

Sentencia T-413/20

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS CON ENFERMEDADES HUERFANAS/ENFERMEDADES HUERFANAS-Contexto normativo/ENFERMEDADES HUERFANAS-Características

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

El principio de continuidad en el servicio de salud implica que i) las razones de carácter meramente administrativo o económico no son justificación suficiente para interrumpir un tratamiento en curso en determinada IPS; ii) los conflictos contractuales entre la EPS y la IPS o internos en cada una de estas no son justa causa para impedir el desarrollo de los tratamientos con continuidad y; iii) el traslado de IPS está justificado cuando se preservan las condiciones de calidad y no está en curso un tratamiento específico del cual depende la vida o integridad de la persona y otra entidad ha asumido el servicio.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Cobertura, participantes afiliados y vinculados/SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Deberes de los participantes

Los afiliados al Sistema de Seguridad Social en salud tienen ciertos deberes que i) son derivados directamente de mandatos constitucionales; ii) incumplir estos deberes acarrea consecuencias, ya sean las que el legislador pueda eventualmente fijar o generando la improcedencia de la acción de tutela; iii) el autocuidado es un deber que tiene origen constitucional e implica diversos comportamientos y circunstancias encaminadas a prevenir y manejar las enfermedades propias, de la familia y de la comunidad y; iv) los padres tienen especiales deberes frente a los niños frente a su atención dentro del sistema, como la obligación de afiliarlos y atender oportunamente las recomendaciones médicas.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CON ENFERMEDADES HUERFANAS-No vulneración por cuanto la Entidad Promotora de Salud demostró el cumplimiento de sus deberes de aseguramiento y atención en salud del menor

Referencia: Expediente T-7.728.984

Acción de tutela instaurada por la señora Paula Eloísa Santafé Duque en representación de su hijo Gustavo Santafé Duque contra Servicios Occidentales de Salud EPS y otros.

Magistrado sustanciador:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veinte (2020).

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Richard Ramírez Grisales (e), Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali, en la acción de tutela instaurada por señora Paula Eloísa Santafé Duque en representación de su hijo Gustavo Santafé Duque contra la entidad Servicios Occidentales de Salud EPS.

I. ANTECEDENTES

Hechos

1. El 21 de agosto de 2019, la señora Paula Eloísa Santafé Duque, en representación de su hijo Gustavo Santafé Duque, quien tiene 6 años de edad, promovió acción de tutela contra la EPS Servicios Occidentales de Salud al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del niño, pues la citada EPS decidió cambiar la IPS tratante de su patología.

1. Manifestó que su hijo padece la enfermedad de Von Willebrand Tipo 2 con comportamiento severo, misma que ha sido calificada como “enfermedad huérfana” de acuerdo con el código D680 de la Resolución Nº 5265 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social.¹

Se trata de un trastorno hemorrágico de carácter hereditario que ocasiona sangrado de manera prolongada pues la sangre no contiene suficientes factores de coagulación. Adicionalmente, el representado padece de rinitis alérgica e hipertrofia de adenoides, factores que implican una disminución en su calidad de vida y salud de las siguientes maneras: i) riesgo de hemorragia interna o muerte por debilidad muscular; ii) obstrucción del 80% de las adenoides, lo que genera ocasionalmente ahogamiento y dificultad para respirar y por ello el niño no puede correr ni caminar en períodos largos de tiempo y, finalmente, iii) sangrado en las encías que le implican el uso permanente e indefinido de tapabocas.

1. Debido a sus patologías, la junta médica de la IPS Centro Médico Imbanaco, donde ha sido tratado durante dos años, perteneciendo al programa de hemofilia de la institución, formuló el siguiente plan de atención: “PACIENTE QUE POR DIAGNÓSTICO DE ENFERMEDAD HUERFANA, SEVERIDAD Y ALTO RIESGO DE COMPLICACIÓN, REQUIERE MANEJO, SEGUIMIENTO Y REHABILITACIÓN EN UN CENTRO ESPECIALIZADO DE REFERENCIA PARA MANEJO DE SU PATOLOGIA HEMOTOLOGICA, QUE CUENTE CON UN EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO EXPERTO, DISPONIBILIDAD DE FACTORES DE COAGULACIÓN, LABORATORIO CLÍNICO ESPECIALIZADO, UCI/HOSPITALIZACIÓN PEDIÁTRICA Y HEMATO ONCOLOGÍA PEDIATRICA 24 HORAS PARA REDUCIR RIESGO DE COMPLICACIÓN Y MUERTE” (sic).²

Adicionalmente, la accionante aduce que por parte del equipo médico se ha establecido que debe ser tratado en instituciones médicas de cuarto y quinto nivel³ y que la continuidad e integralidad que requiere la atención de salud de su hijo solo puede ser proporcionada por la IPS Centro Médico Imbanaco.

1. Refirió la accionante que los servicios requeridos por su hijo se prestaron con total normalidad en la IPS Centro Médico Imbanaco pero que, al momento de interposición de la acción de tutela, la EPS Servicios Occidentales de Salud, a la cual se encuentran afiliados ella y su hijo, terminó la vinculación con esta IPS y trasladó la atención a Medicarte S.A.S., la cual de acuerdo con la accionante no es idónea para atender la patología de su hijo por su carácter únicamente ambulatorio. Por lo que pretende i) que su hijo sea tratado en la IPS Centro Médico Imbanaco debido a los requerimientos especiales de su patología y ii) que se autorice el tratamiento en esta IPS como se ha hecho por los últimos dos años.

Trámite procesal

1. Mediante auto N° 309 del 21 de agosto de 2019, el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali, avocó el conocimiento de la acción de tutela y dispuso su traslado a las accionadas. Asimismo, vinculó a la Administradora de Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES), al Centro Médico Imbanaco y a Medicarte S.A.S. para que ejercieran sus derechos de defensa frente a los hechos.

Respuestas de las accionadas y vinculadas

1. En respuesta allegada mediante apoderada judicial el 27 de agosto del 2019,⁴ el Centro Médico Imbanaco solicitó se le desvincule de la acción por cuanto consideró que no ha vulnerado los derechos del representado, al ser el direccionamiento a la IPS un asunto que corresponde a la EPS⁵, aclarando que hoy día no tiene un Convenio con la accionada y que Medicarte “está acreditada con idoneidad y calidad de acuerdo a los términos establecidos en el decreto 1011 de 2006 (...)”.⁶

1. En memorial de la misma fecha,⁷ la ADRES solicitó: i) denegar el amparo en lo concerniente a esa entidad -pues no le es achacable hecho vulneratorio alguno—y ii) se le desvincule del trámite de tutela.

1. En oficio del 29 de agosto del 2019⁸, Medicate S.A.S. sostuvo que presta todos los servicios necesarios para garantizar una atención efectiva al representado. En este sentido, indicó contar con un programa integral de atención a trastornos hereditarios de coagulación, el cual está integrado por un equipo interdisciplinario de profesionales⁹, incluyendo educación para autocuidado, líneas telefónicas de atención 24 horas, atención domiciliaria y atención prioritaria en la IPS.

Adicional a lo anterior, refirió que Medicate S.A.S. ocupa el primer y segundo puesto como “Centro de Referencia para la atención de enfermedades Huérfanas, lo que certifica la excelencia en el manejo de estas enfermedades, lo que incluye la ENFERMEDAD VON WILLEBRAND” (sic)¹⁰ y que a la fecha ninguna otra IPS ha recibido esta certificación. Afirmó asimismo que es obligación de las EPS configurar su red de prestadores del servicio de modo que se mantenga la calidad y se satisfagan los derechos de los usuarios, por lo que existe falta de legitimación por pasiva para ser vinculada a esta acción.

Igualmente, aseveró que la accionante ha desatendido sus obligaciones como afiliada pues se ha rehusado a que su hijo reciba los tratamientos ofrecidos por Medicate S.A.S. en reiteradas ocasiones así: i) el 14 de agosto del 2019 no llevó al representado a cita de hematología alegando que “primero no le han dado respuesta de la eps (sic) para enviarle transporte y segundo tiene un compromiso familiar”¹¹ y ii) el 21 de agosto del 2019 la IPS se comunicó para establecer cita de hematología en nueva fecha y se negó a aceptarla alegando que primero es necesaria la cita de otorrinolaringología para el tratamiento de adenoides del niño.¹²

En consecuencia, solicitó que se proceda a desvincular a Medicarte S.A.S. de la acción de tutela pues las pretensiones de la misma desbordan el ámbito de responsabilidad de la IPS. Adicionalmente, formuló como petición que se indique a la accionante su deber de cumplir con las obligaciones de los afiliados y beneficiarios, especialmente respecto a las órdenes impartidas por los médicos tratantes y la EPS y contribuir al cuidado integral de su hijo “siguiendo los procedimientos de control determinados por las EPS para la dispensación y aplicación de los medicamentos antes descritos (...)”.¹³

1. Finalmente, mediante respuesta con fecha del 29 de agosto del 2019,¹⁴ la EPS Servicios Occidentales de Salud sostuvo que su red de IPS presta servicios de calidad para sus pacientes. En el caso concreto de Medicarte S.A.S., alegó que presta una atención personalizada, especializada, diferencial, continua, integral y segura pues cuenta con 10 años de experiencia, 18 sedes repartidas en 14 ciudades a nivel nacional y brinda atención a 25.000 pacientes al año.

Sobre los servicios prestados por la EPS, mostró que i) se han autorizado medicamentos;¹⁵ ii) se prestó atención por urgencias el 15 de agosto del 2019; iii) se realizaron consultas con ortopedia el mismo día y; iv) se ha llevado a cabo la aplicación domiciliaria de medicamentos el 25 de agosto del 2019 debido al estado de salud del paciente. ¹⁶ Concluyó que no se está negando el servicio y que Medicarte S.A.S. es una IPS idónea en el manejo de la patología del niño Gustavo Santafé Duque. También refirió que a pesar de que la madre del niño conoce de las consecuencias del desatender los tratamientos, es reiterativa en no aceptar consultas con el especialista.

Por último, realizó un análisis del derecho a la libre escogencia tal y como está concebido por el numeral 3.12 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993. En este sentido, sostuvo que este está limitado por la red de prestadores del servicio que haya contratado su EPS y no con cualquier IPS según la voluntad particular. Por ello pidió denegar el amparo al no presentarse vulneración del derecho por su parte, y que se inste a la accionante a aceptar la ruta de

atención garantizada por la EPS.

Sentencias objeto de revisión

Primera instancia

1. El Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali, en sentencia del 02 de septiembre del 2019, amparó los derechos del hijo de la accionante por considerar que a) la EPS escogió unilateralmente la IPS que debe atender al menor de edad; b) si bien no se demuestra sumariamente que Medicarte S.A.S. preste atención de baja calidad, por tratarse de una enfermedad grave y riesgosa para la vida del representado se requiere la atención según las calidades prestadas por el Centro Médico Imbanaco y c) que Medicarte S.A.S. no cuenta con servicios de urgencias y, a pesar de que la EPS puede brindar atención de este tipo en otra entidad de nivel 4 o 5, se requiere una institución que conozca su historia clínica y tratamiento para no vulnerar el principio de continuidad.

En ese sentido, ordenó a la EPS Servicios Occidentales de Salud que “autorice y preste” al representado la atención integral en el Centro Médico Imbanaco de acuerdo a la sugerencia realizada por la junta médica de dicha entidad.

Impugnación

Mediante memorial radicado el 11 de septiembre de 2019,¹⁷ el apoderado de la EPS Servicios Occidentales de Salud presentó impugnación contra la sentencia de primera instancia. Allí reiteró la calidad del servicio prestado por Medicarte S.A.S. en reiteradas

ocasiones al hijo de la accionante, siendo algunos incluso rechazados por la madre, como no asistir a citas médicas programadas. Asimismo, pidió se revoque la sentencia de primera instancia y se ordene garantizar la continuidad del servicio dentro de la ruta de atención definida dentro de la red de prestadores de la EPS, es decir, en Medicarte S.A.S.

Segunda instancia

1. El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali revocó la sentencia de primera instancia y negó el amparo de los derechos el 24 de octubre del 2019. Sostuvo que, de acuerdo al derecho a la libre escogencia, si bien la accionante tenía la prerrogativa de elegir cualquier IPS para la prestación del servicio de salud a su hijo, “estaba llamada a escoger dentro de aquellas instituciones adscritas a su EPS”¹⁸. Adicionalmente, consideró que está demostrado que Medicarte S.A.S. cuenta con la capacidad para atender la patología del hijo de la accionante y que la crítica de la accionante al servicio “se presenta apenas como un criterio personalísimo, que no cuenta con soporte científico o médico alguno (...)”.¹⁹ Finalmente, argumentó que nada justificaría la orden de traslado al Centro Médico Imbanaco pues la IPS Medicarte S.A.S. ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones “con un manejo respecto del cual nada indica en el expediente que haya sido inadecuado, inoportuno o contraproducente”.²⁰

Pruebas que obran en el expediente

1. Las pruebas que obran en el asunto de la referencia son las siguientes:

i. Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante.²¹

ii. Certificado de interconsulta por urgencia del 18 de marzo del 2019 ante el Centro Médico Imbanaco.²²

- iii. Acta de la junta médica del Centro Médico Imbanaco del 30 de abril del 2019.23
- iv. Nota aclaratoria de la historia clínica del Centro Médico Imbanaco del 8 de mayo del 2019.24
- v. Acta de la junta médica del Centro Médico Imbanaco del 14 de mayo del 2019.25
- vi. Notas de evolución de la historia clínica del Centro Médico Imbanaco del 17 de junio del 2019.26
- vii. Notas de evolución de la historia clínica del Centro Médico Imbanaco del 20 de junio del 2019.27
- viii. Copia de la resolución N° 5265 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social.28
- ix. Captura de pantalla del Registro para la Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad del Ministerio de Salud y Protección Social donde se evidencia la inscripción del niño Gustavo Santafé Duque.29
- x. Historia clínica de Medicarte creada el 15 de agosto del 2019.30
- xi. Circular Externa N° 000011 de la Superintendencia de Salud con asunto: Instrucciones para la atención de enfermedades huérfanas.31
- xii. Historia clínica del paciente Gustavo Santafé Duque en Medicarte S.A.S.32
- xiii. Constancia de cumplimiento del fallo de primera instancia expedida por la EPS Servicios Occidentales de Salud el 24 de septiembre del 2019.33
- xiv. Historia clínica general del paciente Gustavo Santafé Duque en la Fundación Clínica del Valle de Lili.34
- xv. Notas de evolución de hospitalización del paciente Gustavo Santafé Duque en el Centro Médico Imbanaco el 16 de septiembre del 2019.35

Actuaciones en sede de revisión

1. En escrito ciudadano allegado a la Corte el 8 de noviembre de 2019 para la selección del expediente, la accionante explicó que, mientras que la atención ambulatoria a su hijo era prestada en Medicarte S.A.S., la atención hospitalaria estaba siendo direccionada a la Fundación Clínica del Valle de Lili, situación que vulnera los principios de integralidad y continuidad frente al derecho a la salud. Sostuvo que, si bien esta era del cuarto nivel, no contaba con personal capacitado para el tratamiento de la enfermedad y que, ni esta IPS ni Medicarte S.A.S., cuentan con respaldo de un programa de hemofilia.³⁶ Adicionalmente, realizó un análisis normativo y jurisprudencial de los principios de integralidad y continuidad fundamentándose en la circular 011 de 2016 de la Superintendencia Nacional de Salud y la sentencia T-770 del 2011.

Con base en lo anterior, solicitó que se continúe el tratamiento de su hijo en el Centro Médico Imbanaco pues el traslado a Medicarte S.A.S. afecta su estado de salud. Esta solicitud la presenta al sostener que i) ninguna de las IPS donde se realizó el traslado atienden las citas de otorrinolaringología del representado, mientras que el Centro Médico Imbanaco cubría todas las necesidades en un mismo lugar; ii) las citas de urgencias las atiende la Fundación Clínica del Valle de Lili con personal no capacitado para el manejo específico de la enfermedad que padece su hijo; iii) la remisión de Medicarte S.A.S. a la Fundación Clínica del Valle de Lili en diversas ocasiones³⁷ muestra que la primera no se encuentra capacitada para prestar los servicios del menor de edad y; iv) las facetas severas requieren de manejo continuo y tratamiento integral que Medicarte S.A.S. no puede proveer pues, no tiene capacidad de respuesta ante las complicaciones.

Finalmente, indicó que el Centro Médico Imbanaco está a la espera de visita por parte del Ministerio de Salud y Protección Social para ser habilitado para tratar pacientes con la patología de su hijo de acuerdo con la resolución 651 del 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social, por lo que propone se verifique si Medicarte S.A.S. y la Fundación Clínica del Valle de Lili cuentan con dicha habilitación.

1. Mediante auto del 18 de febrero de 2020 se vinculó a la Fundación Clínica del Valle de Lili y se decretaron pruebas relativas a esclarecer tres ejes temáticos: i) el estado actual de salud del hijo de la accionante, ii) el nivel de idoneidad técnica de las IPS involucradas y iii) el direccionamiento de la atención del niño.

1. En respuesta allegada por correo electrónico el 24 de febrero de 2020³⁸ por conducto de apoderado judicial, Medicarte S.A.S. atendió los requerimientos de la Corte y aclaró que: i) la accionante hace afirmaciones contrarias a la realidad en el escrito ciudadano allegado para la sala de selección; ii) el 11 de septiembre de 2019 se reportó a la accionante ante el SIVIGILA³⁹ por “implicación y sospecha de violencia (negligencia y abandono)”⁴⁰ por parte de la madre; iii) desde la suscripción de contrato con la EPS Servicios Occidentales de Salud el 1º de agosto de 2019, ha estado presta a brindar una atención integral a sus pacientes y; iv) a pesar de que la IPS se ha dispuesto a prestar todos los servicios médicos, la accionante ha mostrado resistencia para la atención de su hijo, por lo que no existe relación de confianza entre el afiliado y la IPS.

Afirmó que no se ha negado ningún servicio al hijo de la accionante y, por el contrario, ha sido esta quien se ha negado a recibir la atención para el niño. Adicionalmente, indicó que la última cita que tuvo el paciente en su IPS fue el 9 de septiembre de 2019 y que, a pesar de que se ha intentado reprogramar la cita el 20 y 28 de septiembre de 2019, la accionante se ha negado alegando que a su hijo se le debe atender en el Centro Médico Imbanaco. Finalmente, mostró que la EPS actualmente está dirigiendo al menor de edad al Centro Médico Imbanaco como lo afirmó la accionante en reunión del 20 de septiembre de 2019⁴¹.

Aseveró que la cláusula trigésima cuarta del contrato No. 073-2019 del 1º de agosto de 2019, suscrito entre Medicarte S.A.S. y Servicios Occidentales de Salud EPS, indica el proceso de referencia y contrarreferencia, por el cual se realizan las remisiones de pacientes, historias

clínicas y demás elementos necesarios entre una IPS y otra. En concreto, afirmó que:

“Particularmente para el caso que nos convoca, la IPS MEDICARTE siempre realizó el proceso de referencia, entendido este como el envío de pacientes o elementos de ayuda diagnóstica por parte de un prestador de servicios de salud, a otro prestador para atención o complementación diagnóstica que, de acuerdo con el nivel de resolución de respuesta a las necesidades de salud, conforme al artículo 3 del Decreto 4747 de 2007 compilado en el Decreto 780 de 2016”⁴²

Finalmente, aportó los certificados de habilitación a Medicate S.A.S. como centro de referencia donde se evidencia “que Medicate es el único prestador a nivel nacional que cuenta con dicha certificación.”⁴³ Adicionalmente, allegó una descripción pormenorizada del Programa de Atención a los Trastornos Hereditarios de Coagulación de la IPS Medicate S.A.S. y del personal capacitado para atender estas patologías, especialmente la hoja de vida del médico tratante en la ciudad de Cali.⁴⁴

1. En correo electrónico del 25 de febrero de 2020,⁴⁵ la accionante respondió a las solicitudes formuladas por el magistrado sustanciador en el auto del 18 de febrero del 2020. Frente al estado actual de salud de su hijo, indicó que el 20 de febrero de 2020 tuvo cita con el médico otorrinolaringólogo del Centro Médico Imbanaco, quien manifestó que el niño “está tapado por su fosa nasal derecha impidiendo su buena respiración”,⁴⁶ por lo que solicitó una radiografía de senos paranasales que no se ha realizado.

Posteriormente, sostuvo que el 15 de agosto de 2019 fue a cita de ortopedia en Medicate S.A.S. donde se evidenció hinchazón y se decidió practicar ecografía de rodilla, que tardó en arrojar resultados hasta el 5 de septiembre de 2019⁴⁷. Toda vez que se detectó derrame articular, se decidió aplicar el factor de coagulación. Además, indicó que el 3 de septiembre de 2019 llamó a Medicate S.A.S. por un sangrado nasal de su hijo y que el médico Carlos Andrés Portilla se negó a aplicar factor de coagulación por considerar que no era un sangrado

grave.

Refirió que más adelante, el 9 de septiembre de 2019, al ver que el niño presentaba sangrado por la rodilla se remitió a la Fundación Clínica del Valle de Lili a fin de que se le practicara una nueva ecografía. Sostuvo que al día siguiente se le indicó allí que el niño no presentaba sangrado, por lo que solicitó hablar con el hematólogo y se le comunicó que “no tiene programa de hemofilia y factores de coagulación 24/7”.⁴⁸ Ante esto, se contactó con el Centro Médico Imbanaco donde se procedió a hospitalizar al niño⁴⁹.

Finalmente, señaló que el traslado se realizó el 1º de agosto de 2019 y reiteró que la IPS Medicarte S.A.S. no tiene capacidad para el tratamiento de pacientes como su hijo y solo aplica el factor de coagulación, contrario al Centro Médico Imbanaco el cual puede prestar el servicio hospitalario sin necesidad de desplazar al paciente a otras instituciones.

1. El 28 de febrero de 2020, la EPS Servicios Occidentales de Salud, allegó respuesta mediante correo electrónico.⁵⁰ En esta ocasión, indicó que el paciente actualmente es tratado por el Centro Médico Imbanaco para la atención a su patología, pero que los pacientes afiliados a esta EPS con trastornos de coagulación son normalmente tratados por la IPS Medicarte S.A.S., la cual cuenta con un equipo multidisciplinario y la atención domiciliaria para administración de medicamentos y las urgencias que puedan ser manejadas de manera ambulatoria. Sostuvo que la red complementaria se garantiza por medio de la Fundación Clínica del Valle de Lili y el Centro Médico Imbanaco para los servicios de urgencias, hospitalización y todo procedimiento derivado de la patología de base.

Adicionalmente, indicó que el traslado de una IPS a otra obedeció a la terminación de la relación contractual entre la EPS y el Centro Médico Imbanaco el 31 de julio de 2019 y que ante la “terminación y no acuerdos entre las partes” se garantizó la atención de los pacientes con trastornos de la coagulación Medicarte S.A.S. Sin embargo, debido a la no adherencia de

la accionante en la nueva IPS, frente a la cual no aceptó tratamiento para su hijo, se decidió dar continuidad total de sus atenciones en la IPS Centro Médico Imbanaco en los ámbitos ambulatorio, urgencias, hospitalizaciones y quirúrgicos.

Finalmente, frente a los servicios de transporte, resaltó que no ha sido considerado un servicio necesario por parte del médico tratante pues no se encuentra prueba de esto anexada a la acción ni en los aplicativos de orden médica o MIPRES. Indicó que la EPS, al ser administradora de recursos públicos, no puede hacer uso de estos por fuera de la normatividad vigente, por ejemplo, al entregar servicios para los cuales no existe orden médica. Tras analizar la normativa aplicable, concluyó que el servicio de ambulancia de paciente ambulatorio es No POS, por lo que se requiere orden médica o tramitarse por MIPRES para otorgarlo.

1. El 2 de marzo de 2020, Medicarte S.A.S. allegó pronunciamiento frente a lo afirmado por la accionante en respuesta al requerimiento de la Corte.⁵¹ En primer lugar, aclaró que las citas por otorrinolaringología pueden ser atendidas por los especialistas de su IPS y que, para los casos de intervención quirúrgica, existen instituciones médicas con la capacidad e integralidad para el manejo de estas eventualidades.

Frente a las afirmaciones de la accionante sobre la falta de calidad en el servicio de Medicarte, sostuvo que la madre del niño afirmó comprender y estar de acuerdo con el tratamiento que el médico prescribió el 3 de septiembre de 2019⁵², el cual consideró era el acertado para tratar en ese momento al menor de edad de acuerdo con su criterio técnico.⁵³ Adicionalmente, indicó que el tiempo que se tardó la ecografía de rodilla es un hecho ajeno a Medicarte S.A.S. y que este corresponde a la red de prestadores del servicio de salud de la EPS.

Reiteró igualmente contar con un equipo interdisciplinario para la atención de las patologías

del menor de edad y ser la única entidad a nivel nacional habilitada como centro de referencia para el tratamiento de enfermedades como la que padece el hijo de la accionante. Además, sostuvo que el hecho de ser una entidad de tratamiento ambulatorio no desconoce la integralidad en la satisfacción del derecho a la salud, pues existe el proceso de referencia y contrarreferencia que permite cubrir todas las necesidades del niño.

1. Mediante oficio allegado a la Corporación el 6 de marzo de 2020, el Centro Médico Imbanaco respondió los requerimientos hechos por el magistrado sustanciador.⁵⁵ En este sentido indicó que para el momento del traslado el paciente se encontraba en medio de tratamiento en el cual “recibe profilaxis con factor VIII enriquecido con factor von Willebrand 500/1200 UI cada 48 horas para el control de sus sangrados”. Posteriormente, indicó que no se encuentra habilitado como centro de referencia para el tratamiento de enfermedades huérfanas ante el Registro Especial de Prestadores del Servicio de Salud del Ministerio de Salud y Protección Social. Finalmente, frente al manejo quirúrgico de la probable desviación septal derecha recomendado en la histórica clínica del 13 de septiembre de la entidad afirmó que la cirugía no se ha realizado “por condición clínica del paciente”.

1. En respuesta allegada el 9 de marzo de 2020,⁵⁶ la Fundación Clínica del Valle de Lili informó que la última información que obtuvo del paciente fue el 12 de septiembre de 2019 cuando se encontraba en el Centro Médico Imbanaco. Además, indicó la normativa referente al sistema de referencia y contrarreferencia para garantizar la continuidad e integralidad de la atención en salud. Finalmente, afirmó que no se encuentra habilitada como centro de referencia de enfermedades huérfanas.

1. El traslado de las pruebas referenciadas se dispuso mediante auto del 10 de agosto de 2020, una vez levantada la suspensión de términos establecida por el Consejo Superior de la Judicatura y que operó del 16 de marzo de 2020 al 30 de julio del mismo año⁵⁷. Dicho

traslado se comunicó a las partes el día 18 de agosto de 2020 y el mismo se venció el 21 de agosto de 2020, habiéndose recibido dos oficios de cumplimiento⁵⁸.

1. En primer lugar, se remitió pronunciamiento por parte de la IPS Medicarte el 19 de agosto de 2020⁵⁹, en el que se reiteraron los argumentos presentados en la respuesta al auto de pruebas de 18 de febrero de 2020.

1. En segundo lugar, el 20 de agosto de 2020 la accionante Paula Eloísa Santafé Duque⁶⁰ aportó diferentes documentos como i) la historia clínica del menor de edad en el Centro Médico Imbanaco; ii) la descripción del modelo de atención integral para hemofilia de la misma IPS y; iii) la certificación de compromiso con la excelencia del Centro Médico Imbanaco otorgado por la Fundación Colombia Excelente.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. Esta Sala es competente para analizar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991. Decisión que se adoptará bajo una breve justificación de conformidad con lo reglado en el artículo 35 del Decreto en mención.

Planteamiento del problema jurídico

1. Atendiendo los antecedentes antes descritos y una vez se verifique el cumplimiento de los parámetros de procedencia, corresponderá a esta Sala de Revisión responder el siguiente interrogante : ¿Se vulnera el derecho fundamental a la salud de niño que padece una enfermedad huérfana por parte de una EPS al ordenar el traslado de IPS, como consecuencia de la terminación del convenio con la institución que lo trataba desde hace varios años, la cual es de la preferencia de la madre del paciente menor de edad?

1. Para responder al problema jurídico, en la presente decisión se efectuará un análisis de i) el derecho a la salud, especialmente en los relativo a este derecho para los niños y las personas que padecen enfermedades huérfanas, ii) el principio de continuidad en el derecho a la salud, iii) los deberes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud y iv) se estudiará el caso concreto.

El derecho a la salud. Derechos de los niños y personas que padecen enfermedades huérfanas como sujetos de especial protección constitucional

1. El artículo 49 Superior dispone que la atención en salud es un servicio público y un derecho económico, social y cultural que el Estado debe garantizar a las personas asegurando el acceso a su promoción, protección y recuperación. Adicionalmente, el artículo 44 constitucional establece que “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...)”, y la prevalencia de estos frente a los derechos de los demás.

1. Lo anterior es concordante con lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es, que ningún infante debe ser privado de su derecho al disfrute de los servicios sanitarios y los Estados deben asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria necesaria a todos los niños, haciendo énfasis en la atención primaria de salud.

1. En sede jurisprudencial, la Corte ha establecido en diversas ocasiones el carácter de fundamental del derecho a la salud de los niños pues este contiene un núcleo esencial con aplicación inmediata independiente del estado de su desarrollo legislativo. En este sentido sostuvo la Corte en sentencia SU-225 de 1998 que:

“Del artículo 44 se deriva claramente que, la Constitución, respetuosa del principio democrático, no permite, sin embargo, que la satisfacción de las necesidades básicas de los niños quede, integralmente, sometida a las mayorías políticas eventuales. Por esta razón, la mencionada norma dispone que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares. (...) Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela.”

Como puede verse, desde sus inicios la Corte ha reconocido la fundamentalidad del derecho a la salud de los niños por mandato directo del artículo 44 de la Carta, de manera que es exigible través de la acción de tutela.

1. Ahora bien, esta protección especial otorgada a los niños se justifica en que “la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables”⁶¹. Esto es así, pues el constituyente buscó promover un Estado Social de Derecho donde se atendieran especialmente las necesidades de las personas más vulnerables, entre las que se encuentran los niños.

1. En concreto, el carácter de debilidad manifiesta implica un mandato directo del inciso 3º del artículo 13 constitucional como protección a las personas que requieren de la protección del Estado, la sociedad y la familia -en el caso de los niños-, para la satisfacción de sus derechos. Así, la Corte ha reconocido en diversas ocasiones que una persona en situación de debilidad manifiesta implica para el Estado la adopción de acciones afirmativas⁶² o la generación de prohibiciones específicas a las autoridades o particulares para intervenir en sus derechos⁶³.

De cara a los niños, la debilidad manifiesta implica que estos son acreedores de una protección reforzada de parte de las autoridades públicas, la comunidad y su núcleo familiar no “se explica exclusivamente por la fragilidad en la que se encuentra frente a un mundo que no conoce y que no está en capacidad de enfrentar por si solo”⁶⁴, sino que también al buscar el efectivo acceso de los niños a los derechos consagrados en la Constitución al garantizar las “condiciones que les permitieran crecer en libertad e igualdad”⁶⁵.

“El artículo 44 de la Carta, en su inciso último, consagra la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Este predominio se justifica, entre otras razones, por la imposibilidad para estos sujetos de participar en el debate democrático, dado que sus derechos políticos requieren para su habilitación de la mayoría de edad.

Esta consideración de los derechos del niño, igualmente encuentra asidero en el principio rector del interés superior del niño, el cual, ha sido reconocido en la Convención de los derechos del niño, cuyo artículo 3, en su párrafo 1, preceptúa que en todas las medidas concernientes a los niños, se debe atender el interés superior de estos (...)”

1. Así, el carácter de fundamental del derecho a la salud de los niños, que era reconocido así

desde 1991, adquiere una protección adicional en la ley estatutaria de salud. Esto se ve reforzado por pronunciamientos posteriores en la materia por parte de la Corte, como la sentencia T-117 de 2019 donde indicó que:

“Cualquier afectación a la salud de los menores reviste una mayor gravedad, pues compromete su adecuado desarrollo físico e intelectual. En palabras de la Corte: ‘En una aplicación garantista de la Constitución, y de los distintos instrumentos que integran el Bloque de Constitucionalidad. La jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes debe ser garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita, sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud’”⁶⁸.

Como puede verse, la Corte continúa ampliando la línea jurisprudencial respecto al derecho a la salud de los niños, enfocándose en la importancia de su adecuado desarrollo físico y mental y realizando una interpretación garantista del derecho interno e internacional.

1. En este sentido, cualquier consideración en lo referente a la atención en salud de los niños debe verse determinada por la fundamentalidad de su derecho, la prevalencia de este sobre los derechos de los demás y la amplia jurisprudencia de la Corte en la materia encaminada a reconocer la protección reforzada de los menores de edad en lo referente a la satisfacción de sus derechos.

La especial protección constitucional de las personas que padecen enfermedades huérfanas

1. La Corte se ha pronunciado sobre la naturaleza de las enfermedades huérfanas y las ha

entendido de la mano de los criterios expertos del Ministerio de Salud y Protección Social. Así, en la sentencia T-402 de 2018 se refirió que:

“El artículo 2º de la Ley 1392 de 2010, modificado por el artículo 140 de la ley 1438 de 2001, define las enfermedades huérfanas como aquellas crónicamente debilitantes, graves, que amenazan la vida y con una prevalencia menor de 1 por cada 5.000 personas, las cuales se catalogan como enfermedades raras, ultra huérfanas y olvidadas.

El Ministerio de Salud y Protección Social ha precisado que las denominadas enfermedades raras son aquellas que afectan a un número pequeño de personas en comparación con la población general y que, por su rareza, plantean cuestiones específicas. Estas enfermedades se caracterizan por ser potencialmente mortales o debilitantes a largo plazo, de baja prevalencia y alto nivel de complejidad. La mayoría de ellas son enfermedades genéticas, otras son cánceres poco frecuentes, enfermedades autoinmunitarias, malformaciones congénitas o enfermedades tóxicas e infecciosas, entre otras categorías. Particularmente, las enfermedades ultra huérfanas son aquellas extremadamente raras, con una prevalencia estimada entre 0.1-9 por cada 100.000 personas. Por su parte, las enfermedades olvidadas o desatendidas son un conjunto de patologías infecciosas, muchas de ellas parasitarias, que afectan principalmente a las poblaciones en condición de extrema vulnerabilidad y con limitado acceso a los servicios de salud.” 69

Así, en los últimos años, mediante las providencias T-402 de 2018 y T-399 de 2017, la Corte ha reconocido la especial protección constitucional de las personas que padecen enfermedades huérfanas. En estas decisiones procedió a exonerar de copagos y cuotas moderadoras que excedían la capacidad económica de los accionantes, esto por las dificultades que afrontan quienes padecen estas enfermedades⁷⁰.

En efecto, para la Sala es evidente que la existencia de tales circunstancias ubica a las

personas que padecen estas enfermedades en una situación de debilidad manifiesta pues el sistema de salud presenta una serie de obstáculos para su tratamiento, así como un constante estado de riesgo de deficiencias en su atención por la incertidumbre asociada a su enfermedad, como lo ha reconocido el Ejecutivo ante este Tribunal en ocasiones anteriores.

1. Actualmente, se encuentra vigente la Resolución 5265 de 2018 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la cual se fijó el listado de enfermedades huérfanas aplicable en el país.

Ahora bien, los tratamientos correspondientes a las enfermedades huérfanas se realizan con cargo a la cuenta de alto costo de conformidad con el artículo 4º del Decreto 1954 de 2012, lo cual no implica que dichas patologías sean asimilables con las denominadas “enfermedades de alto costo”⁷¹, aunque en algunos pronunciamientos jurisprudenciales se les haya dado un trato equiparado⁷².

1. Con la expedición de la ley estatutaria de salud, el ordenamiento jurídico ha reconocido también una especial protección para las personas que padecen enfermedades huérfanas y que, por tanto, requieren atención preferencial y calificada para sus patologías, así como el establecimiento de mejores condiciones de atención en salud. En este sentido, el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 determinó:

“Artículo 11. Sujetos de Especial Protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. (...)” (Subrayado propio)

Esta disposición reconoce que las personas que padecen una enfermedad huérfana son titulares de una especial protección constitucional que debe otorgar el Estado para garantizar la satisfacción de sus derechos. En sentencia C-313 de 2014 la Corte señaló sobre el particular:

“Así las cosas, no existe duda de que el precepto en estudio i) es una materialización de la protección reforzada que tanto el Texto Superior como la normatividad nacional e internacional han reconocido a los grupos vulnerables, la cual ii) propugna por la erradicación de la discriminación de los grupos poblacionales y personas menos favorecidas que se encuentran en las estructuras sociales y, iii) constituye una medida que el Estado adopta en favor de ellos, por ende, la Corte no encuentra reparo alguno frente a su constitucionalidad.”

Por tanto, la Corte ha avalado la calificación de ciertos sujetos o grupos poblacionales como sujetos de especial protección constitucional en materia de salud, entre ellos quienes han sido diagnosticados con enfermedades huérfanas.

1. En conclusión, las consideraciones en torno al derecho a la salud deben analizarse a la luz de la tutela reforzada que el Estado tiene respecto a las personas diagnosticadas con enfermedades huérfanas, debido a la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentran dadas las características de sus patologías, las dificultades de su tratamiento y el riesgo al que se encuentra expuesta su vida e integridad.

La continuidad en el derecho a la salud

1. El derecho a la salud se rige por ciertos principios conforme el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 6º de la ley estatutaria de salud, tales como la universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección de grupos poblacionales específicos⁷³. Cada uno de estos principios ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial que ha llevado a comprender mejor sus dimensiones.

1. En concreto, el principio de continuidad inicialmente fue consagrado en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, así:

“Artículo 153. Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud los siguientes:
3.21 Continuidad. Toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad.”

Como puede verse, este principio otorgaba una protección a los afiliados al sistema que aseguraba su atención en salud para no poner en riesgo su calidad de vida e integridad. Al ser un principio, la continuidad debe irradiar toda actuación de las instituciones y autoridades del sector de la salud.

1. Desde el año 1993, la Corte dio aplicación al principio de continuidad para la solución de conflictos contractuales de los prestadores del servicio. Así, en sentencia T-406 de 1993 sostuvo que:

“A manera de conclusión considera la Sala de Revisión que el servicio público se caracteriza por la continuidad en la prestación del mismo. A su vez el artículo 49 de la Constitución

consagra que la atención a la salud es un servicio público a cargo de la entidad responsable. Por lo tanto, al ser la salud un servicio público no puede interrumpirse su prestación por su carácter inherente a la existencia misma del ser humano y del respeto a su dignidad.”

Entonces, la Corte avaló la protección del derecho a la salud –puntualmente por la infracción a este principio- en conexidad con la dignidad humana.

1. Además, la Corte ha considerado que la continuidad tiene relación con los mandatos de los artículos 2º y 83 de la Constitución. En este sentido, manifestó en la sentencia T-573 de 200574:

“(…) La continuidad en la prestación del servicio público de salud se ha protegido no solo en razón de su conexión con los principios de efectividad y de eficiencia sino también por su estrecha vinculación con el principio establecido en el artículo 83 de la Constitución Nacional de acuerdo con el cual ‘Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.’ Esta buena fe constituye el fundamento sobre el cual se construye la confianza legítima, esto es, la garantía que tiene la persona de que no se le suspenderá su tratamiento una vez iniciado (...)”.

Así las cosas, este principio no se limita a proteger el derecho a la salud, sino que además responde a uno de los fines del Estado fijados por el artículo 2º (garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución) y los principios de buena fe y confianza legítima que deben regir las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas.

1. Más adelante, con la expedición de la ley estatutaria de salud que respondía al cambio de paradigma constitucional con el cual se empezó a entender la salud como un derecho fundamental, se incluyó en el literal d) del artículo 6º de ley el principio de continuidad así:

“d) Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas;”

Frente a este literal se pronunció esta Corporación en la decisión C-313 de 2014 al considerarlo exequible ya que:

“la Corporación por vía de revisión, ha descartado los móviles presupuestales o administrativos como aceptables para privar del servicio de salud a las personas. No ha estimado la jurisprudencia que tales motivos sean de recibo ni aun cuando la suspensión del servicio no resulte arbitraria e intempestiva. En suma, por razones de orden económico o administrativo no tiene lugar la interrupción del servicio. Es inaceptable constitucionalmente la suspensión del servicio, así esta no sea intempestiva o arbitraria.”

1. Ahora bien, la Corte ha establecido en diversos pronunciamientos⁷⁵ ciertos parámetros que deben aplicarse al verificar el cumplimiento de este principio, a saber:

“(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no

constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”⁷⁶ (negrilla propia).

Además, en sentencia T-092 de 2018 se reiteró⁷⁷ que: “El principio de continuidad en el servicio implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente, cuando se invocan exclusivamente razones de carácter administrativo. Precisamente, la Corte ha sostenido que ‘una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente.’. La importancia de este principio radica, primordialmente, en que permite amparar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos, lo que se ajusta al criterio de integralidad en la prestación.”

Como puede verse, la Corte ha indicado que no se pueden invocar razones de carácter meramente administrativo o económico para suspender la atención al paciente. Bajo tal contexto, el principio de continuidad puede limitar la discrecionalidad que tienen las EPS para realizar traslados entre IPS o cancelación de contratos con alguna entidad dentro de su red de prestadores, exigiendo que se garantice la terminación de los tratamientos en curso en la IPS que lo está realizando.

Continuidad en el ámbito del traslado de IPS

1. En el caso de traslados de IPS, la jurisprudencia de la Corte ha establecido una serie de límites a las posibilidades que tienen las EPS, puntualmente frente a la conformación de la red de prestadores del servicio. En la sentencia T-481 de 2016, la Corte sostuvo que:

“De conformidad con lo expuesto, el derecho del usuario de escoger la IPS encargada de prestar los servicios de salud únicamente puede ser ejercido dentro del marco de opciones que ofrezca la respectiva EPS, esto es, dentro de los límites que establece el derecho de la EPS a escoger las entidades con las que contratará. A pesar de lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte ha encontrado excepción a esta regla en los eventos en que: (i) se trata de una urgencia que no admite demora en su atención y requiere que el servicio de salud sea prestado en la IPS más cercana al lugar de su ocurrencia, (ii) cuando hay autorización expresa de la EPS para que la atención se brinde con una entidad con la que no tiene convenio y (iii) cuando se demuestra la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la IPS para cubrir sus obligaciones, esto es, atender las necesidades en salud de sus usuarios.”⁷⁸

En especial en lo relativo al numeral tercero, es importante recalcar que la Corte ha reconocido que un traslado de IPS debe responder a ciertos parámetros que buscan preservar la calidad en la atención a la salud. Así lo expresó en la sentencia T-069 de 2018:

“[e]n cuanto a la libertad de las E.P.S. de elegir las I.P.S. con las que prestará el servicio de salud, ha establecido la Corte que también se encuentra limitado, en cuanto no puede ser arbitraria y debe en todo caso garantizar la calidad del servicio de salud. En este sentido, ha explicado que “[c]uando la EPS en ejercicio de este derecho pretende cambiar una IPS en la que se venían prestando los servicios de salud, tiene la obligación de: a) que la decisión no sea adoptada en forma intempestiva, inconsulta e injustificada, b) acreditar que la nueva IPS está en capacidad de suministrar la atención requerida, c) no desmejorar el nivel de calidad del servicio ofrecido y comprometido y d) mantener o mejorar las cláusulas iniciales de calidad del servicio prometido, ya que no le es permitido retroceder en el nivel alcanzado y comprometido”⁷⁹

Por tanto, es claro que la Corte ha establecido una serie de límites y requisitos para el cambio de IPS por parte de una EPS, todos ellos considerando como elemento central la

preservación en la calidad del servicio de salud.

1. Sin embargo, esto no implica que no exista ninguna causal bajo la cual pueda operar una suspensión, interrupción o traslado de la atención médica puesto que el principio de continuidad no es absoluto. Por ello, en diversas ocasiones⁸⁰, la Corte ha indicado que:

“no cualquier interrupción del servicio es injustificable. En cada caso el juez constitucional deberá analizar la situación a la luz del criterio de necesidad del servicio y evaluar si se están afectando los derechos fundamentales del paciente que requiere la atención. (...) Por necesarios, en el ámbito de la salud, deben tenerse aquellos tratamientos o medicamentos que de ser suspendidos implicarían la grave y directa afectación de su derecho a la vida, a la dignidad o a la integridad física.”⁸¹

Así las cosas, las interrupciones que el principio de continuidad proscribía son aquellas relativas a los casos en que efectivamente se pongan en peligro derechos fundamentales del accionante. Este debate fue zanjado por la sentencia C-800 de 2003 al estudiar el artículo 43 de la Ley 789 de 2002⁸², cuando determinó que el principio de continuidad se protege bajo el entendido de que “en ningún caso se podrá interrumpir el servicio de salud específico que se venía prestando, cuando de él depende la vida o la integridad de la persona, hasta tanto la amenaza cese u otra entidad asuma el servicio”.

1. En conclusión, el principio de continuidad implica que i) las razones de carácter meramente administrativo o económico no son justificación suficiente para interrumpir un tratamiento en curso en determinada IPS; ii) los conflictos contractuales entre la EPS y la IPS o internos en cada una de estas no son justa causa para impedir el desarrollo de los tratamientos con continuidad y; iii) el traslado de IPS está justificado cuando se preservan las condiciones de calidad y no está en curso un tratamiento específico del cual depende la vida o integridad de la persona y otra entidad ha asumido el servicio.

Deberes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud

1. La Constitución Política de 1991 incluyó en diversos artículos⁸³ deberes constitucionales que deben ser respetados por los particulares al hacer parte del Estado social de derecho colombiano. Estos deberes han sido reconocidos desde jurisprudencia temprana por la Corte como la imposición de prestaciones físicas o económicas como parámetros básicos de conducta social⁸⁴. Adicionalmente, también ha reconocido esta Corporación que los deberes impuestos deben ser compatibles con los derechos de las personas y, por tanto, su regulación legislativa no puede implicar la negación de libertades fundamentales⁸⁵. Finalmente, ha sostenido que ante la ausencia de regulación legislativa estos son aplicables directamente desde la Constitución por vía de tutela⁸⁶.

1. En desarrollo legislativo de estos deberes en materia de salud, el artículo 160 de la ley 100 de 1993 impuso los siguientes deberes a los afiliados:

“Artículo 160. Son deberes de los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud los siguientes: 1. Procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad; 2. Afiliarse con su familia al Sistema General de Seguridad Social en Salud; 3. Facilitar el pago, y pagar cuando le corresponda, las cotizaciones y pagos obligatorios a que haya lugar; 4. Suministrar información veraz, clara y completa sobre su estado de salud y los ingresos base de cotización; 5. Vigilar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los empleadores a las que se refiere la presente Ley; 6. Cumplir las normas, reglamentos e instrucciones de las instituciones y profesionales que le prestan atención en salud; 7. Cuidar y hacer uso racional de los recursos, las instalaciones, la dotación, así como de los servicios y prestaciones sociales y laborales; 8. Tratar con dignidad el personal humano que lo atiende y respetar la intimidad de los demás pacientes.”

Como puede verse, algunos de estos deberes propenden por un adecuado funcionamiento del sistema de salud y otros están encaminados al autocuidado, deber consagrado en el inciso 5º del artículo 49 de la Constitución. Sin embargo, como respuesta a los cambios en la forma de comprender el derecho a la salud como un derecho fundamental, este catálogo de deberes fue actualizado en la Ley 1751 de 2015.

1. En efecto, con la expedición de la ley estatutaria de salud se establecieron nuevos deberes a los afiliados. Así, el artículo 10 consagró una serie de deberes en cabeza de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud al establecer que:

“Artículo 10. Son deberes de las personas relacionados con el servicio de salud, los siguientes: a) Propender por su autocuidado, el de su familia y el de su comunidad; b) Atender oportunamente las recomendaciones formuladas en los programas de promoción y prevención; c) Actuar de manera solidaria ante las situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; d) Respetar al personal responsable de la prestación y administración de los servicios de salud; e) Usar adecuada y racionalmente las prestaciones ofrecidas, así como los recursos del sistema; f) Cumplir las normas del sistema de salud; g) Actuar de buena fe frente al sistema de salud; h) Suministrar de manera oportuna y suficiente la información que se requiera para efectos del servicio; i) Contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago.”

La Corte ha encontrado que estos deberes i) son expresión puntual de preceptos constitucionales, como es el caso de los literales a) y b), que enfatizan el mandato de autocuidado contenido en el inciso 5º del artículo 49 constitucional⁸⁷ y el artículo 95 constitucional en lo referente a la solidaridad; ii) se han establecido “a fin de que los servicios requeridos sean prestados conforme a los mandatos constitucionales y legales”⁸⁸ y; iii) se trata de presupuestos necesarios para el correcto funcionamiento del sistema de salud⁸⁹.

1. Ahora bien, las consecuencias para los afiliados de no atender a sus deberes también han sido precisadas por esta Corporación de cara a la procedencia de la acción de tutela frente a la reclamación de ciertas prestaciones. Al respecto, en la sentencia T-124 de 2019 sostuvo que:

Como puede verse, la ley estatutaria de salud consagró verdaderas obligaciones que acarrearán consecuencias a los afiliados por desatenderlas, ya sea mediante sanciones que podrán ser establecidas por el legislador⁹⁰ o incluso pueden generar la improcedencia de la acción de tutela en determinadas ocasiones.

1. Frente a los literales a) y b) del inciso 2º del artículo 10º de la ley estatutaria de salud, la Corte indicó en sentencia C-313 de 2014 que:

“En el caso del deber establecido en el literal a) cuyo tenor es ‘Propender por su autocuidado, el de su familia y el de su comunidad’ se tiene que es expresión del deber contenido en el inciso 5º del artículo 49 de la Carta que establece como deber para las personas, el de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad. Derivado del mismo deber constitucional es el del literal b) del inciso 2º del artículo 10 del proyecto, cuyo enunciado reza ‘Atender oportunamente las recomendaciones formuladas en los programas de promoción y prevención’. En relación con este segundo deber, obsérvese que tiene lugar en tanto y en cuanto se cumpla previamente el deber, en cabeza de los responsables del servicio de salud, de formular los programas de prevención y promoción pertinentes.”

Estos deberes se fundamentan en los principios de responsabilidad personal y cuidado de la

comunidad. Frente al deber constitucional del autocuidado que fue incluido en el inciso 5º del artículo 49 constitucional y que reiteran estos literales, se ha pronunciado la Corte en diversas ocasiones⁹¹, enfatizándolo como un deber de origen constitucional.

1. Así las cosas, el deber de autocuidado implica desde el rango constitucional hasta el legal una serie de obligaciones a los afiliados al sistema de salud. El Ministerio de la Salud y Protección Social ha sostenido que este:

“comprende todo lo que hacemos por nosotros mismos para establecer y mantener la salud, prevenir y manejar la enfermedad. Es un concepto amplio que incluye la higiene (general y personal), la nutrición (tipo y calidad de los alimentos), el estilo de vida (actividades deportivas y recreativas), los factores ambientales (condiciones de la vivienda, hábitos sociales), factores socio económicos (ingreso, cultura) y la automedicación.”⁹²

En este sentido, estas circunstancias, junto con el deber de atender oportunamente a las indicaciones de los médicos tratantes hacen parte del deber de autocuidado, que busca mantener la salud y prevenir la enfermedad. El literal a) del artículo 10 de la Ley estatutaria de salud acentúa esta obligación en el ámbito familiar, por lo que se considerará especialmente el papel de los deberes de los padres frente a sus hijos.

1. Los deberes de cara a la salud de los niños tienen una dimensión especial en el ordenamiento jurídico colombiano. Así, el numeral 7º del artículo 39 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) establece que:

“Artículo 39. Obligaciones de la familia. (...). Son obligaciones de la familia para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes: (...)

7. Incluirlos en el sistema de salud y de seguridad social desde el momento de su nacimiento y llevarlos en forma oportuna a los controles periódicos de salud, a la vacunación y demás servicios médicos.”

De tal forma, el legislador dispuso una norma específica para establecer las obligaciones que tiene la familia respecto a la atención en salud de los menores de edad, indicando especialmente el acompañamiento oportuno a controles de salud y servicios médicos. En este sentido, los deberes de los afiliados implican un mayor grado de responsabilidad frente a los niños pues imponen obligaciones específicas a cargo de la familia.

1. Estos deberes han sido reconocidos por la Corte en varios pronunciamientos. Así, en la providencia T-688 de 2012 indicó que los deberes de los padres tienen la finalidad “de proporcionarle a los hijos un clima favorable que le garantice un desarrollo integral que más adelante permita que sean sujetos que le contribuyan de manera positiva a la sociedad.”. También, en sentencia T-089 de 2018 sostuvo que es deber de los padres de afiliar a sus hijos al Sistema de Seguridad Social en Salud. Finalmente, en la T-348 de 2018, la Corte estableció que los deberes se extienden y persisten incluso en supuestos con padres separados, pues se requiere una interacción civilizada entre estos para asegurar el bienestar del niño.

1. Concluyendo, puede verse de las reglas delineadas en este capítulo que los afiliados al Sistema de Seguridad Social en salud tienen ciertos deberes que i) son derivados directamente de mandatos constitucionales; ii) incumplir estos deberes acarrea consecuencias, ya sean las que el legislador pueda eventualmente fijar o generando la improcedencia de la acción de tutela; iii) el autocuidado es un deber que tiene origen constitucional e implica diversos comportamientos y circunstancias encaminadas a prevenir y manejar las enfermedades propias, de la familia y de la comunidad y; iv) los padres tienen

especiales deberes frente a los niños frente a su atención dentro del sistema, como la obligación de afiliarlos y atender oportunamente las recomendaciones médicas.

Caso concreto

1. La señora Paula Eloísa Santafé Duque instauró acción de tutela en representación de su hijo Gustavo Santafé Duque y en contra de Servicios Occidentales de Salud EPS. Considera que se vulneraron los derechos fundamentales del niño, al trasladarlo de la IPS Centro Médico Imbanaco a las IPS Medicarte S.A.S. y a la Fundación Clínica del Valle de Lili, las cuales considera inadecuadas para proteger la salud de su hijo. Gustavo Santafé Duque es un menor de seis años que padece la enfermedad huérfana de Von Willebrand Tipo 2 con comportamiento severo en adición a otras patologías de especial cuidado y que ponen en riesgo su vida.

El juez de segunda instancia denegó el amparo al considerar que la EPS no vulneró los derechos del representado pues, las nuevas IPS tratantes adscritas a su red de prestadores, cuentan con la calidad requerida para la atención de su patología.

Procedencia de la acción

1. A continuación, la Sala analizará el cumplimiento de los presupuestos de procedencia de la acción teniendo en cuenta el contenido de la decisión de instancia que en esta oportunidad se revisa.

1. Legitimación por activa. La señora Paula Eloísa Santafé Duque indica de manera clara que

actúa en representación de Gustavo Santafé Duque, su hijo de seis años de edad. Ella es su representante legal y por ello mismo se halla legitimada para iniciar esta acción.

1. Legitimación por pasiva. Se considera que el contradictorio está conformado en debida forma, y lo integran la EPS Servicios Occidentales de Salud, la IPS Centro Médico Imbanaco, la IPS Medicarte S.A.S., entidades encargadas de prestar los servicios y tratamientos necesarios para satisfacer el derecho a la salud del menor accionante. Además, en sede de revisión se dispuso la vinculación a la IPS Fundación Clínica del Valle de Lili, por donde se direcciona normalmente la atención hospitalaria del niño. La Sala desvinculará a la ADRES, entidad que fue vinculada por el juez de primera instancia mediante auto del 21 de agosto de 2019, toda vez que no está llamada a satisfacer los derechos del representado y, de darse un eventual proceso de recobro, este es un trámite administrativo ajeno a la acción de tutela.

1. Inmediatez. Esta Corporación de tiempo atrás ha señalado que la acción de tutela debe interponerse en un tiempo oportuno y justo,⁹³ a partir del momento en que ocurre la situación que presuntamente vulnera o amenaza el derecho fundamental. Ello porque la acción de tutela es un mecanismo de protección inmediata y efectiva de derechos fundamentales. En todo caso corresponde al juez constitucional determinar en cada caso concreto si fue oportuna en la presentación de la acción⁹⁴.

Por lo anterior, se considera satisfecho el requisito de inmediatez, toda vez que la acción se instauró en un tiempo razonable y para el momento de su interposición se seguía presentando la presunta afectación del derecho a la salud de la menor de edad.

1. Subsidiariedad. Este presupuesto implica se hayan agotado todos los mecanismos establecidos legalmente para resolver el conflicto, salvo: i) cuando la acción de amparo se

interpone como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; y ii) cuando se demuestre que la vía ordinaria no resulta idónea o eficaz para la protección de los derechos fundamentales.

En el caso objeto de estudio se evidencia que, si bien la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial pues la Superintendencia de Salud tiene competencia para resolver conflictos relacionados con el traslado de IPS,⁹⁶ la Corte ha establecido en diversos pronunciamientos⁹⁷ que este mecanismo presenta falencias graves que afectan su idoneidad y eficacia, como son:“(i) la falta de reglamentación del término en que se debe resolver la segunda instancia cuando se presenta el recurso de apelación; (ii) la ausencia de garantías para exigir el cumplimiento de lo ordenado; (iii) la carencia de sedes de la SNS en todo el país; y (iv) el incumplimiento del término legal para proferir los fallos”.⁹⁸

1. Pese a que en algunos pronunciamientos⁹⁹ la Corte ha considerado eficaz e idóneo este mecanismo, también ha advertido la existencia de razones de orden empírico que han mermado su aptitud para la protección de los derechos fundamentales. Esto fue sostenido incluso por el Superintendente de Salud en Audiencia Pública celebrada el 6 de diciembre de 2018, donde sostuvo que “...hoy no tenemos la infraestructura, la Superintendencia, para responder en los términos que quieren todos los colombianos en el área jurisdiccional, tenemos un retraso que puede estar en dos y tres años”.¹⁰⁰ (sic)

Otorgando peso a estas dificultades empíricas de frente a la idoneidad y eficacia de los procesos jurisdiccionales ante la Superintendencia de Salud, la Corte reconoció la procedibilidad de la acción de tutela en la sentencia T-253 de 2018 así:

“En síntesis, en los eventos en los cuales se evidencia el desconocimiento de derechos fundamentales de una persona y se requiere de una mediación inmediata de la autoridad judicial, -como consecuencia de su particular situación-, el procedimiento jurisdiccional

establecido en la Ley 1122 de 2007, modificado por la Ley 1797 de 2016 carece de idoneidad y eficacia, por lo que la acción de tutela se convierte en el único medio de defensa con el que cuentan los ciudadanos para obtener protección de sus garantías fundamentales.”

Por tanto, es viable dar por cumplido este requisito y admitir la procedencia de la acción de tutela por cumplimiento del requisito de subsidiariedad, toda vez que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no es idóneo ni eficaz. Además, en el presente asunto se pretende la protección del derecho fundamental a la salud de un sujeto de especial protección, al que se le ha realizado un traslado unilateral de IPS. En consecuencia, se tiene por superado el presupuesto de subsidiariedad, y en general el examen de procedibilidad de la acción de tutela.

Solución del caso concreto

1. En el caso sub judice no se evidencia vulneración de los derechos fundamentales a la salud del menor de edad Gustavo Santafé Duque por parte de la EPS Servicios Occidentales de Salud. Como se verá, el actuar de la EPS se ajustó a la jurisprudencia constitucional en materia de continuidad y atención al niño.

1. Así, se ha probado que las IPS escogidas por la EPS Servicios Occidentales de Salud para prestar la atención ambulatoria y hospitalaria del niño son idóneas y de la calidad requerida para el tratamiento de su patología. Se mostró en el proceso que Medicarte S.A.S. es la única IPS habilitada como centro de referencia para el tratamiento de estas patologías¹⁰¹ y que la Fundación Clínica del Valle de Lili es una institución con programa de hemofilia y que prestó en diversas ocasiones atención al niño¹⁰².

1. En efecto, la enfermedad de Von Willebrand requiere que se aplique periódicamente el factor de coagulación y exista siempre la posibilidad de atender por urgencias al paciente¹⁰³. Sin embargo, esto no implica que deba ser siempre la misma entidad la que lo preste a lo largo de toda su vida, pues es un tratamiento esencialmente ambulatorio que puede atender una u otra IPS¹⁰⁴. Adicionalmente, mientras se atendió al hijo de la accionante en las IPS Medicarte S.A.S. y la Fundación Clínica del Valle de Lili, no se negaron tratamientos al niño y se aseguró constantemente la atención al mismo.

Así las cosas, y de acuerdo a la jurisprudencia esbozada más arriba, no se evidencia incumplimiento de los deberes de la EPS que rigen los traslados de IPS. En este sentido, no puede tenerse por demostrada la “incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la IPS para cubrir sus obligaciones”¹⁰⁵. Por lo contrario, las instituciones han prestado adecuada y oportunamente sus obligaciones.

En el caso concreto se evidencia que, si bien es una razón esencialmente administrativa la cuál originó el traslado por la terminación del convenio entre la EPS Servicios Occidentales de Salud y la IPS Centro Médico Imbanaco, se ha dado cumplimiento a la atención material en salud pues las IPS Medicarte S.A.S. y la Fundación Clínica del Valle de Lili han atendido en múltiples ocasiones las necesidades del menor de edad, tanto en sede ambulatoria como hospitalaria, a saber:

* Control por ortopedia el 15 de agosto de 2019 en Medicarte S.A.S.¹⁰⁶.

* Consulta por medicina general el 15 de agosto de 2019 en Medicarte S.A.S.¹⁰⁷.

* Control a la enfermedad de Von Willebrand el 4 de septiembre de 2019 en Medicarte S.A.S.¹⁰⁹.

* Consulta por medicina general el 5 de septiembre de 2019 en Medicarte S.A.S.¹¹⁰.

* Consulta por medicina general el 9 de septiembre de 2019 en Medicarte S.A.S.¹¹¹.

* Atención por urgencias el 9 y 10 de septiembre de 2019 en la Fundación Clínica del Valle de Lili¹¹².

Adicionalmente, no se evidencia que el traslado a las IPS Medicarte S.A.S. y Fundación Clínica del Valle de Lili atente contra los servicios necesarios para preservar los derechos fundamentales de Gustavo Santafé Duque pues, como ya se ha dicho, el tratamiento de su enfermedad es esencialmente ambulatorio y puede ser tratado por una u otra IPS¹¹³. Aunado a esto, la entidad encargada de su tratamiento hospitalario, de nuevo, ha mostrado tener el nivel de idoneidad requerido para atender al niño.

1. Aunado a ello, se evidencia en el expediente un incumplimiento por parte de la accionante de sus deberes como afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud de acuerdo con los literales a) y b) del inciso 2º del artículo 10º de la Ley estatutaria de salud. También, incumple algunos de sus deberes como familiar, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 39 de la Ley 1098 de 2006.

Así, en reiteradas ocasiones la accionante se ha negado a recibir los servicios ofrecidos por Medicarte S.A.S. por ejemplo: i) inasistencia injustificada a cita de hematología en Medicarte S.A.S. el 14 de agosto de 2019¹¹⁴; ii) negarse a aceptar reprogramación de la cita alegando que “no le han dado respuesta de la EPS para enviarle transporte¹¹⁵ y segundo tiene un compromiso familiar”¹¹⁶ y; iii) una nueva negativa a reprogramar la cita el 21 de agosto de 2019¹¹⁷.

En este sentido, el hecho de la no adherencia a las IPS en las que se dio el traslado, no exime a la actora de cumplir con las recomendaciones y órdenes médicas frente a la atención a su hijo, pues el interés prevalente de aquel implica que su tratamiento no puede ser

interrumpido ni siquiera si es prestado por una IPS que no es de su elección o preferencia.

Estos incumplimientos de los deberes como afiliada por parte de la accionante originaron que Medicarte S.A.S. realizara un reporte ante el Sistema de Vigilancia en Salud Pública (SIVIGILA) 118 el 11 de septiembre de 2019. En esa medida, la Corte instará a la accionante para que cumpla sus obligaciones frente al niño -como madre y usuaria del sistema de salud-, garantice que él pueda recibir los tratamientos que los médicos tratantes le provean y, se abstenga de impedir el acceso de su hijo a los servicios de salud prescritos para la atención de su patología. Finalmente, se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adelantar el acompañamiento necesario para el cumplimiento de la presente providencia.

1. Así las cosas, le asiste razón al fallo de segunda instancia cuando este sostiene que i) las IPS adscritas a la EPS Servicios Occidentales de Salud están capacitadas para atender la patología del niño; ii) no se puede deducir de ninguna prueba en el expediente que Medicarte S.A.S. haya dado un manejo inadecuado o contraproducente a la patología del menor y; iii) los reparos de la actora frente a la IPS Medicarte S.A.S. se originan en un criterio personal de la actora sin fundamento científico o médico.

En contraste, los argumentos del fallador de primera instancia para conceder el amparo no se encuentran ajustados a la jurisprudencia constitucional. Así, este consideró que Medicarte no cumplía con las condiciones necesarias para la atención al menor de edad por ser una IPS de carácter ambulatorio, lo que no es cierto pues la IPS ha mostrado un nivel adecuado de diligencia y calidad al atender al niño. También, sostuvo que el menor es acreedor de atención integral en razón a su patología y que el Centro Médico Imbanaco era la entidad encargada de prestarlo, lo que no es cierto pues se ha mostrado ampliamente que tanto la IPS Medicarte S.A.S. como la Fundación Clínica del Valle de Lili son idóneas y se encuentran capacitadas para atender estas patologías.

1. En conclusión, la Corte confirmará la decisión de segunda instancia y autorizará a la EPS Servicios Occidentales de Salud a realizar el traslado del niño Gustavo Santafé Duque siempre y cuando se asegure la atención adecuada al menor y la satisfacción de los principios del Sistema de Seguridad Social en Salud. Aunado a lo anterior, se exhortará a la accionante para que atienda las recomendaciones y órdenes médicas proferidas por los profesionales de la salud a cargo de la atención del menor de edad.

Finalmente, se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar brindar acompañamiento al niño, para garantizar que acceda efectiva y oportunamente a los servicios de salud para el manejo de su patología.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali del 24 de octubre del 2019, mediante el cual negó el amparo presentado por Paula Eloísa Santafé Duque en representación de su hijo Gustavo Santafé Duque y en contra de la EPS Servicios Occidentales de Salud.

Segundo: AUTORIZAR a la EPS Servicios Occidentales de Salud a trasladar de IPS al niño Gustavo Santafé Duque, siempre y cuando se asegure un tratamiento adecuado al menor y la satisfacción de los principios del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Tercero: INSTAR a la señora Paula Eloísa Santafé Duque para cumpla sus obligaciones frente a su hijo Gustavo Santafé Duque, de manera que garantice que él pueda recibir los tratamientos que los médicos tratantes le provean y se abstenga de impedir el acceso del niño a los servicios de salud prescritos para la atención de su patología.

Cuarto: ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que brinde acompañamiento al niño, para garantizar que acceda efectiva y oportunamente a los servicios de salud para el manejo de su patología.

Quinto: DESVINCULAR del presente proceso a la Administradora de Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES).

Sexto: LÍBRESE por la Secretaría General de la Corte Constitucional la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con salvamento de voto

RICHARD RAMÍREZ GRISALES

Magistrado (e)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALBERTO ROJAS RÍOS

A LA SENTENCIA T-413/20

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS POR PARTE DEL USUARIO Y DERECHO DE LA EPS A ESCOGER CON QUE IPS CONTRATAR-Debió concederse la tutela, por cuanto se cumplen todas las condiciones que hacen procedente el amparo (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-7.728.984

Acción de tutela instaurada por la señora Paula Eloísa Santafé Duque en representación de su hijo Gustavo Santafé Duque contra Servicios Occidentales de Salud EPS y otros.

Magistrado Ponente:

José Fernando Reyes Cuartas.

Con el respeto por las decisiones adoptadas por los miembros de la Sala hago explícitas las razones que me llevan a salvar el voto respecto de la Sentencia T-413 de 2020. Lo anterior, pues no comparto la decisión tomada en el presente asunto. En concreto, disiento en las siguientes cuestiones:

Inicialmente, si bien no existe controversia en lo concerniente a que el principio de continuidad no es absoluto, con el estudio del presente asunto, se pudo observar que: (i) la entidad accionada estaría incumpliendo con los parámetros desarrollados por la Corte Constitucional para la verificación del cumplimiento del principio de continuidad en lo atinente a temas de prestación de servicios en salud; y (ii) se pudo corroborar, con base en lo expresado por la accionada en el trámite de tutela, que no existe una barrera significativa que impida que el menor, Gustavo Santafé Duque, continúe su tratamiento en la IPS Centro Médico Imbanaco. Respecto del asunto en análisis me permito realizar las siguientes precisiones:

(i) Gustavo Santafé Duque, contaba con 6 años al momento de la interposición de la acción de tutela, (ii) padece de enfermedad de Von Willebrand Tipo 2 con comportamiento severo, patología que requiere de atención constante y rápida, evitando así que se comprometa la salud del menor; y (iii) el menor inicialmente era tratado en la IPS Centro Médico Imbanaco. Sin embargo, luego de la terminación contractual entre ésta y la EPS Servicios Occidentales de Salud, fue trasladado a la IPS Medicarte S.A.S. para continuar con su tratamiento.

Esta Corporación ha desarrollado requisitos específicos que deben ser cumplidos por las EPS con el fin de que se garantice el cumplimiento del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud a los afiliados y en referencia a los cambios que puedan darse en las entidades contratadas para adelantar los tratamientos. Se extraen de la presente providencia así:

* “(...) (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”¹¹⁹. (negrilla por fuera de la cita).

Sobre la primera cita, y teniendo en cuenta lo expuesto en la sentencia, es evidente que no se cumple con el requisito allí dispuesto, toda vez que se pudo corroborar que el cambio en la entidad tratante obedeció a la terminación contractual entre el Centro Médico Imbanaco y la EPS Servicios Occidentales de Salud, por lo que no existió una justa causa para el cambio. Adicionalmente, dicha decisión impidió que el menor Santafé Duque culminara con los procedimientos que adelantaba en dicha institución.

Ahora bien, con relación a la segunda cita, y considerando lo expuesto en la decisión, la EPS Servicios Occidentales de Salud incumplió hasta con tres de los requisitos determinados para el cambio de IPS de uno de sus afiliados. Lo anterior lo fundamento en lo siguiente:

* “a) que la decisión no sea adoptada en forma intempestiva, inconsulta e injustificada”.

Como se pudo constatar con las manifestaciones de las partes en el trámite de tutela, la decisión no fue consultada en debida forma con la madre del menor tratado. Tal situación se evidencia con la clara inconformidad presentada por la actora, lo cual la llevó a presentar la solicitud de amparo, y con las razones dadas por la EPS Servicios Occidentales de Salud para el cambio de la entidad tratante que, como ya se dijo, obedeció exclusivamente a la terminación contractual con la IPS Centro Médico Imbanaco.

* “c) no desmejorar el nivel de calidad del servicio ofrecido y comprometido”.

Es claro que el servicio prestado por la IPS Medicarte S.A.S. resulta inferior al que recibía el menor Santafé Duque en la IPS Centro Médico Imbanaco. Esta situación se ve reflejada en la falta de prestaciones como citas de otorrinolaringología o urgencias, pues la IPS Medicarte

S.A.S. debe prestarlos en apoyo con la Fundación Clínica del Valle de Lili, mientras que el Centro Médico Imbanaco los adelantaba todos en un solo lugar.

* “d) mantener o mejorar las cláusulas iniciales de calidad del servicio prometido, ya que no le es permitido retroceder en el nivel alcanzado y comprometido”.

Se complementa con el requisito anterior, dado que, atendiendo a las razones expuestas, la EPS Servicios Occidentales de Salud incumplió con su deber de mantener las condiciones iniciales del servicio, en tanto trasladó al menor Gustavo Santafé Duque a una entidad con menores capacidades, teniendo en cuenta los servicios prestados, y le impuso una nueva carga al accionante, esto es, trasladarse entre varias entidades para alcanzar lo que antes le prestaba la IPS Centro Médico Imbanaco.

Por lo anterior, se pudo observar que: (i) la IPS Medicarte S.A.S. no posee, por sí sola, la misma capacidad para atender las necesidades del menor Gustavo Santafé Duque con relación a su patología, en consideración a que no presta los mismos servicios que originalmente le daba la IPS Centro Médico Imbanaco; (ii) al no contar con las mismas capacidades, con el cambio en la IPS tratante se desmejoraron las condiciones inicialmente pactadas y la calidad del servicio en referencia al tratamiento del menor; y

(iii) se impuso una nueva carga al accionante, pues para conseguir lo que originalmente le brindaba la IPS Centro Médico Imbanaco, ahora debe acudir a dos instituciones diferentes: IPS Medicarte S.A.S. y Fundación Clínica del Valle de Lili.

Finalmente, se indica en la presente providencia, y como se conoció a través de la EPS accionada, el menor Gustavo Santafé Duque a la fecha del 28 de febrero de 2020, y ante la

inconformidad de la accionante, está siendo tratado por su patología en la IPS Centro Médico Imbanaco, por lo que no se observa que exista una barrera significativa que le impida seguir llevando a cabo los procedimientos en dicho lugar, en cumplimiento de los requisitos anteriormente esbozados.

Dejo aquí las razones que me llevaron a salvar mi voto frente a la Sentencia T- XXX de 2020, en relación con la verificación del cumplimiento del principio de continuidad y la observancia de los requisitos desarrollados por esta Corporación para tal fin.

Fecha ut supra,

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

1 Visible en los folios 7 a 8 del cuaderno de instancias.

2 Folio 11 del cuaderno de instancias.

3 No obra prueba de esta orden por parte de los médicos tratantes en el expediente.

4 Folios 32 a 44 del cuaderno de instancias.

6 Folio 32 del cuaderno de instancias.

7 Folios 45 a 51 del cuaderno de instancias.

8 Folios 52 a 63 del cuaderno de instancias.

9 Como se puede ver en el folio 53 del cuaderno de instancias, este equipo está compuesto de especialistas en Medicina General, Química Farmacéutica, Coordinación Modelo, Enfermería, Hematología, Ortopedia, Fisiatría, Fisioterapia, Trabajo Social, Psicología, Odontología, Nutrición, Ginecología y servicios farmacéutico y administrativo.

10 Folio 53 del cuaderno de instancias.

11 Folio 61 y 63 del cuaderno de instancias.

12 Folio 62 del cuaderno de instancias.

13 Folio 58 del cuaderno de instancias.

14 Folios 65 a 75 del cuaderno de instancias.

15 A folio 65 del cuaderno de instancia se evidencia la autorización del medicamento "Hemate P 500 UI" bajo la orden número 313652425.

16 Folio 65 y 66 del cuaderno de instancias.

17 Folios 93 a 103 del cuaderno de instancias.

18 Folio 116 del cuaderno de instancias.

19 Folio 117 del cuaderno de instancias.

20 Folio 118 del cuaderno de instancias.

21 Folio 4 del cuaderno de instancias.

22 Folio 5 del cuaderno de instancias.

23 Folio 6 del cuaderno de instancias.

24 Folio 5 del cuaderno de instancias.

25 Folios 9 al 11 del cuaderno de instancias.

26 Folio 9 del cuaderno de instancias.

27 Folio 9 del cuaderno de instancias.

28 Visible en los folios 7 a 8 del cuaderno de instancias.

29 Folio 12 del cuaderno de instancias.

30 Folio 13 del cuaderno de instancias.

31 Folios 14 al 18 del cuaderno de instancias.

32 Folios 59 al 63 del cuaderno de instancias.

34 Folios 16 al 21 del cuaderno principal.

35 Folios 22 al 23 del cuaderno principal.

36 Esta es una afirmación contradictoria de la accionante pues en otros momentos del escrito reconoce la existencia del mismo.

37 Folios 19 y 20 del cuaderno principal.

38 Visible en folios 60 a 65 del cuaderno principal.

39 Sistema de Vigilancia en Salud Pública.

40 Folio 61 del cuaderno principal.

41 Folio 62 del cuaderno principal.

42 Folio 63 del cuaderno principal.

43 Ibidem.

44 Folio 65 del cuaderno principal.

45 Visible en folios 66 a 86 del cuaderno principal.

46 Folios 67 y 68 del cuaderno principal.

47 Folios 67, 74 y 83 del cuaderno principal.

48 Folio 67 del cuaderno principal.

49 Folios 67 y 74 a 76 del cuaderno principal.

50 Obrante en folios 109 a 113 del cuaderno principal.

51 Folios 96 a 100 del cuaderno principal.

52 Folio 97 del cuaderno principal.

53 En esta ocasión, en vez de aplicar factor de coagulación, se optó por el suministro de ácido tranexámico (500mg 1 cada 6 horas por 3 días) y torundas con ácido tranexámico tópico en fosa nasal izquierda.

54 Folio 100 del cuaderno principal.

55 Visible en folios 130 a 132 del cuaderno principal.

56 Folio 108 del cuaderno principal

57 Esta suspensión de determinó y prorrogó mediante los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556, finalmente levantados para la revisión de tutelas en la Corte Constitucional mediante el parágrafo 1º del artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11581.

58 Folio 159 del cuaderno principal.

59 Folios 137 a 142 del cuaderno principal.

60 Folios 143 a 158 del cuaderno principal.

61 Sentencia SU-225 de 1998. Véanse también las recientes sentencias T-402 de 2018, T-010 de 2019 y T-117 de 2019.

62 Algunos ejemplos de acciones afirmativas son el otorgamiento de cupos especiales para ingreso a la universidad pública a comunidades indígenas y afrodescendientes (T-703 de 2008), las leyes en materia de vivienda de interés social a favor de población en situación de discapacidad (C-536 de 2012) y los eventos de retén social para mujeres cabeza de familia (T-084 de 2018).

63 Este es el caso de la estabilidad laboral reforzada. Como puede verse en la sentencia T-118 de 2019, reiterando lo dicho en la decisión T-521 de 2016: “con independencia de la denominación, si el trabajador se encuentra en un periodo de incapacidad transitoria o permanente, sufre de una discapacidad o en razón de sus condiciones de salud se encuentra en estado de debilidad manifiesta, existirá el derecho a la estabilidad laboral reforzada”

64 Sentencia SU-225 de 1998.

65 Ibidem

66 Ley estatutaria de salud.

67 Ley 1751 de 2015. Artículo 6º. “f) Prevalencia de derechos. El Estado debe 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”

68 Esta referencia se hace reiterando lo expuesto en sentencia T-196 de 2018. Otros pronunciamientos posteriores a la ley estatutaria de salud en la materia son las sentencias T-402 de 2018 y T-010 de 2019.

69 Ministerio de Salud y Protección Social, Enfermedades Huérfanas, información disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/PENT/Paginas/enfermedades-huerfanas.aspx>. La Corte ha tenido en cuenta esta descripción para algunos de sus fallos, como sucedió en la sentencia T-402 de 2018.

70 Como se reseña en la sentencia T-402 de 2018, el Ministerio de Salud reconoció ante la Corte que “[D]entro de los problemas que experimentan las personas que padecen de este tipo de enfermedades se encuentran: la dificultad de obtener un diagnóstico exacto, opciones de tratamiento limitadas, poca investigación sobre su enfermedad, tratamientos de alto costo, y en general, falta de información e incertidumbre asociada a su estado de salud y tratamiento médico”

72 En la sentencia T-399 de 2017 se afirmó que “las enfermedades huérfanas también se consideran enfermedades de alto costo y, en ese orden, se encuentran incluidas en la cuenta encargada de administrar los recursos de las enfermedades catalogadas como de Alto Costo”.

73 Sentencia C-313 de 2014.

74 Frente a esta tesis también pueden consultarse los pronunciamientos T-993 de 2002, T-454 de 2008, T-140 de 2011 y T-124 de 2016, entre otras.

75 Véanse las sentencias T-1198 de 2003, T-454 de 2008 y T-124 de 2016.

76 Sentencia T-124 de 2016.

77 Confróntese con las sentencias T-586 de 2008, T-234 de 2013, T-121 de 2015, T-016 de 2017 y T-448 de 2017, entre otras.

78 Véanse también las sentencias T-603 de 2010, T-745 de 2013 y T-171 de 2015.

79 En esa ocasión, la Corte reiteró lo expuesto en sentencia T-286A de 2012.

80 Véanse las sentencias T-406 de 1993, T-170 de 2002, T-482 de 2005, T-842 de 2005 y T-737 de 2011.

81 Sentencia T-737 de 2011. Véanse también las sentencias T-406 de 1993, T-829 de 1999, T-636 de 2001.

82 por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 43. Estando vigente la relación laboral no se podrá desafiliar al trabajador ni a sus beneficiarios de los servicios de

salud, cuando hubiera mediado la correspondiente retención de los recursos por parte del empleador y no hubiera procedido a su giro a la entidad promotora de salud. Los servicios continuarán siendo prestados por la entidad promotora de salud a la que el trabajador esté afiliado hasta por un período máximo de seis (6) meses verificada la mora, sin perjuicio de la responsabilidad del empleador, conforme las disposiciones legales.

La empresa promotora de salud respectiva, cobrará al empleador las cotizaciones en mora con los recargos y demás sanciones establecidos en la ley.

83 Por ejemplo, el inciso 5º del artículo 49 y el artículo 95 constitucional.

84 Véanse las sentencias T-125 de 1994 y SU-747 de 1998. Para pronunciamientos más recientes en la materia, consúltense las sentencias T-810 de 2011, T-416 de 2013 y C-793 de 2014.

85 Véase la sentencia C-251 de 2002.

86 Sentencia SU-747 de 1998.

87 Sentencia C-313 de 2014.

88 Sentencia T-124 de 2019.

89 Sentencia C-313 de 2014.

90 Parágrafo 1º del artículo 10º de la Ley 1751 de 2015. Los efectos del incumplimiento de estos deberes solo podrán ser determinados por el legislador. En ningún caso su incumplimiento podrá ser invocado para impedir o restringir el acceso oportuno a servicios de salud requeridos. Es importante indicar que, a la fecha, no se ha realizado esta regulación.

91 Véanse las sentencias T-037 de 1998, T-1078 de 2007 y C-639 de 2010.

92 Ministerio de Salud y Protección Social, tomado de: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/El-autocuidado-clave-para-alcanzar-la-megameta.aspx>

93 Sentencias T-834 de 2005, T-887 de 2009 y T-427 de 2019, entre otras.

94 La sentencia SU-961 de 1999 estimó que “la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto”. En ese mismo sentido se pronunció la sentencia SU-108 de 2018.

95 Como puede verificarse a folio 9 del cuaderno de instancias.

96 El literal d) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 dispone lo siguiente: “Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:

(...) d. Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre éstos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”.

97 Véanse las sentencias T-218 de 2018, T-253 de 2019 y T-117 de 2019.

98 Véanse las sentencias T-218 de 2018, T-375 de 2018, T-444 de 2018, T-253 de 2019, T-117 de 2019 y T-423 de 2019.

99 Sentencia SU-124 de 2018.

100 T-117 de 2019.

101 Folio 63 del cuaderno principal.

102 Folio 17 del cuaderno principal.

103 Esto en virtud de ser calificada como una enfermedad huérfana de acuerdo al código D680 de la Resolución N° 5265 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social. Como se expuso (supra. II. 12 a 15) esto implica que “se caracterizan por ser potencialmente mortales o debilitantes a largo plazo, de baja prevalencia y alto nivel de complejidad”.

104 Folio 100 del cuaderno principal.

105 Sentencia T-481 de 2016.

106 Folio 15 del cuaderno principal.

107 Folio 14 del cuaderno principal.

108 Folio 59 del cuaderno de instancias.

109 Ibidem.

110 Folio 15 del cuaderno principal

111 Folio 19 del cuaderno principal.

113 Ibidem

114 Folio 61 del cuaderno de instancias.

115 Como puede constatarse en la respuesta de la EPS Servicios Occidentales de Salud obrante a folio 112 del cuaderno principal, el servicio de transporte no ha sido determinado por el médico tratante por lo que la EPS no puede proporcionarlo.

116 Folio 63 del cuaderno de instancias.

117 Folio 66 del cuaderno de instancias.

118 En concreto lo componen el Ministerio de Salud y Protección Social, el Instituto Nacional de Salud, las Unidades Notificadoras Departamentales y Distritales, las Unidades Notificadoras Municipales, Unidades Primarias Generadoras de Datos, Empresas Administradoras de Planes de Beneficios y Unidades Informadoras. Para mayor información véase:

[https://www.ins.gov.co/Direcciones/Vigilancia/Lineamientosydocumentos/1.%20Manual%20Si vigila%202018_2020.pdf](https://www.ins.gov.co/Direcciones/Vigilancia/Lineamientosydocumentos/1.%20Manual%20Si%20vigila%202018_2020.pdf)

119 Cita incluida dentro del presente proyecto, extraída de la sentencia T-124 de 2016.

120 Cita incluida dentro del presente proyecto, extraída de la sentencia T-069 de 2018.

