación de la acción veintidós (22) de diciembre de dos mil quince (2015), no habían autorizado la remisión hospitalaria del menor ni los servicios médicos requeridos.

4.2.2.2. Legitimación en la causa por activa

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 establece que todas las personas que estén dentro del territorio nacional o fuera de éste pueden recurrir a la acción de tutela directamente a través de un procedimiento preferente, informal y sumario[49]. A pesar de lo anterior, también se contempla la opción de que se interponga por un tercero si se presenta alguno de los siguientes eventos: “(i) quien actúa es el representante legal del titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados; (ii) el accionante es el apoderado judicial de aquel que alega sufrir un menoscabo a sus derechos, o (iii) el tercero actúa como agente oficioso.”[50]

La jurisprudencia de la Corte Constitucional[51] ha establecido que para utilizar la agencia oficiosa se debe demostrar la necesidad de utilizar la figura y probar que el titular de los derechos vulnerados o amenazados no puede promover por sí sola su propia defensa por incapacidad física o mental.[52] A partir de la norma mencionada, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 determinó que la tutela se puede ejercer por cualquier persona cuyos derechos se vean vulnerados o amenazados y que existe la posibilidad de promoverla por medio de representante legal o de un agente oficioso[53].

En la Sentencia T-214 de 2014 esta Corporación señaló que la agencia oficiosa es una figura que se utiliza cuando el titular de los derechos fundamentales que se consideran vulnerados está en la imposibilidad de ejercer su defensa, por lo cual se legitima a un tercero indeterminado para que actúe a su nombre sin que se requiera que medie un poder.[54] En ese sentido, se indicaron los requisitos que se exigen para que opere la agencia oficiosa: (i) que se exprese claramente por parte del agente que actúa a nombre de otra persona; (ii) que en el escrito de tutela se deje expresamente manifestado que el titular del derecho sobre el cual se solicita protección no esté en condiciones físicas o mentales de promover su defensa; (iii) que estén totalmente identificados el o los agenciados; y (iv) que oportunamente mediante actos positivos del agente se ratifique frente a los hechos y pretensiones de la tutela.[55]

En el mismo sentido se indicó que la procedencia de la agencia oficiosa se fundamenta en principios constitucionales como “i) la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 CP.), cuyo objetivo principal es hacer efectiva la protección de los derechos de

las personas e impedir se presenten circunstancias y requisitos superfluos; ii) el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2o CP.), el cual vincula tanto a las autoridades públicas como a los particulares; iii) el principio de solidaridad (artículo 95 CP.), que exige velar por la defensa no sólo de los propios derechos, sino también de los ajenos cuando los titulares se encuentren en imposibilidad de hacerlo por sí mismos.”[56]

La Corte Constitucional ha establecido que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden ejercer la acción de tutela como agentes oficiosos con el objeto de proteger los derechos fundamentales de aquellas personas que no pueden acudir a la administración de justicia directamente.[57]

En estos eventos, se requiere que se presenten dos (2) elementos para que se configure la agencia oficiosa: (i) que el agente oficioso exprese claramente que actúe en tal condición y (ii) que el titular de los derechos fundamentales que se invocan no tenga las condiciones que le permitan instaurar a nombre propio la acción de tutela[58].

Esta Corporación paulatinamente ha flexibilizado la exigencia de señalar de manera expresa que se actúa como agente oficioso y también la referente a indicar los motivos por los cuales el titular de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados no puede interponer por sí mismo la acción de tutela.

Por lo anterior, se ha establecido que en los eventos en donde el titular de los derechos invocados no pueda actuar por sí mismo por motivos físicos, mentales y síquicos, y no se indique esa situación ni que se adelanta una actuación como agente oficioso, el juez de tutela está en la obligación de identificar las razones que generan que el accionante actúe en nombre de otra persona[59]. Así mismo, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 contempla que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales están legitimados para interponer la acción de tutela en nombre de un tercero cuyos derechos fundamentales se vean vulnerados o estén en riesgo de verse afectados.[60]

Por su parte, el artículo 46 del Decreto 2591 de 1991 legitima al Defensor del Pueblo para interponer acciones de tutela en nombre de terceros: “Artículo 46.- Legitimación. El Defensor del pueblo podrá, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión.” Así mismo, esta Corporación ha reconocido que el Defensor

del Pueblo y los Personeros Municipales o Distritales tienen competencia para instaurar una tutela como agentes oficiosos en dos circunstancias específicas: “(i) cuando actúen en representación de una persona que lo haya solicitado y (ii) cuando la persona se encuentre desamparada o indefensa. [61]

De esta manera, se tiene que en el primer caso si la persona solicitó la intervención y representación de cualquiera de estas dos (2) autoridades existe la voluntad de quien considera afectados sus derechos fundamentales, lo anterior es necesario para poder garantizar que se acceda a la administración de justicia del titular de los derechos vulnerados, quien puede desistir de la acción en cualquier momento[62]. En cuanto al segundo supuesto, esta Corte ha señalado que se refiere a eventos en donde la persona “se encuentra inerme o desamparada, es decir, sin medios físicos o jurídicos de defensa o con medios y elementos insuficientes para resistir o repeler la agresión o la amenaza de vulneración, a su derecho fundamental”. [63]

En relación con el caso concreto, se encuentra demostrado que la señora Laura Grisales acude a la Defensoría del Pueblo del Guaviare con el propósito de solicitar la protección de los derechos fundamentales de su primo el menor Dumar Alejandro Alfonso Mora, quien se encontraba hospitalizado en urgencias del hospital Simón Bolívar de Bogotá con una “infección urinaria crónica” y la EPS accionada no autorizaba su remisión a medicina especializada pese a que se trataba de un menor de edad con una situación de salud grave que podría incluso causarle la muerte o afectar definitivamente otros órganos.

Teniendo en cuenta la información suministrada por la señora Laura Grisales y su solicitud de ayuda, el veintidós (22) de diciembre de la misma anualidad la Defensoría del Pueblo – Regional Guaviare interpuso una acción de tutela como agente oficioso de Dumar Alejandro Alfonso Mora pues sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna e integridad personal se veían amenazados ante la negativa de la accionada. De conformidad con lo anterior, debe concluirse que la Defensoría del Pueblo Regional Guaviare está legitimada por activa, puesto que se trata de menor de edad en situación de debilidad manifiesta, quien necesita con urgencia la protección de su derecho fundamental a la salud y además indica que actúa como agente oficioso.

4.2.2.3. Legitimación por pasiva

En el caso sub examine se demandó a la EPS Caprecom Territorial Guaviare y a la Secretaría de Salud del mismo departamento; así mismo, en sede de revisión, mediante Auto del veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciséis (2016), se vinculó a la Nueva EPS, por ser la entidad prestadora de salud a la que fue reasignado el menor Dumar Alejandro y por ser la presunta vulneradora de los derechos fundamentales alegados.

En este caso la legitimación por pasiva está dada porque tanto la Secretaría de Salud del Guaviare como la EPS accionada, participan en la prestación de servicios de seguridad social respectivamente y, por tanto, prestan servicios públicos, por lo que sus actuaciones están cobijadas por el citado artículo 13 del Decreto 2591 de 1991.

4.2.3. Análisis de la presunta vulneración de los derechos fundamentales del niño Dumar Alejandro Alfonso Mora

4.2.3.1. Quedó probado dentro del expediente que el menor de edad Dumar Alejandro Alfonso Mora padece de una infección complicada en las vías urinarias denominada “infección urinaria crónica”, por la cual en diciembre de 2015 se encontraba hospitalizado en urgencias del Hospital Simón Bolívar de Bogotá.[64] Sin embargo, pese a su situación grave de salud, ya que en un niño de tan solo dos (02) años de edad dicho diagnóstico puede afectarle sus riñones u otros órganos, la EPS accionada negó su remisión a medicina especializada y no autorizó la práctica de la ecografía de las vías urinarias. Lo anterior, según los relatos del tutelante por no contar con servicio de pediatría, afirmación que no fue desvirtuada y, por tanto, debe ser tomada como cierta.

Igualmente, se encuentra comprobado que la EPS accionada fue liquidada mediante Decreto 2519 del veintiocho (28) de diciembre de dos mil quince (2015) y sus usuarios fueron reasignados a la Nueva EPS, entidad que tal y como se manifestó anteriormente fue vinculada al proceso de tutela en sede de revisión, en aras de salvaguardar su derecho fundamental al debido proceso.

4.2.3.2. En vista de lo anterior, esta Sala de revisión estudiará si de conformidad con las preceptivas constitucionales y las legales que regulan el tema, las EPS- accionada y vinculada, vulneraron el derecho fundamental a la salud del menor de edad. Además, si por este hecho resultaron afectados otros derechos superiores como la vida digna, integridad personal y la seguridad social.

4.2.3.3. En principio, observa la sala que Caprecom EPS señala que no puede autorizar la remisión del menor a medicina especializada puesto que no cuenta con servicio de pediatría. De lo anterior surge el siguiente interrogante: ¿Puede la EPS accionada liberarse de la responsabilidad de autorizar la remisión y el procedimiento prescrito por el médico tratante del menor para mejorar su calidad de vida, argumentando que no cuenta con el profesional especializado para ello?

Para dar respuesta al interrogante planteado, es necesario recordar que cuando se trata de niños y niñas, sujetos de especial protección constitucional, el derecho a la salud debe garantizarse de manera integral, aún respecto de aquellos tratamientos catalogados como No-POS.[65] De igual forma, la integralidad del servicio de salud debe entenderse como la prestación de todos los servicios que los niños y niñas requieran para el mejoramiento de su calidad de vida.

Por tanto, de ninguna manera se debe negar la prestación del servicio médico por no contar con el especialista. Es obligación de la EPS contratar el personal médico adecuado para atender cualquier padecimiento de los afiliados. Al respecto esta Corte en Sentencia C-313 de 2014[66], precisó:

“(…) se torna imperioso revisar y actualizar el catastro relativo a los profesionales especializados en las diferentes áreas de la salud, en aras de evitar la negación del acceso al derecho por falta de personal especializado. Por ende, se debe exigir a los aseguradores y prestadores el cubrimiento necesario en todas las áreas especializadas de la salud (…)”.

En el caso objeto de estudio, el niño Dumar Alejandro, padece de una “infección urinaria crónica” y, requiere ser remitido con urgencia a especialistas en “urología, gastroenterología y nefrología pediátrica” y la realización de una ecografía en las vías urinarias. Lo anterior, para evitar un daño renal irreversible. Por tanto, la negativa de la prestación del servicio por parte de la EPS accionada no solo vulneró los derechos fundamentales del menor de edad, sino que también constituye una falta al deber que tienen las entidades prestadoras del servicio de salud de contar con el personal competente y apropiado desde el punto de vista médico y técnico, para así responder con los estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas[67].

En esta medida, ninguna EPS debe negar la prestación del servicio de salud requerido, aduciendo no contar con el profesional adecuado para ello, puesto que es un deber legal estar dotado del personal necesario para atender todas las necesidades del afiliado. En caso de no contar con el debe contratarlo o prestarlo mediante otra IPS; más aún cuando se trata de la salud de un menor de edad.

4.2.3.4. Ahora bien, a diferencia de lo expresado por el juez de instancia, esta Sala considera que la desaparición por liquidación de la EPS Caprecom no es justificación suficiente para negar la prestación de los servicios de salud requeridos con urgencia por los afiliados y más aún cuando quien requiere el servicio es un menor de edad, pues tal y como se señaló en la parte considerativa de esta providencia, los usuarios de Caprecom EPS fueron reasignados a la Nueva EPS. Como se advirtió, el menor desde el primero (01) de enero del presente año se encuentra activo en dicha entidad, por tanto la prestación del servicio, pese a la desaparición de la entidad emisora, debe ser continua y no son admisibles barreras administrativas para retardar la prestación efectiva del mismo, ya que es suficiente la orden médica emitida por el médico tratante para que la EPS accionada esté obligada a ordenar el procedimiento, toda vez que por medio de ésta se entiende requerida. Además, por el riesgo en que se encuentran otros órganos del menor como sus riñones, es de prima urgencia el inicio del tratamiento para mejorar su calidad de vida.

En esta medida “Las Entidades Promotoras de Salud receptoras deberán garantizar la prestación de los servicios de salud a los afiliados, a partir del momento en que se haga efectivo el traslado (...). Hasta tanto, la prestación será responsabilidad de la Entidad objeto de la medida de revocatoria de autorización de funcionamiento, intervención para liquidar, supresión o liquidación voluntaria.[68]”

Lo anterior obedece a que los usuarios no pueden ver afectados sus derechos fundamentales por la negligencia y la falta de previsión de la entidad prestadora del servicio de salud, como tampoco pueden asumir por cuenta de la imprevisión administrativa la obligación de desarrollar una serie de procedimientos con el fin de obtener autorización para el suministro de medicamentos o tratamientos médicos que requieran con urgencia o con ocasión de una enfermedad ruinosa o catastrófica[69].

4.2.3.5. Por tanto, es importante advertirles a los jueces de tutela que la

prestación adecuada del servicio de salud al afiliado no puede verse afectada con la reasignación a otra empresa promotora de salud. En esa medida en Sentencia T- 169 de 2009[70] esta Corte señaló que “la decisión de cambio de Empresa Promotora de Salud no afecta la continuidad del servicio público de salud, como quiera que le corresponde prestar la atención médica a la EPS que se retira el trabajador, hasta el día anterior a la vigencia de la nueva relación contractual”[71]; y ello porque “la continuidad del servicio se protege no solamente por el principio de eficiencia. También por el principio consagrado en el artículo 83 de la C.P: “las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”. Esa buena fe sirve de fundamento a la confianza legítima que tiene una persona para que no se le suspenda un tratamiento luego de haberse iniciado[72].

En consecuencia, se advertirá al Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de San José del Guaviare, que en los casos similares al objeto de estudio deberá dar estricto cumplimiento al Decreto 055 de 2007 y a la jurisprudencia que ha desarrollado esta Corporación en lo referente al principio de continuidad en la prestación del servicio de salud.

4.2.3.6. De lo manifestado con anterioridad, se puede concluir que en el caso objeto de estudio se han vulnerado los derechos fundamentales del menor de edad Dumar Alejandro ya que, tanto Caprecom EPS como la Nueva EPS, han dilatado la prestación eficiente del servicio de salud requerido y ordenado por su médico tratante colocando barreras administrativa y cargas adicionales que el menor no tiene la obligación de soportar. Entidades encargadas de contar con los médicos especializados suficientes para afrontar cualquier padecimiento de los usuarios. Al respecto, esta Corte ha señalado:

“...las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad’.[73] En tal sentido, cuando una EPS niega servicios de salud a una persona que tiene derecho a ellos, porque no realizó un trámite que le corresponde realizar a la propia entidad, irrespeto su derecho a la salud, puesto que crea una barrera para acceder al servicio...”

Por lo anterior se repite que las EPS están obligadas a prestar el servicio de salud y no pueden colocar obstáculos innecesarios para evadir su responsabilidad en la prestación del servicio y más aún cuando con dicha negativa se está poniendo en riesgo la salud de un

niño, quien es considerado sujeto de especial protección constitucional.

4.2.3.7. En vista de lo anterior, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional concluye que los derechos fundamentales a la salud, integridad personal, a la vida digna y a la seguridad social del menor Dumar Alejandro Alfonso Mora, están siendo vulnerados puesto que la liquidación de una EPS no es excusa para negar la autorización de un servicio médico prioritario, ya que en este caso tanto la EPS emisora como la receptora tienen la obligación legal de prestar el servicio de salud de forma continua al usuario, sin colocar barreras administrativas que retarden la prestación efectiva del mismo.

Así mismo, se ordenará a la NUEVA EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice la remisión del menor a especialistas en urología, gastroenterología y nefrología pediátrica y la realización de la ecografía en las vías urinarias. Así como también la prestación de todos los servicios que requiera para el tratamiento integral y continuo de su enfermedad, sin importar si se encuentran o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Para ello, garantizará el derecho al diagnóstico, a partir de la realización de una cita médica en la cual se determine el estado actual de la salud del tutelante y los tratamientos, procedimientos, medicamentos e insumos que sean necesarios para garantizar su derecho fundamental a la salud[74].

Se advertirá al Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de San José del Guaviare, que en los casos similares al objeto de restudio deberá dar estricto cumplimiento al Decreto 055 de 2007 y a la jurisprudencia que al que ha desarrollado esta Corporación en lo referente al principio de continuidad en la prestación del servicio de salud.

Igualmente, se advertirá a la Nueva EPS, para que en un futuro se abstenga de hacer requerimientos administrativos adicionales y garantice de forma inmediata el principio de continuidad en la atención de salud, en relación no sólo al caso objeto de estudio sino a los demás usuarios que puedan encontrarse en situación similar a la del accionante.

Por último, se comunicará la presente decisión a la Superintendencia de Salud y a la Defensoría del Pueblo Regional Guaviare para que dentro de la órbita de sus competencias, haga un seguimiento del cumplimiento de esta providencia.

5. CONCLUSIONES

5.1. En la presente oportunidad la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional decidió reiterar y precisar su jurisprudencia respecto de la obligación que tienen las entidades prestadoras del servicio de salud de garantizarle a los afiliados la continuidad en la prestación del mismo, con independencia de intervenciones para su liquidación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, revocatoria de su autorización de funcionamiento, orden de supresión o liquidación por parte del Gobierno Nacional o de su liquidación voluntaria, pues dichos procesos se deben desarrollar sin solución de continuidad en la prestación de los servicios de salud para garantizarles a los usuarios sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la integridad personal y a la dignidad humana.

5.2. En esta medida la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la vida digna y a la seguridad social de los tutelantes los cuales están siendo vulnerados al negarles la prestación de los servicios médicos requeridos. En consecuencia, advirtió que la liquidación de una EPS no es excusa para negar la autorización de un servicio médico prioritario, ya que tanto la EPS emisora como la receptora tienen la obligación legal de prestar el servicio de salud de forma continua al usuario, sin colocar barreras administrativas que retarden la prestación efectiva del mismo.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. En el expediente T-5.446.976 REVOCAR, por las razones expuestas en la presente providencia, la sentencia proferida el cuatro (04) de diciembre de dos mil quince (2015), en única instancia por el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquía que negó las pretensiones del actor y en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, integridad personal, a la vida digna y a la seguridad social del señor Daniel Elías Vásquez Ochoa.

SEGUNDO. En consecuencia, ORDENAR a CAFESALUD EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice el procedimiento denominado “colecistectomía por laparoscopia, tipo de cirugía prioritaria”, y todos los tratamientos médicos que requiera el señor Daniel Elías Vásquez Ochoa para el manejo de su enfermedad, y que hayan sido ordenados por su médico tratante.

TERCERO. ADVERTIR al Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquía, que en los casos similares al objeto de estudio deberá dar estricto cumplimiento al Decreto 055 de 2007 y a la jurisprudencia que ha desarrollado esta Corporación en lo referente al principio de continuidad en la prestación del servicio de salud.

CUARTO. ADVERTIR a CAFESALUD EPS, para que en un futuro se abstenga de hacer requerimientos administrativos adicionales y garantice de forma inmediata el principio de continuidad en la atención de salud, en relación no sólo al caso objeto de estudio sino a los demás usuarios que puedan encontrarse en situación similar a la del accionante.

QUINTO. COMUNICAR la presente decisión a la Superintendencia de Salud, para que dentro de la órbita de sus competencias, haga un seguimiento del cumplimiento de esta providencia.

SEXTO. En el expediente T-5.450.211 REVOCAR, por las razones expuestas en la presente providencia, la sentencia proferida el seis (06) de enero de dos mil dieciséis (2016), por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de San José del Guaviare que negó las pretensiones invocadas por el Defensor del Pueblo regional Guaviare como Agente oficioso del menor de edad Dumar Alejandro Alfonso Mora y en su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la salud, integridad personal, a la vida digna y a la seguridad social del menor.

SÉPTIMO. ORDENAR a la NUEVA EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice la remisión del menor Dumar Alejandro Alfonso Mora a especialistas en urología, gastroenterología y nefrología pediátrica y la realización de la ecografía en las vías urinarias. Así como también le preste todos los servicios que requiera para el tratamiento integral y continuo de su enfermedad, sin importar si se encuentran o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Para ello, garantizará el derecho al diagnóstico, a partir de la realización de una cita médica en la cual

se determine el estado actual de la salud del tutelante y los tratamientos, procedimientos, medicamentos e insumos que sean necesarios para garantizar su derecho fundamental a la salud[75].

OCTAVO. ADVERTIR al Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de San José del Guaviare, que en los casos similares al objeto de estudio deberá dar estricto cumplimiento al Decreto 055 de 2007 y a la jurisprudencia que ha desarrollado esta Corporación en lo referente al principio de continuidad en la prestación del servicio de salud.

NOVENO. ADVERTIR a la NUEVA EPS, para que en un futuro se abstenga de hacer requerimientos administrativos adicionales y garantice de forma inmediata el principio de continuidad en la atención de salud, en relación no sólo al caso objeto de estudio sino a los demás usuarios que puedan encontrarse en situación similar a la del accionante.

DECIMO. COMUNICAR la presente decisión a la Superintendencia de Salud y a la Defensoría del Pueblo Regional Guaviare para que dentro de la órbita de sus competencias, haga un seguimiento del cumplimiento de esta providencia.

UNDÉCIMO. Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Han transcurrido ocho (08) meses al momento en que el accionante interpuso la acción de tutela. En sede de revisión ya ha transcurrido un año desde la firma de su consentimiento.

[2] En el expediente no obra copia de las respuestas emitidas por la Superintendencia de Salud.

[3] Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

[4] Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[5] Art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[6] Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales art. 12.

[7] Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

[8] Ver Sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000, T-499 de 2014 y recientemente la T-121 de 2015.

[9] MP, Clara Inés Vargas Hernández

[10] MP, Manuel José Cepeda Espinosa.

[11] MP, Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[13] Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-634 de 2015.

[14] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[15] El artículo 1 de la ley en cita establece que: “La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección”. Por su parte, el artículo 2 dispone: “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. // Comprende el acceso a los servicios de

salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

[16] Al respecto, en la Sentencia C-313 de 2014, se indicó que: “Con estos presupuestos, procede la Corte, a valorar las obligaciones de las cuales se hace responsable al Estado, en el artículo 5 en evaluación. El precepto señala al Estado como responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho. Para la Corte, tales responsabilidades de respeto, protección y garantía son congruentes con las obligaciones legales de carácter general de respeto protección y cumplimiento, establecidas en la observación 14. No encuentra la Sala razones para censurar ninguna de las tres responsabilidades que el legislador estatutario le endilga al Estado colombiano en materia de la búsqueda del goce efectivo del derecho. Ahora, advierte la Corporación que el precepto adoptado por el legislador debe comportar una interpretación amplia del derecho objeto de regulación, por ende, la norma, según la cual, únicamente serían responsabilidad del Estado las tres obligaciones estipuladas en el enunciado legal, no es de recibo en el ordenamiento constitucional colombiano”.

[17] El artículo 5 de la Ley 1751 de 2015 dispone que: “El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá:

a) Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas;

b) Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema;

- c) Formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales;
- d) Establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio;
- e) Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto;
- f) Velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población;
- g) Realizar el seguimiento continuo de la evolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de las personas;
- h) Realizar evaluaciones sobre los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en función de sus principios y sobre la forma como el Sistema avanza de manera razonable y progresiva en la garantía al derecho fundamental de salud;
- i) Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población;
- j) Intervenir el mercado de medicamentos, dispositivos médicos e insumos en salud con el fin de optimizar su utilización, evitar las inequidades en el acceso, asegurar la calidad de los mismos o en general cuando pueda derivarse una grave afectación de la prestación del servicio”.

[18] En relación con cada uno de ellos la norma en cita establece que: “a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;

b) Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud,

permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad;

c) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información;

d) Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos”.

[19] MP, Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[20] cfr. Sentencia T-169 de 2009 que retomó la línea contemplada en la Sentencia T-246 de 2009, MP, Humberto Sierra Porto.

[21] Decreto 055 de 2007, artículo 2º: “Mecanismos de traslado excepcional de afiliados. Para garantizar la continuidad en el aseguramiento y la prestación del servicio público esencial de seguridad social en salud en el régimen contributivo, teniendo en cuenta el número de afiliados, en las Entidades Promotoras de Salud a las que se les revoque la autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo, o sean objeto de intervención para liquidar, o se les haya ordenado la supresión o liquidación, o se haya dispuesto la liquidación voluntaria, se establecen dos mecanismos excepcionales de traslado de afiliados: afiliación a prevención o afiliación por asignación que se definen en el presente Decreto.

[22] MP, Humberto Sierra Porto.

[23] Corte Constitucional. Sentencia T-270 de 2005.

[24] CFR Sentencia T-993 de 2002.

[25] MP, Jorge Iván Palacio Palacio.

[26] Sentencia T-270 de 2005. MP, Álvaro Tafur Galvis.

[27] Ídem.

[28] Sentencias T-270 de 2005. MP, Álvaro Tafur Galvis y T-170 de 2002. MP, Manuel José Cepeda Espinosa.

[29] Véase la Sentencia T- 898 de 2010. MP, Juan Carlos Henao Pérez.

[30] T- 084 de 2011 MP, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[31] Sentencias T-514 de 1998, T-415 de 1998, T-408 de 1995, T-531 de 1992, T-287 de 1994, T-556 de 1998, T-117 de 1999.

[32] Ver entre otras, las sentencias T-075 de 1996, SU-225 de 1998, T-236 de 1998, T-286 de 1998, T-453 de 1998, T-514 de 1998, T-556 de 1998, T-784 de 1998, T-796 de 1998, T-046 de 1999, T-117 de 1999, T-119 de 1999, T-093 de 2000, T-153 de 2000, T-610 de 2000, T-622 de 2000, T-1430 de 2000.

[33] Sentencia T-860 de 2003.

[34] Sentencia T- 893 de 2010, MP, María Victoria Calle Correa

[35] MP, Álvaro Tafur Galvis

[36] MP, Jorge Iván Palacio Palacio

[37] MP, Alberto Rojas Ríos

[38] Al respecto, la norma en cita dispone que: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la

educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. (...)”

[39] El inciso 3 del artículo 44 del Texto Superior, establece que: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

[40] Consideración tomada de la Sentencia T-121 de 2015.MP, Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[41] Folios 48-53, cuaderno principal.

[42] T- 745 de 2014, MP, Mauricio González Cuervo

[43] a) Prolongación del sufrimiento, que consiste en la angustia emocional que les produce a las personas tener que esperar demasiado tiempo para ser atendidas y recibir tratamiento; b) Complicaciones médicas del estado de Salud, esto se debe a que la persona ha tenido que esperar mucho tiempo para recibir la atención efectiva, lo cual se refleja en el estado de salud debido a que la condición médica empeora; c) Daño permanente, cuando ha pasado demasiado tiempo entre el momento en que la persona acude al servicio de salud y hasta el momento en que recibe la atención efectiva, empeorando el estado de salud y por lo tanto generándole una consecuencia permanente o de largo plazo; d) Discapacidad permanente, se da cuando el tiempo transcurrido es tal entre el momento que el paciente solicita la atención y hasta cuando la recibe, que la persona se vuelve discapacitada; e) Muerte, esta es la peor de las consecuencias, y se puede dar cuando la falta de atención pronta y efectiva se tarda tanto que reduce las posibilidades de sobrevivir o cuando el paciente necesita de manera urgente ser atendido y por alguna circunstancia el servicio es negado.

[44] Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-634 de 2015.

[45] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[46] El artículo 1 de la ley en cita establece que: “La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección”. Por su parte, el artículo 2 dispone: “El derecho fundamental a la salud es autónomo e

irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. // Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

[47] Corte Constitucional. Sentencia T-246 de 2005, T- 022 de 2014.

[48] Decreto 055 de 2007, artículo 2º: “Mecanismos de traslado excepcional de afiliados. Para garantizar la continuidad en el aseguramiento y la prestación del servicio público esencial de seguridad social en salud en el régimen contributivo, teniendo en cuenta el número de afiliados, en las Entidades Promotoras de Salud a las que se les revoque la autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo, o sean objeto de intervención para liquidar, o se les haya ordenado la supresión o liquidación, o se haya dispuesto la liquidación voluntaria, se establecen dos mecanismos excepcionales de traslado de afiliados: afiliación a prevención o afiliación por asignación que se definen en el presente Decreto.

La Superintendencia Nacional de Salud al resolver sobre la revocatoria de autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo o la intervención para liquidar, o la autoridad al ordenar la liquidación de las entidades promotoras de salud públicas o de las entidades adaptadas, o el organismo competente que disponga la liquidación voluntaria, debe evaluar y ordenar la aplicación de uno de los mencionados mecanismos de traslado, según se considere adecuado para la garantía de la continuidad en la prestación del servicio público esencial de seguridad social en salud.” (negrilla fuera de texto)

[49] Sentencia de la Corte Constitucional T-11 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[50] Sentencia de la Corte Constitucional T-214 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

[51] Sentencia de la Corte Constitucional T-845 de 2011 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[52] Sentencia de la Corte Constitucional T-11 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[53] Sentencia de la Corte Constitucional T-214 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa. Ver sentencias T-330 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-545 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[54] Sentencia de la Corte Constitucional T-214 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

[55] Sentencia de la Corte Constitucional T-214 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa

[56] Sentencia de la Corte Constitucional T-119 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[57] Sentencia de la Corte Constitucional T-119 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[58] Sentencia de la Corte Constitucional T-119 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias SU-707 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara; T-659 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-414 de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez, T-574 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-239 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-078 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-681 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-095 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-365 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-299 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-050 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-591 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; y T-961 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa; entre otras.

178 Sentencia de la Corte Constitucional T-119 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[61] Sentencia T-682 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero

181 Sentencia T-682 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

182 Sentencia T-682 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[64] En sede de revisión, teniendo en cuenta la edad del menor y su condición de salud delicada, este Despacho se comunicó telefónicamente con la defensora accionante con la

finalidad de conocer el estado actual de salud del menor, obteniendo como respuesta que la funcionaria no tenía conocimiento del estado del mismo. Aunado a lo anterior, tampoco se manifestó dentro del término probatorio dado mediante auto del veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

[65] Sentencia T-974 de 2010, MP, Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[66] MP, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

[67] Ley Estatutaria 1751 de 2015, “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”

“(…) Artículo 14. Prohibición de la negación de prestación de servicios. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia.

Artículo 6°. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: (...)

d) Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos (...)

[68] Artículo 3 Decreto 055 de 2007 “Por el cual se establecen mecanismos tendientes a garantizar la continuidad en el aseguramiento y la prestación del servicio público de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

[69] Sentencia T-681 de 2014, reiteró la línea fijada en la Sentencia T-169 de 2009.

[70] MP, Humberto Sierra Porto.

[71] Corte Constitucional. Sentencia T-270 de 2005.

[72] CFR Sentencia T-993 de 2002.

[73] T-976 de septiembre de 2005, MP, Manuel José Cepeda Espinosa.

[74] Cfr. T-787/14

[75] Cfr. T-787/14