

Sentencia T-673/17



Referencia: Expediente T-6.272.704

Acción de tutela instaurada por ETRA¹ en calidad de agente oficiosa de su hijo menor de edad contra CAFESALUD EPS. S.A hoy MEDIMAS EPS S.A.S

Procedencia: Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Descongestión de Bogotá.

Asunto: Carencia actual de objeto por hecho superado.

La imposición de barreras administrativas como causa de la vulneración del derecho a la salud de un niño.

La cesión de activos, de pasivos, de contratos y de usuarios entre empresas prestadoras de salud y sus efectos sustanciales y procesales.

Magistrada Sustanciadora:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., nueve (9) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas y las magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la providencia dictada el veintitrés (23) de junio de 2017, por el Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Descongestión de Bogotá, D.C, dentro del expediente de tutela T-6.272.704, promovida por ETRA en calidad de agente oficiosa de su hijo menor de edad TESEO contra CAFESALUD EPS S.A.

¹ En razón a que en el presente caso se estudiará la situación de un menor de edad, la Sala advierte que como medida de protección de su derecho fundamental a la intimidad, se suprimirá de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, el nombre del niño y el su señora madre, y los datos e informaciones que permitan conocer su identidad. En consecuencia, para efectos de identificar a las personas involucradas en el expediente de la referencia, se han cambiado los nombres reales por unos ficticios.

El expediente fue remitido a esta Corporación mediante oficio número 0491 del veintisiete (27) de junio de 2017, por el secretario del Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Descongestión de Bogotá, D.C., en cumplimiento de los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección Número Ocho de la Corte, mediante auto del once (11) de agosto de 2017, resolvió seleccionar el asunto de la referencia para su revisión.

ANTECEDENTES

La agente oficiosa formuló acción de tutela contra la entidad accionada por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad física de su hijo menor de edad, generada por la negativa de aprobar y pagar anticipadamente tanto la cirugía coclear de su oído derecho, como los insumos y elementos necesarios para el adecuado funcionamiento del implante coclear de su oído izquierdo.

En ese sentido, solicitó que se ordene a la EPS demandada que realice las gestiones administrativas necesarias para la aprobación y pago anticipado de los procedimientos médicos e insumos requeridos por su hijo.

Hechos relevantes

1. El niño TESEO, nació el cinco (5) de noviembre de 2010², está afiliado a CAFESALUD EPS S.A -en adelante CAFESALUD- y fue diagnosticado con hipoacusia neurosensorial bilateral de grado profundo, por lo que su médico tratante lo consideró candidato para implante coclear bilateral³.

2. El agenciado fue intervenido para realizar el implante coclear en su oído izquierdo el diecisiete (17) de noviembre de 2013 y la conexión de componentes externos N5 le fue realizada el veintiuno (21) de ese mismo mes y año. El tratamiento dispuesto para su oído derecho requería mantener al paciente en un periodo de prueba con audífonos externos por posibles restos auditivos. Los controles médicos posteriores a la operación solo se realizaron al oído izquierdo, mientras que su oído derecho no fue evaluado durante el desarrollo de las mencionadas sesiones médicas⁴.

3. En el año 2016, mientras se le realizaba al menor de edad el control de actualización del implante del oído izquierdo en la Clínica Rivas de la ciudad de Bogotá, su señora madre preguntó por el tiempo de duración del periodo de prueba del oído derecho y le informaron que el niño debió ser evaluado a los seis (6) meses de la realización de la operación del implante coclear del oído izquierdo, con la finalidad de determinar si era necesaria una intervención quirúrgica en el mismo⁵.

² Folio 79 cuaderno principal que contiene el Registro Civil de Nacimiento del niño TESEO.

³ Folio 2 cuaderno principal.

⁴ Folio 2 cuaderno principal.

⁵ Folios 2-3 cuaderno principal.

4. El comité de médicos de la Clínica Rivas Ltda. ordenó, el veintidós (22) de julio de 2016, la cirugía de implante coclear de oído derecho del niño. Sin embargo, la agente oficiosa manifestó que esta orden junto con las proferidas el veintinueve (29) de agosto; treinta (30) de septiembre; veintiséis (26) de octubre y veintiuno (21) de noviembre, todas del año 2016, se vencieron porque la EPS accionada no dio respuesta oportuna a las mismas ni ha hecho las gestiones administrativas necesarias para su efectividad y ejecución⁶.

5. La entidad accionada le solicitó a la madre del menor de edad la renovación de las órdenes proferidas para la realización de los procedimientos médicos a su hijo, por lo que la clínica tratante profirió una nueva prescripción médica el nueve (9) de febrero de 2017⁷. No obstante, en esta oportunidad no fue posible su trámite debido a que se implementó una nueva plataforma denominada MIPRES para la gestión de los procedimientos médicos NO POS para usuarios del régimen contributivo y el niño no aparece registrado en la mencionada base de datos⁸.

6. El implante coclear del oído izquierdo del representado no funciona de manera correcta, pues requiere el reemplazo de su procesador. Por tal razón, la clínica generó la orden del treinta y uno (31) de mayo de 2017, la cual debía ser autorizada por la EPS accionada y aquella debía realizar el pago anticipado para el acceso a estos suministros. Estas gestiones administrativas no fueron realizadas por la entidad demandada⁹.

7. La agente oficiosa expresó que su hijo, ante la falta de funcionamiento del implante coclear de su oído izquierdo y la ausencia de procedimiento quirúrgico en el oído derecho, se encuentra totalmente desconectado del mundo exterior, lo que le impide interactuar de forma natural con su entorno, le dificulta su proceso de adaptación y de inclusión académica, le afecta su desarrollo social, emocional, psicológico y afectivo, y además, le obstaculiza su rehabilitación mediante terapias auditivas y verbales¹⁰.

Actuación procesal y contestación de la entidad accionada

El Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Descongestión de Bogotá, D.C, conoció de la acción de tutela en única instancia. El fallador admitió la solicitud de amparo por auto del doce (12) de junio de 2017. Esta providencia ordenó oficiar a la entidad accionada para que se pronunciara sobre los hechos que sustentan la solicitud de amparo¹¹.

⁶ Folio 3 cuaderno principal.

⁷ Ibidem.

⁸ Folio 4 cuaderno principal.

⁹ Folio 4 cuaderno principal.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Folio 247 del cuaderno principal.

La entidad **CAFESALUD EPS S.A.**, radicó ante la Secretaría del despacho de primera instancia, el veinte (20) de junio de 2017¹², escrito mediante el cual contestó la acción de tutela de la siguiente manera:

- i) El menor de edad se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo en calidad de beneficiario de CAFESALUD¹³.
- ii) La cirugía de implante coclear de oído derecho fue autorizada por la EPS accionada, sin embargo, la responsabilidad de la orden “*decretada mediante medida provisional*”¹⁴ es compartida con las Instituciones Prestadoras de Salud – IPS-, las cuales son actores externos y ajenos a esa entidad y tienen el deber de agendamiento para la práctica de los procedimientos y consultas médicas. Por lo anterior, la atención a los pacientes, el despacho de insumos y fármacos trasciende la esfera de control de la mencionada sociedad demandada¹⁵.

En este caso, solicitó que se vincule al presente trámite a la IPS Clínica José A. Rivas Ltda., para que sea esa institución la que realice los servicios asistenciales de salud avalados por esa EPS de manera inmediata y dentro de los términos descritos en la autorización de servicios¹⁶.

- iii) En relación con la entrega del insumo kit procesador N6 solicitado por la agente oficiosa, expresó que no se encuentran autorizados porque no existe orden médica “*ACTUAL*” que cumpla los parámetros legales de emisión no mayor a noventa días (90) días.

Concluyó su intervención con la solicitud de declaratoria de improcedencia de la acción de tutela por la inexistencia de violación de los derechos fundamentales invocados y por haberse configurado la carencia actual de objeto, debido a que esa entidad satisfizo la pretensión contenida en la tutela bajo el entendido de que los médicos tratantes profirieron las órdenes necesarias para la atención del menor de edad, lo que evidencia una protección inmediata y eficaz que pugna con el uso del “*mecanismo de tutela*”, el cual carece de actualidad y perdió su razón de ser¹⁷.

Decisión de única instancia

El Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Descongestión de Bogotá, D.C. profirió sentencia el veintitrés (23) de junio de 2017¹⁸, en la que resolvió “*No tutelar el amparo solicitado (sic)*”¹⁹ por la agente oficiosa en favor de su hijo menor de edad, con fundamento en que:

¹² Folios 250-254 del cuaderno principal.

¹³ Folio 250 del cuaderno principal.

¹⁴ Folio 250v del cuaderno principal. Esta afirmación fue expuesta por la EPS accionada sin que precisara la providencia y su fecha de expedición a la que se refiere.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Folio 254 del cuaderno principal.

¹⁸ Folios 256-257 del cuaderno principal.

¹⁹ Folio 257 del cuaderno principal.

i) La cirugía de implante coclear de oído derecho requerida por el niño se encuentra autorizada, de tal suerte que “(...) *no existe razón alguna para emitir una orden, cuando en realidad la misma se encuentra superada (sic).*” Debido a que dicha situación fue demostrada por la entidad accionada en la contestación de la tutela²⁰.

ii) En relación con la falta de entrega de los insumos solicitados por el usuario, ese despacho consideró que la EPS no vulneró los derechos fundamentales invocados, porque:

“(...) los mismos (se refiere a los insumos que requiere el menor de edad agenciado) no cuentan con una orden que así soporte la necesidad de ellos (sic). Sobre este punto es importante recalcar que no es la accionante ni tampoco el Juez Constitucional (sic) los llamados a ordenar insumos para el paciente, en la medida que no cuentan con los conocimientos que si ha de tener el médico profesional; por lo tanto es éste a quien (sic) debe estar supeditada la orden para que se autoricen y acto seguido se entreguen los insumos requeridos por el menor (sic).”²¹

iii) Por tal razón, concluyó ese juzgado que “(...) *no se emitirá orden alguna diferente al archivo de la presente acción de tutela*”²².

Actuaciones en sede de revisión

Esta Sala de Revisión, con la finalidad de conocer la situación actual del niño representado relacionada con su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, con fundamento en los principios de informalidad y celeridad que orientan el trámite procesal de la acción de tutela, accedió el veinte (20) de septiembre de 2017, a la Base de Datos Única de Afiliación al Sistema de Seguridad Social²³, administrada por el Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud (FOSYGA) y pudo establecer que desde el primero (1º) de agosto de 2017, se encuentra inscrito en MEDIMAS EPS S.A.S -en adelante MEDIMAS- en el régimen contributivo y en calidad de beneficiario.

Frente a este hecho, la Sala constató que la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución número 2426 del diecinueve (19) de julio de 2017²⁴, aprobó el Plan de Reorganización Institucional presentado por CAFESALUD consistente en la creación de una nueva entidad, a saber, la sociedad MEDIMAS y la

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

²² Ibidem.

²³ Disponible en:

http://aplicaciones.adres.gov.co/BDUA_Internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=N57lkxYnm6EQNhk/IdzuTg==

²⁴ Disponible en:

<https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Resoluciones/RES%202426%20DE%202017.pdf>, consultado el veintiuno (21) de septiembre de 2017.

consecuente cesión total a esta última de los activos, los pasivos, los contratos y los afiliados de la primera²⁵.

Con fundamento en lo anterior, esta Sala de Revisión profirió el Auto 507 del veinticinco (25) de septiembre de 2017, mediante el cual adoptó las siguientes medidas provisionales de protección:

“PRIMERO: ORDENAR a la entidad accionada hoy MEDIMAS EPS S.A.S, para que realice las siguientes actuaciones:

i. Dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente auto, deberá ordenar y realizar la valoración médica integral, especializada e interdisciplinaria del niño TESEO, para que establezca su actual condición clínica en relación con la patología auditiva que padece. Para tal efecto, dicha gestión podrá realizarla a través de la IPS tratante o cualquier otra que haga parte de su red de prestadores de servicios médicos, por lo que no podrá invocar como causa de incumplimiento de esta orden la negligencia o cualquier conducta omisiva por parte de la IPS seleccionada para tal fin.

De igual manera, no podrá exigirle al menor de edad o a su señora madre la realización de cualquier gestión administrativa que obstaculice o retrase la orden judicial proferida en el presente auto.

ii. Una vez realizada la valoración médica indicada previamente y de generar órdenes de cirugías y de entrega de insumos o suministros al paciente, deberá proceder de la siguiente manera: si se trata de tratamientos quirúrgicos realizará su aprobación, pago anticipado y agendamiento para la práctica del procedimiento dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la fecha de la orden médica. Si el médico ordenó insumos o suministros, estos deberán entregarse al paciente dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la fecha de la orden médica.

En ese sentido, la EPS accionada deberá remover todos los obstáculos administrativos y realizar directamente y de manera coordinada con la institución prestadora de salud seleccionada las gestiones necesarias para tal fin, por lo que no podrá trasladar su ejecución al paciente o a su representante legal, ni oponer la negligencia o incumplimiento de las órdenes médicas emitidas por parte de la IPS correspondiente.

iii. Vencidos cada uno de los términos previstos en los numerales anteriores, la EPS accionada deberá presentar a esta Sala de Revisión, un informe detallado de las actuaciones realizadas, de las gestiones administrativas, de los procedimientos médicos ordenados y realizados, así como los insumos y suministros entregados al paciente.

²⁵ Artículos 1° y 2° de la Resolución 2426 del diecinueve (19) de julio de 2017.

(...)

SEGUNDO: ORDENAR que, a través de la Secretaría General de esta Corporación, se oficie a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud para que, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales acompañen el cumplimiento del presente auto y el desarrollo de este proceso.”

Mediante informe del cuatro (4) de octubre de 2017, la Secretaría General de la Corte informó que dio cumplimiento a lo ordenado en el auto 507 de 2017, mediante notificación por estado No. 617 y comunicaciones con oficios No. A-2172/2017 al A-2176, todos del veintinueve (29) de septiembre del presente año.

El incumplimiento de la orden judicial proferida por la Sala de Revisión

Este despacho constató que durante el término otorgado por la Sala en el Auto 507 de 2017, MEDIMAS no cumplió con las órdenes contenidas en la mencionada providencia, puesto que no allegaron los informes ordenados en el numeral primero de la citada decisión.

Por lo anterior, la suscrita Magistrada Sustanciadora profirió el auto del veintitrés (23) de octubre de 2017, mediante el cual ordenó: i) requerir al representante legal de MEDIMAS E.P.S. o a quien haga sus veces, para que en el término improrrogable de un (1) día, contado a partir de la notificación de la presente providencia, si no lo ha hecho iniciara las gestiones administrativas necesarias para dar cumplimiento al numeral primero de la parte resolutive del Auto 507 de 2017. De igual manera, en el término improrrogable de un (1) día, contado a partir de la notificación de ese auto, el mencionado funcionario debía rendir un informe a esta Corporación sobre el cumplimiento del auto 507 de 2017; ii) compulsar copias del expediente a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para que dentro del ámbito de sus competencias legales y constitucionales, adelantaran las investigaciones correspondientes a los funcionarios de MEDIMAS, en relación con el incumplimiento de las órdenes proferidas en el Auto 507 de 2017; y, iii) requerir a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en el improrrogable término de un (1) día, contado a partir de la notificación de esta providencia, presentaran un informe detallado de las gestiones de acompañamiento para el cumplimiento del Auto 507 de 2017.

La Secretaría General de la Corte, informó el veintisiete (27) de octubre de 2017, que recibió el oficio No. 204700271449 del veinte (20) de ese mismo mes y año, suscrito por el Defensor del Pueblo Regional Bogotá, en el que expresó: “(...) *me permito precisar que remitimos por competencia su petición a Medimas EPS a quien solicitamos atender, dar trámite y respuesta a su requerimiento (...)*”²⁶

²⁶ Folio 46 cuaderno de revisión.

De igual forma, la Secretaría General de esta Corporación informó el primero (1º) de noviembre de 2017, que fue radicado el oficio No. 201700278086 de la Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo, en la que precisó que el Defensor del Pueblo Regional Bogotá, envió el treinta (30) de octubre del presente año, el requerimiento número 22327 de esa misma fecha a la EPS MEDIMAS, en el que solicitó a esa entidad informar las acciones dispuestas para el cumplimiento del Auto 507 de 2017, proferido por la Corte²⁷.

Adicionalmente, le advirtió al presidente de la mencionada entidad que se trata de:

“(...) un caso que demanda intervención urgente, inmediata e ininterrumpida, habida cuenta de la doble condición de vulnerabilidad en que se encuentra TESEO (es un niño y su estado de salud demanda tratamiento integral con carácter de urgencia); condición que privilegia nuestra Carta Política (artículo 44) y la copiosa normativa internacional, en tratándose del deber ineludible de llevar a cargo todo lo que esté al alcance para garantizar su salud y su vida.”²⁸

El dos (2) de noviembre de 2017, la Secretaría General de este Tribunal informó que recibió el primero (1º) de ese mismo mes y año, el oficio No. 201711302130991 del treinta y uno (31) de octubre del presente año, firmado por el Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social.

En el mencionado documento, el funcionario presentó un informe de las gestiones para el cumplimiento del Auto 507 de 2017, proferido por esta Sala, en el que indicó: i) La EPS MEDIMAS autorizó la cirugía del niño, la cual fue programada para el quince (15) de noviembre de 2017, a las 8:20 a.m. en la Clínica Rivas de Bogotá; y ii) se inició el proceso de despacho del Kit Procesador Nucleulus 6. Las demás entidades guardaron silencio.

La Superintendencia Nacional de Salud, presentó de manera extemporánea y cuando ya se había registrado el proyecto de sentencia a todos los magistrados que componen la presente Sala de Revisión, ante la Secretaría General de la Corte, el ocho (8) de noviembre de 2017, a las 3:51 P.M., un documento en el que expuso las actuaciones administrativas adelantadas por esa entidad. En ese escrito se manifestó que el primero (1º) de noviembre del presente año, se remitió el oficio 2-2017-114322 de la misma fecha a la EPS MEDIMAS, en la que se limitó a indagar por la fecha de notificación del “*fallo de tutela*”, si realizó o no la valoración clínica especializada e integral del niño, las órdenes médicas, la fecha en que se practicó o se practicará los procedimientos al menor de edad y en caso no haber realizado dichas gestiones, las razones del incumplimiento y las acciones que adelanta para superar la situación. Para todo lo anterior concedió un término de cinco (5) días hábiles²⁹.

²⁷ Folio 47-55 cuaderno de revisión.

²⁸ Folio 51 cuaderno de revisión.

²⁹ Folio 73 cuaderno de revisión.

I. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cuestión previa a la formulación del problema jurídico

2. La agente oficiosa interpuso acción de tutela contra la entidad accionada por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad física de su hijo menor de edad, debido a la negativa por parte de ésta de aprobar y pagar anticipadamente la cirugía coclear de su oído derecho y de los elementos necesarios para el adecuado funcionamiento del implante coclear ubicado en su oído izquierdo.

3. En cumplimiento de una medida cautelar dictada por esta Sala, se obtuvieron las prestaciones solicitadas en este trámite constitucional. En efecto, por información suministrada por el Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social, previamente al registro de este proyecto, se tuvo conocimiento que al niño le fueron autorizadas tanto la entrega de los elementos requeridos para su implante coclear del oído izquierdo, como la intervención quirúrgica en su oído derecho, la cual fue programada para el quince (15) de noviembre de 2017.

Conforme a lo expuesto, antes de adelantar el estudio del asunto de la referencia, la Sala debe ocuparse del análisis de la posible configuración de la carencia actual de objeto por hecho superado, por cuanto la pretensión contenida en el escrito de tutela se fundaba en la autorización de la cirugía de implante coclear de su oído derecho y de los insumos y elementos necesarios para el adecuado funcionamiento del implante coclear ubicado en su oído izquierdo, puesto que logró acreditarse que los mismos fueron autorizados por la EPS accionada.

Carencia actual de objeto. Configuración de un hecho superado durante el trámite de la acción de tutela. Determinación del alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita

4. La Corte, en reiterados pronunciamientos, ha sostenido que el objeto de la acción de tutela es la garantía de los derechos fundamentales. Sin embargo, durante el proceso de amparo pueden presentarse circunstancias que permitan inferir que las vulneraciones o amenazas invocadas cesaron porque: i) se conjuró el daño alegado; ii) se satisfizo el derecho fundamental afectado; o iii) se presentó la inocuidad de las pretensiones de la solicitud de amparo³⁰. Estas situaciones generan la extinción del objeto jurídico del amparo, por lo que cualquier orden de protección proferida por el juez en este momento procesal, caería en el vacío³¹.

³⁰ Sentencia T-308 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³¹ Sentencia T-533 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Este fenómeno ha sido denominado “*carencia actual de objeto*”, el cual se presenta por la ocurrencia de hecho superado o daño consumado³².

Se está frente a un hecho superado cuando durante el trámite de amparo las acciones u omisiones que amenazan al derecho fundamental desaparecen por la satisfacción de la pretensión que sustenta la acción de tutela, por lo que la orden a impartir por parte del juez constitucional pierde su razón de ser, porque el derecho ya no se encuentra en riesgo³³.

No obstante, esta Corporación ha señalado que puede adelantar el estudio del asunto sometido a su conocimiento, pues le corresponde en sede de revisión, determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita³⁴, conforme al artículo 24 del Decreto 2591 de 1991³⁵ y determinar si, con atención de las particularidades del caso, procede el amparo de la dimensión objetiva de los derechos conculcados³⁶. Dicho análisis puede comprender: i) observaciones sobre los hechos del caso estudiado; ii) llamados de atención sobre la situación que originó la tutela; iii) el reproche sobre su ocurrencia y la advertencia sobre la garantía de no repetición³⁷; y iv) la posibilidad de adoptar las medidas de protección objetiva³⁸.

De otra parte, el daño consumado surge cuando se ocasionó el daño que se pretendía evitar con la orden de protección del juez de tutela, debido a que no se reparó oportunamente la vulneración del derecho³⁹.

5. Conforme a lo expuesto, la Sala considera que en el caso bajo estudio operó la figura de la carencia actual de objeto por hecho superado, puesto que la pretensión de la agente oficiosa fue satisfecha por la EPS MEDIMAS, la cual autorizó tanto la cirugía coclear de su oído derecho, como la entrega de los elementos requeridos en el implante de su oído izquierdo.

6. Sin embargo, a partir del escrito de demanda, la contestación de la entidad accionada y las pruebas que obran en el expediente, este Tribunal considera necesario, conforme a las reglas jurisprudenciales construidas por la Corte, pronunciarse de fondo sobre: i) el asunto objeto de estudio con la finalidad de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita⁴⁰; ii) la vulneración invocada en la demanda conforme al artículo 24 del Decreto

³² Sentencia T-703 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³³ Sentencia T-311 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁴ Sentencia T-170 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁵ “ARTICULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado (...) en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo son perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”

³⁶ Sentencia T-576 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁷ Sentencia SU-225 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada.

³⁸ Sentencia T-576 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Sentencia T-170 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

2591 de 1991⁴¹; y, iii) si, con atención de las particularidades del caso, procede el amparo de la dimensión objetiva de los derechos conculcados⁴².

Por tal razón, la Sala debe ocuparse del estudio de los requisitos generales de procedibilidad y su demostración en la solicitud de amparo de la referencia. A tal efecto, analizará en conjunto si en el presente asunto se cumplen los presupuestos necesarios de procedencia de esta acción, como son: i) legitimación por activa; ii) legitimación por pasiva; iii) inmediatez; y, iv) subsidiariedad, para que, una vez se verifique su acreditación, si es del caso, plantee el respectivo problema jurídico que permita realizar el examen de las presuntas vulneraciones a los derechos fundamentales invocadas en el escrito de tutela.

Examen de procedencia de la acción de tutela

La legitimación en la causa

7. La legitimación en la causa configura un presupuesto del proceso que permite la constitución de una relación jurídico procesal válida. Es decir, se trata de condiciones que deben existir para que pueda proferirse una decisión cualquiera sobre la demanda⁴³.

Para esta Corporación, la legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque le permite al juez pronunciarse sobre las pretensiones del actor y las razones de la oposición del demandado, mediante una decisión judicial favorable o desfavorable a cualquiera de las partes. Conforme a lo expuesto, es un requisito que se refiere a una calidad subjetiva en relación con el interés sustancial de quienes participan en el proceso⁴⁴.

Legitimación por activa

8. El artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, regula la legitimación para el ejercicio de la acción de tutela. La norma en cita establece que la solicitud de amparo puede ser presentada: i) a nombre propio; ii) **a través de representante legal**; iii) por medio de apoderado judicial; o iv) mediante agente oficioso.

De acuerdo con lo expuesto, esta Sala encuentra que el niño TESEO presentó la solicitud de amparo a través de ETRA, quien afirmó ser la señora madre del agenciado y haber actuado en su nombre, como su representante legal, porque su

⁴¹ “ARTÍCULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado (...) en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo son perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”

⁴² Sentencia T-576 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴³ Vescoví, E. Teoría General del Proceso. Temis, 1984, pág. 93.

⁴⁴ Sentencias T-416 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-1191 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-799 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, reiteradas en la sentencia T-770 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

hijo menor de edad se encuentra “*totalmente desconectado del mundo exterior*”⁴⁵ debido a que tiene padecimientos que afectan su audición y expone la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad física. Por lo tanto, es claro que la representación procesal se encuentra acreditada, con lo que se tiene por satisfecho el requisito de legitimación en la causa por activa.

Legitimación por pasiva

9. La legitimación en la causa por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso⁴⁶. Conforme a los artículos 86 de la Constitución y 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad y frente a particulares.

10. La solicitud de amparo se dirigió inicialmente contra la institución de derecho privado CAFESALUD y durante el trámite de la misma, esta Sala de Revisión pudo constatar que se produjo un plan de reorganización empresarial de la mencionada entidad que dio como resultado la creación de una nueva EPS denominada MEDIMAS a quien le fueron cedidos los activos, los pasivos, los contratos y los afiliados de CAFESALUD.

Esta operación administrativa fue aprobada por la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución número 2426 del diecinueve (19) de julio de 2017. Por tal razón, la Sala deberá abordar el análisis de procedibilidad de la acción de tutela contra particulares y, además, los efectos procesales de la cesión de activos, de pasivos, de contratos y de afiliados entre entidades prestadoras de salud.

El artículo 86 Superior establece que la solicitud de amparo se puede interponer por la acción u omisión de cualquier autoridad que amenace o dañe los derechos fundamentales de su titular. De igual manera consagra, que la ley definirá la procedencia de la acción de tutela cuando la afectación de derechos fundamentales provenga de particulares, debido al servicio público que prestan, o su acción contraria al interés colectivo o a los derechos de quienes se encuentran en estado de subordinación e indefensión.

De esta manera, el artículo 49 de la Carta establece que el servicio público de salud está en cabeza del Estado a quien le corresponde establecer “*(...) las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control.*”

Por su parte, el literal e) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, establece que las Entidades Promotoras de Salud tienen a su cargo la afiliación de los usuarios y la

⁴⁵ Folio 3 cuaderno principal.

⁴⁶ Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-373 de 2015 y T-098 de 2016 ambas con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

administración de los servicios que ofrecen a través de las Instituciones Prestadoras-IPS, mediante el cumplimiento del Plan Obligatorio de Salud.

La **sentencia T-770 de 2011**⁴⁷ expresó que las entidades promotoras de salud pueden generar una amenaza o perjuicio de las garantías *ius fundamentales*, bien sea por acción o por omisión, lo que habilita la procedencia del amparo constitucional para hacer cesar las vulneraciones a los derechos.

11. Con base en lo expuesto, la Sala considera que en el presente asunto la acción de tutela se dirigió inicialmente contra una EPS que prestaba el servicio de salud y a la cual estaba afiliado el representado, lo que en principio acredita la legitimación en la causa por pasiva. Sin embargo, durante el trámite de la solicitud de amparo, se produjo un plan de reorganización de CAFESALUD, que dio lugar a la cesión de todos sus activos, pasivos, contratos y específicamente de los afiliados a una nueva EPS creada con ocasión de la mencionada operación administrativa, la cual como se advirtió previamente, fue aprobada por la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución 2426 del diecinueve (19) de julio de 2017.

Como consecuencia de lo anterior, tanto la representante legal como su hijo menor de edad están afiliados a MEDIMAS desde el primero (1°) de agosto de 2017, por lo que a esta Sala le corresponde establecer la legitimación en la causa por pasiva de la mencionada entidad, para lo cual realizará un análisis de los efectos procesales de la cesión de bienes, de pasivos, de contratos y de afiliados entre entidades prestadoras del servicio de salud.

La sustitución de las partes durante el proceso es una excepción a la regla general de que los sujetos no se modifican mientras se da la correspondiente instancia judicial. En efecto, se trata de situaciones extraordinarias en las que se puede producir un cambio de sujetos durante el trámite jurisdiccional, bien sea por la muerte, la incapacidad de una de ellas o la llamada sucesión procesal por la transmisión de derechos, como sería la cesión⁴⁸.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha realizado un análisis de la figura de la cesión en materia de créditos o de contratos, en el siguiente sentido:

“Frente a las inmediatas relaciones entre cesión de créditos y de contratos, es necesario entender que, a pesar de las similitudes entre las dos figuras, se trata de instituciones diferentes;(...)

Por la cesión de contratos bilaterales o de prestaciones periódicas cualquiera de las partes en el involucradas por vía de un negocio jurídico puede ceder su posición contractual en forma íntegra siempre y cuando el contrato no se haya cumplido enteramente, transfiriendo sus relaciones tanto activas como pasivas en frente del otro contratante cedido. Desde luego, no es cesión

⁴⁷ M.P. Mauricio González Cuervo.

⁴⁸ Vescoví Op. Cit.

autónoma de créditos porque esta institución transfiere exclusivamente un crédito, esto es el aspecto activo de la relación obligatoria como derecho a exigir el cumplimiento de la prestación o de la acreencia por parte del deudor; tampoco es asunción de deudas, porque aquí se transmiten pasivos, se cede una deuda con acuerdo del acreedor cedido. La cesión contractual es la sustitución o transmisión de parte o todo de las relaciones contractuales, tanto en su aspecto activo como en el pasivo, derivadas de un contrato.

De ahí, la cesión contractual tiene por efecto “(...) el subingreso, por un solo acto de un nuevo sujeto en la posición jurídica activa y pasiva de uno de los originales contratantes, sin necesidad de acudir a dos actos separados de cesión en la parte activa y de asunción en la posición pasiva. Como opera una sucesión total en la relación jurídica, la cesión de contrato es un medio técnico de circulación más progresiva que la cesión de crédito y la asunción de deuda”⁴⁹.⁵⁰

En consecuencia, se trata de la transmisión a favor de un tercero (cesionario) de toda la posición contractual de uno de los contratantes originarios (cedente), entendida como aquel conjunto de derechos y obligaciones interdependientes de las que era titular⁵¹.

En ese sentido, el cesionario toma el contrato y la relación jurídica en el estado en que se encuentra al instante de la cesión, por lo que se convierte en titular de los derechos y sujeto pasivo de las obligaciones en la misma situación existente para ese momento, sin que se produzca alteración, modificación o extinción, bajo el entendido de que:

*“(...) los derechos ejercidos y las prestaciones ya cumplidas no podrán ejercerse ni exigirse nuevamente, los pendientes se regularán por la ley y el contrato cedido y, **las consecuencias nocivas de los incumplimientos tanto respecto del contratante cedente cuanto del contratante cedido proyectan plenos efectos frente al tercero cesionario**, quien según el caso, podrá ejercer los derechos, acciones y pretensiones que correspondían al cedente frente al incumplimiento del contratante cedido y queda expuesto a las acciones de éste en el caso de incumplimiento del cedente (...)”⁵² (Énfasis agregado)*

Conforme a lo anterior, la cesión del contrato envuelve la posición de parte, por lo que el cesionario puede ejercer frente al contratante cedido los derechos, las

⁴⁹ BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1970. p. 224-225. Tomo II.

⁵⁰ Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, sentencia del veinticuatro (24) de julio de 2015, SC9680-2015 Radicación n.º 11001-31-03-027-2004-00469-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, sentencia del diecinueve (19) de octubre de 2011, Exp. 20010084701, citada en la sentencia del veinticuatro (24) de julio de 2012, Ref: Exp. 110131030261998-21524-01 M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

acciones y pretensiones correspondientes al cedente, quien a su vez podrá asumir la misma posición sustancial o procesal que tenía con el cedente⁵³.

Ahora bien, los efectos procesales de esta forma de transmisión de derechos se agrupan en la institución de la sucesión procesal regulada por el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, hoy el artículo 68 del Código General del Proceso, que consagra:

“Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador.

Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren.

El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil se decidirán como incidente.”(Énfasis agregado)

Este Tribunal, en **sentencia T-553 de 2012**⁵⁴, expresó que la sucesión procesal prevista en el ordenamiento adjetivo no constituye una intervención de terceros, sino un medio encaminado a permitir la alteración de las personas que integran la parte. De esta suerte, se trata de una institución que únicamente tiene efectos en la constitución de la situación jurídica procesal y no se proyecta a la relación sustancial.

En ese mismo sentido, dicha figura no genera una alteración en los restantes elementos del proceso, por lo que el sucesor lo asume en el estado en el que se encuentra con los mismos derechos, cargas y obligaciones procesales que su antecesor.

En conclusión, la celebración de una cesión tiene tanto efectos sustanciales como adjetivos, puesto que, en relación con estos últimos, genera la alteración de la parte y la asunción de la posición jurídica procesal del cedente en el estado en que se encuentre el proceso y la posibilidad de que los contratantes o beneficiarios

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ M.P. Luís Ernesto Vargas Silva. Esta providencia fue reiterada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del once (11) de febrero de 2016, STC1561-2016 Radicación n°. 11001-22-10-000-2015-00775-01, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Al respecto ver las sentencias del veinte (20) de septiembre de 1993, Exp. 4390, del primero (1º) de agosto de 2012, Ref.: Exp. 11001-31-03-024-2007-00285-01 y del veintisiete (27) de noviembre de 2013, Ref.: Exp.11001-0203-000-2009-01877-00.

cedidos puedan ejercer contra el cesionario las mismas acciones que tenía frente al cedente, siempre que no exista disposición legal o reglamentaria en contrario.

12. Con base en lo anterior, la Sala considera que en este asunto se presentó una modificación en la parte pasiva de la acción de tutela, puesto que entre CAFESALUD y MEDIMAS operó una cesión de bienes, pasivos, contratos y afiliados, de la primera sociedad en favor de la segunda, la cual fue aprobada por la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución 2426 de 2017.

De esta manera, MEDIMAS asumió la posición de parte de CAFESALUD EPS en el plano sustancial relacionado con la prestación del servicio público de salud y, además, sus efectos se proyectaron a los procesos en los que esta última era demandada, especialmente en la acción de tutela de la referencia, en virtud del artículo 68 del Código General del Proceso.

Adicionalmente, MEDIMAS actualmente es la prestadora del servicio de salud del niño y tiene la obligación constitucional y legal de garantizar su atención médica, y de asumir cualquier responsabilidad por su incumplimiento, aun causada por CAFESALUD, pues como se ha advertido, entre ambas entidades se avaló una cesión completa e íntegra de activos, de pasivos, de contratos y de usuarios.

Finalmente, es necesario recordar que sobre la mencionada entidad recayó una medida provisional de protección contenida en el Auto 507 del 2017, proferido por esta Sala, que ordenó la inmediata valoración clínica del menor de edad y la oportuna intervención quirúrgica y entrega de insumos si el tratamiento ordenado así lo preveía. Durante el término otorgado para su cumplimiento, esa empresa guardó silencio en relación con el acatamiento de la misma y su vinculación al proceso, lo que implica el saneamiento de cualquier irregularidad procesal al respecto.

En suma, para la Sala se encuentra acreditado el requisito de legitimación por pasiva de MEDIMAS en atención a que los efectos de la cesión celebrada con CAFESALUD se proyectaron en la presente acción de tutela y generaron la alteración procesal de la parte accionada y la asunción del trámite judicial en el estado en el que se encuentra.

Inmediatez

13. Esta Corporación ha reiterado que uno de los principios que rigen la procedencia de la acción de tutela es la inmediatez. De tal suerte que, si bien la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo, es decir, no tiene término de caducidad⁵⁵, su interposición debe hacerse dentro un plazo razonable, oportuno y justo⁵⁶, debido a que su finalidad es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

⁵⁵ Sentencia T-805 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

⁵⁶ Sentencia T-834 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-887 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

No obstante, existen eventos en los que *prima facie* puede considerarse que la acción de tutela carece de inmediatez y en consecuencia es improcedente, pues ha transcurrido demasiado tiempo entre la vulneración de los derechos fundamentales y la presentación de la solicitud de amparo.

En estos casos, el análisis de procedibilidad excepcional de la petición de protección constitucional se torna más estricto y está condicionado a la verificación de los siguientes presupuestos⁵⁷: i) la existencia de razones válidas y justificadas de la inactividad procesal, como podrían ser la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para formular la solicitud de amparo en un término razonable y la ocurrencia de un hecho nuevo⁵⁸, entre otros; ii) cuando la vulneración de los derechos fundamentales es continua y actual; y, iii) la carga de la interposición de la solicitud de amparo en un determinado plazo resulta, de una parte, desproporcionada debido a la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, y de otra, contraria a la obligación de trato preferente conforme al artículo 13 Superior.

14. Ahora bien, la Sala considera que este requisito se cumple en el presente asunto porque si bien la intervención quirúrgica del oído izquierdo del niño se realizó el diecisiete (17) de noviembre del 2013, desde aquel momento no recibió la atención médica de control requerida tanto para el oído intervenido como para el oído derecho, por parte de la entidad accionada inicialmente y ahora por MEDIMAS, lo que le ha generado una situación de aislamiento total con su entorno, debido al deterioro de su audición. De esta manera, se está ante un déficit de protección de los derechos fundamentales del menor de edad que tiene vocación de actualidad.

Subsidiariedad

15. El inciso 4° del artículo 86 Superior consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y establece que “[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Del mismo modo, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, prevé que el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

La procedibilidad de la acción de tutela se sujeta a las siguientes reglas: (i) procede como *mecanismo transitorio*, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario⁵⁹; (ii) procede la tutela como *mecanismo definitivo* cuando el medio

⁵⁷ Sentencia T-485 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

⁵⁸ Sentencias T-1009 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-299 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵⁹ Sentencias T-800 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-859 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas.

ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia⁶⁰. Además, (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como *los niños y niñas*, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedencia de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos⁶¹.

16. Ahora, respecto de las controversias entre usuarios y entidades prestadores de salud, según el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007⁶² la Superintendencia Nacional de Salud tiene facultades jurisdiccionales para conocer y resolver controversias relacionadas con: (i) la denegación por parte de las entidades promotoras de salud de servicios incluidos en el POS; (ii) el reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una IPS no adscrita a la entidad promotora de salud o por el incumplimiento injustificado de la EPS de las obligaciones a su cargo; (iii) la multifiliación dentro del sistema; y (iv) la libre elección de la entidad promotora de salud y la movilidad de los afiliados⁶³.

Posteriormente, la Ley 1438 de 2011 -artículo 126⁶⁴- amplió las competencias de la Superintendencia e incluyó la resolución de controversias relacionadas con: (i) la denegación de servicios excluidos del POS; (ii) los recobros entre entidades del

⁶⁰ Sentencias T-800 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio., T-436 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas, y T-108 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

⁶¹ Sentencias T-328 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-456 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería, y T-789 del 11 de septiembre de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

⁶² Ley 1122 de 2007. Artículo 41. **Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.** “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, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

⁶³ Estas consideraciones fueron desarrolladas en la sentencia T-098 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶⁴ Ley 1438 de 2011. Artículo 126. “Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así: “e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo; f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud; g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

Modificar el párrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así:

“La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

sistema y (iii) el pago de prestaciones económicas por parte de las entidades promotoras de salud y el empleador. La normativa mencionada modificó el trámite del mecanismo y estableció que la competencia jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud debe desarrollarse mediante un procedimiento informal, preferente y sumario.

17. Desde que se asignaron las primeras competencias jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud, la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, sobre el alcance de dichas atribuciones. En particular, la **sentencia C-119 de 2008**⁶⁵ estableció que cuando, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conoce y falla en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez los asuntos de su competencia, “(...) *en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente.*” (Negrillas fuera del texto).

De lo anterior es posible deducir las siguientes reglas: (i) el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud para la protección de los derechos de los usuarios en el marco de las relaciones E.P.S.-Afiliado tiene un carácter prevalente; (ii) la tutela tiene un carácter residual cuando se persigue la protección de los derechos de los usuarios del sistema de seguridad social en salud; y (iii) la posibilidad de acudir directamente a la tutela es excepcional, de modo que ésta procede cuando se esté ante la inminente configuración de un perjuicio irremediable o se establezca que, en el caso concreto, el procedimiento ante la autoridad administrativa no es idóneo.

18. Tras la modificación del procedimiento que realizó la Ley 1438 de 2011 y la ampliación de las competencias a cargo de la Superintendencia de Salud, este Tribunal exaltó, además de la prevalencia, la idoneidad del mecanismo.

En particular, en la **sentencia T-825 de 2012**⁶⁶, la Corte estudió las acciones formuladas en representación de menores de edad que padecían autismo, en las que los accionantes pretendían que se ordenara el tratamiento en instituciones especializadas, y señaló:

“El procedimiento introducido por la Ley 1438 de 2011 para tramitar este tipo de conflictos resulta eficaz e idóneo para lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales de los menores Luis Miguel Gómez y Julián Romero Gaona: (i) por su carácter informal, sumario, principal y preferente; (ii) porque le otorga a la Superintendencia, entre otras, la posibilidad de decretar medidas cautelares dentro del trámite que se surta; (iii) y por la celeridad del proceso previsto, de diez días, para resolver de fondo sobre el problema planteado”.

⁶⁵ En la sentencia C-119 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) se estudió una demanda formulada contra el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, por la presunta afectación del derecho del debido proceso, pues según el demandante las atribuciones de la Superintendencia de Salud comportaban la usurpación de facultades constitucionales exclusivas de los jueces de tutela.

⁶⁶ M.P. Mauricio González Cuervo.

Así mismo, la **sentencia T-914 de 2012**⁶⁷, estudió la acción de tutela formulada con el propósito de que la entidad promotora de salud asegurara el transporte de un niño (que padecía parálisis cerebral espástica), hasta el lugar donde recibía las terapias, el cual era un servicio que no estaba cubierto por el POS. En aquella decisión se destacó la competencia a cargo de la Superintendencia de Salud para la solución de ese tipo de controversias y se dijo “(...) *que el procedimiento que introdujo la Ley 1438 de 2011 para el trámite de estas cuestiones, es lo suficientemente eficaz y expedito para lograr la efectiva protección de los derechos del peticionario dado su carácter informal, la posibilidad de decretar medidas cautelares dentro del mismo y la agilidad que contempla*”.

Así pues, esta Corporación ha establecido que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud es la vía ordinaria, principal y prevalente para el restablecimiento de los derechos y la solución de las controversias que surgen respecto del aseguramiento y prestación de los servicios en el sistema de seguridad social en salud.

No obstante, en múltiples oportunidades⁶⁸ la Corte ha tenido por cumplido el requisito de subsidiariedad, a pesar de que no se haya acudido preliminarmente a la vía judicial ordinaria, cuando ha advertido en el caso concreto la urgencia de la protección y el riesgo que se cierne sobre los derechos, que el mecanismo ordinario no resulta idóneo y por ende la tutela procede como medio principal de protección.

19. En el presente asunto, la Sala considera que se cumple el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela como mecanismo definitivo, con fundamento en que: i) el accionante es un niño de siete (7) años; ii) se encuentra en situación de discapacidad debido a la pérdida de la audición en ambos oídos; y, iii) carece de medios judiciales ordinarios y extraordinarios idóneos y eficaces para lograr la atención en salud urgente que requiere por parte de la EPS accionada.

En efecto, en el presente asunto se acreditó la falta de idoneidad de los medios jurisdiccionales ordinarios ante la Superintendencia Nacional de Salud, puesto que está demostrada su inactividad, tal como se verá más adelante, inclusive con una medida provisional de protección que fue proferida por esta Sala. En otras palabras, si esa entidad no atendió la orden de protección temporal proferida por la Corte en el presente asunto, no puede avalarse la idoneidad de los recursos judiciales ante la misma, pues aquellos devienen ineficaces y resultan una carga desproporcionada para el actor.

Adicionalmente, se justifica la inmediata intervención del juez de tutela ante la inminente configuración de un perjuicio irremediable *ius fundamental* en el menor de edad, puesto que el paso del tiempo puede agravar aún más su situación clínica y generar daños irreparables en su salud. De esta forma, ante la falta de atención

⁶⁷ M.P. Mauricio González Cuervo.

⁶⁸ Ver sentencias C-119 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-206 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-234 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

médica, que dio lugar la adopción por parte de la Sala, de una medida provisional de protección contenida en el Auto 507 de 2017, la cual fue incumplida por la entidad accionada. De esta manera, el perjuicio irremediable para el niño reviste carácter de: *inminente*, es decir, está por suceder; se requieren medidas *urgentes* para conjurarlo; es *grave*, puesto que puede trascender al haber jurídico de una persona; y exige una respuesta *impostergable*, que asegure la debida protección de los derechos comprometidos⁶⁹.

Asunto bajo revisión y problema jurídico

20. La agente oficiosa presentó acción de tutela contra la entidad accionada por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad física de su hijo menor de edad, generada por la negativa de aprobar y pagar anticipadamente la cirugía coclear de su oído derecho y de los insumos y elementos necesarios para el adecuado funcionamiento del implante coclear ubicado en su oído izquierdo.

Por su parte, **CAFESALUD** expresó que: i) la cirugía de implante coclear de oído izquierdo fue autorizada pero la responsabilidad de la orden es compartida con las Instituciones Prestadoras de Salud-IPS-, quienes son actores externos y ajenos a la entidad accionada y tienen el deber de agendamiento para la práctica de los procedimientos y consultas médicas, por lo que sus actuaciones trascienden la esfera de control de la sociedad demandada; y, ii) la entrega del kit procesador N6 solicitado en la tutela, no puede realizarse porque no existe orden “*ACTUAL*” que cumpla con los parámetros legales de emisión no mayor a noventa (90) días.

21. Conforme a la demanda, la contestación de la EPS y las pruebas que obran en el expediente, para la Sala el problema jurídico que debe resolver se circunscribe a establecer si ¿la entidad accionada desconoció los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad física de un menor de edad al negarse a realizar un procedimiento quirúrgico y postergar el suministro de elementos necesarios para el funcionamiento de un implante coclear, con fundamento en que: i) dichas gestiones son responsabilidad de las instituciones prestadoras de salud-IPS; y ii) las órdenes expedidas perdieron vigencia, porque no fueron gestionadas la autorización y el pago anticipado por parte de la EPS demandada?

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, la Sala de Revisión abordará previamente el estudio de los siguientes asuntos: i) la protección constitucional del derecho fundamental a la salud; ii) la especial garantía de los derechos fundamentales de los niños; y iii) los principios de continuidad y de integralidad en la prestación del servicio público de salud. Finalmente analizará el caso concreto.

El derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia⁷⁰

⁶⁹ Ver, entre otras, las sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010, reiterado en sentencia T-230 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, entre otras.

⁷⁰ El fundamento de este acápite se tomó de la sentencia T-400 de 2016, reiterado en sentencia T-357 de 2017, ambas de ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

22. El artículo 49 de la Constitución Política establece, entre otras cosas, que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos que se encuentran en cabeza del Estado, de manera que debe ser éste quien organice, dirija y reglamente la prestación de dicho servicio bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En desarrollo de estos preceptos constitucionales, la jurisprudencia constitucional ha dicho que la salud tiene una doble connotación: derecho y servicio público⁷¹. Respecto a la primera faceta, ha sostenido que debe ser prestada de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, respecto de la segunda, la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 del Texto Superior.

23. En relación con la salud como derecho, es necesario mencionar que, en un primer momento, fue catalogado como un derecho prestacional, que dependía de su conexidad con otro derecho considerado como fundamental, para ser protegido a través de la acción de tutela. Posteriormente, la postura cambió y la Corte afirmó que la salud es un derecho fundamental autónomo que protege múltiples ámbitos de la vida humana⁷². Dicha posición fue recogida en el artículo 2° de la Ley 1751 de 2015⁷³, cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la **sentencia C-313 de 2014**⁷⁴. Así pues, tanto la normativa como la jurisprudencia actual disponen que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

24. Ahora bien, la protección del derecho a la salud de los niños reviste una mayor trascendencia constitucional pues se trata de sujetos de especial protección constitucional en atención a su temprana edad y la situación de indefensión en la que se encuentra. Por tal razón, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, su naturaleza *ius fundamental* expresa y prevalente exige un nivel de garantía superior⁷⁵ por parte de las EPS, debido a la etapa vital en la que se encuentran, puesto que cualquier retraso o negación en la prestación del servicio puede llegar a afectar de manera irreversible su condición médica y proyectar sus

⁷¹ Ver entre otras: Sentencias T-134 de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett y T-361 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷² Ver sentencias T-859 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-837 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-631 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-076 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

⁷³ “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones” Artículo 2. **Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud.** El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

⁷⁴ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁷⁵ Sentencia T-121 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

procesos relacionales con su entorno, su familia y la sociedad en general, así como sus ciclos de formación académica y cognitiva.

Esta situación fue considerada en la Ley 1751 de 2015, que incluyó el reconocimiento del principio de *prevalencia de derechos*. En efecto, el literal f) del artículo 6° de la citada ley contiene un mandato específico relacionado con la obligación de “*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*”.

25. En suma, el mandato de prevalencia de los derechos fundamentales de los niños exige que, en materia de salud, las EPS asuman un nivel mayor de protección, en especial, cuando se trata de remover obstáculos administrativos para asegurarles la prestación del servicio en términos de prontitud, eficacia y eficiencia.

Los principios de continuidad y de integralidad en la prestación del servicio público de salud

26. El principio de *continuidad* constituye la garantía de que el servicio de salud no podrá ser suspendido a los pacientes, en ningún caso, por razones administrativas, jurídicas o económicas, entre otras razones, porque el Estado tiene la obligación constitucional de asegurar su prestación eficiente y permanente en cualquier tiempo y de esta manera respetar la confianza legítima de los usuarios⁷⁶.

El mencionado principio implica, conforme al numeral 3.21 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, “*(...) 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*”. De esta suerte, según esta Corporación, el mencionado mandato hace parte de las responsabilidades a cargo del Estado y de los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud⁷⁷.

La Corte en **sentencia T-234 de 2014**⁷⁸ manifestó que una de las características de todo servicio público es la continuidad en la prestación eficiente del mismo, aspecto que en materia de salud implica su oferta ininterrumpida, constante y permanente dada la necesidad y la trascendencia que tiene para los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. Lo anterior significa que una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de tal forma que aquel no sea suspendido o retardado durante la recuperación o estabilización de paciente.

⁷⁶ Sentencia T-121 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷⁷ Sentencia T-124 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁸ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

De igual forma, esta Corporación ha reiterado los criterios que deben tener en cuenta las EPS, para garantizar la continuidad en la prestación del servicio que ofrecen a sus usuarios, específicamente sobre tratamientos médicos ya iniciados, bajo el entendido de que:

*“(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.”*⁷⁹
(Énfasis agregado)

En síntesis, para la Corte, el Estado y los particulares vinculados a la prestación del servicio público de salud, deben facilitar su acceso en términos de continuidad, lo que implica que las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que comporten la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos internos o con las IPS contratadas, que impidan la finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes⁸⁰.

27. De otra parte, la prestación del servicio de salud debe darse de forma continua debe hacerse de manera completa, según lo prescrito por el médico tratante, en consideración al principio de **integralidad**⁸¹. Bajo ese entendido, la atención médica debe realizarse de forma que incluya:

*“(...) todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”*⁸².

28. En suma, estos principios revisten una especial importancia porque amparan el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos de forma completa, sin que pueda verse afectado por cualquier situación derivada de operaciones administrativas, jurídicas o financieras, lo que garantiza la integralidad de la prestación de los servicios, hasta tanto se logre la recuperación o estabilidad del

⁷⁹ Ver sentencias T-1198 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-164 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-479 de 2012 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-505 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras. Reiteradas en la sentencia T-124 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸⁰ Sentencia T-124 de 2016 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ver sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Citada en la sentencia T-124 de 2016 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

afiliado. De este modo, el ordenamiento constitucional rechaza las interrupciones injustas, arbitrarias y desproporcionadas que afectan la salud de los usuarios⁸³.

No obstante, pueden existir situaciones excepcionales que les impiden a las EPS continuar con su operación, lo que genera escenarios de intervención estatal y de reorganización administrativa, bajo la supervisión y aprobación de la autoridad competente, en los que puede acaecer la cesión de activos, de pasivos, de contratos y de usuarios. Aun en estos escenarios, debe garantizarse el principio de continuidad en la prestación del servicio, tal como lo advirtió la Corte en **sentencia T-974 de 2004**⁸⁴, al precisar que la transmisión del derecho cedido se produce en todas sus dimensiones y privilegios y operará desde el momento de la celebración del contrato. De esta manera, las obligaciones y deberes relacionadas con el servicio de salud en cabeza de la EPS cedente se trasladan a la entidad cesionaria, por lo que esta última asume la obligación y el deber de prestar dicho servicio de salud a los afiliados cedidos en los términos establecidos en la Constitución y la ley, como aplicación al principio de continuidad.

La prohibición de anteponer barreras administrativas para negar la prestación del derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia

29. La prestación eficiente y efectiva del servicio de salud no puede verse interrumpida a los usuarios, específicamente por la imposición de barreras administrativas que diseñe la misma entidad prestadora del servicio para adelantar sus propios procedimientos. En ese sentido, cuando se afecta la atención de un paciente con ocasión de circunstancias ajenas al afiliado y que se derivan la forma en que la entidad cumple su labor, se desconoce el derecho fundamental a la salud de los afiliados, porque se obstaculiza su ejercicio por cuenta del traslado injustificado, desproporcionado y arbitrario de las cargas administrativas de las EPS a los afiliados⁸⁵.

Para esta Corporación, la imposición de barreras administrativas a los usuarios desconoce los principios que guían la prestación del servicio a la salud porque:

“(i) no se puede gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud (oportunidad), (ii) los trámites administrativos no están siendo razonables (eficiencia), (iii) no está recibiendo el tratamiento necesario para contribuir notoriamente a la mejora de sus condiciones de vida (calidad) y (iv) no está recibiendo un tratamiento integral que garantice la continuidad de sus tratamientos y recuperación (integralidad)”⁸⁶.

30. Este Tribunal ha identificado los efectos materiales y nocivos en el ejercicio del derecho fundamental a la salud de los pacientes causados por las barreras

⁸³ Sentencia T-121 de 2015 M.P. Luís Guillermo Guerrero Pérez.

⁸⁴ M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁸⁵ Sentencia T-405 de 2017 M.P. (e.) Iván Humberto Escrucera Mayolo.

⁸⁶ Cfr. Sentencia T-745 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Citado en la sentencia T-405 de 2017 M.P. (e.) Iván Humberto Escrucera Mayolo.

administrativas injustificadas y desproporcionadas impuestas por las EPS a los usuarios, los cuales se sintetizan a continuación⁸⁷:

i) Prolongación del sufrimiento, debido a la angustia emocional que se genera en las personas soportar una espera prolongada para ser atendidas y recibir tratamiento;

ii) Complicaciones médicas del estado de salud por la ausencia de atención oportuna y efectiva que genera el empeoramiento de la condición médica;

iii) Daño permanente o de largo plazo o discapacidad permanente porque ha pasado demasiado tiempo entre el momento en que la persona acude al servicio de salud y el instante en que recibe la atención efectiva;

iv) Muerte, que constituye la peor de las consecuencias y que ocurre por la falta de atención pronta y efectiva, puesto que la demora reduce las posibilidades de sobrevivir o su negación atenta contra la urgencia del cuidado requerido.

31. Conforme a lo expuesto, la Corte ha reiterado que la interrupción o negación de la prestación del servicio de salud por parte de una EPS como consecuencia de trámites administrativos injustificados, desproporcionados e irrazonables, no puede trasladarse a los usuarios, pues dicha situación desconoce sus derechos, bajo el entendido de que pone en riesgo su condición física, psicológica e incluso podría afectar su vida⁸⁸.

Caso concreto

32. La agente oficiosa presentó acción de tutela contra la entidad accionada por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad física de su hijo menor de edad, generada por la negativa de aprobar y pagar anticipadamente la cirugía coclear de su oído derecho y de los insumos y elementos necesarios para el adecuado funcionamiento de su oído izquierdo.

Por su parte, **CAFESALUD** expresó que: i) la cirugía de implante coclear de oído izquierdo fue autorizada pero la responsabilidad de la orden es compartida con las Instituciones Prestadoras de Salud-IPS-, quienes son actores externos y ajenos a la entidad accionada y tienen el deber de agendamiento para la práctica de los procedimientos y consultas médicas, por lo que sus actuaciones trascienden la esfera de control de la sociedad demandada; y, ii) la entrega del kit procesador N6 solicitado en la tutela, no puede realizarse porque no existe orden “*ACTUAL*” que cumpla con los parámetros legales de emisión no mayor a noventa (90) días.

A continuación, la Sala procede a realizar en estudio del presente caso concreto. Para tal efecto, en primer lugar, verificará los hechos que se encuentran

⁸⁷ Sentencia T-405 de 2017 M.P. Iván Humberto Escrucera Mayolo.

⁸⁸ *Ibidem*.

debidamente probados y, posteriormente, establecerá si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales invocados por el accionante.

33. En el presente caso, la Sala considera probados los siguientes hechos:

- i) El niño nació el cinco (5) de noviembre de 2010 y actualmente tiene 7 años⁸⁹.
- ii) Al momento de presentación de la acción de tutela estaba afiliado a CAFESALUD. Actualmente es usuario de MEDIMAS.
- iii) Fue diagnosticado con hipoacusia neurosensorial bilateral de grado profundo, por lo que desde su nacimiento fue candidato para implante coclear en ambos oídos.
- iv) El diecisiete (17) de noviembre de 2013 fue intervenido quirúrgicamente para realizar el implante coclear en su oído izquierdo. La conexión de los componentes externos se llevó a cabo el veintiuno (21) de ese mismo mes y año. En ese momento le informaron que su oído derecho se mantenía en periodo de prueba con audífonos externos.
- v) Al menor de edad le hicieron controles a la cirugía de su oído izquierdo, sin que se evaluara la evolución de su oído derecho.
- vi) En el año 2016, durante un control de rutina de la cirugía de su oído izquierdo realizado en la Clínica Rivas de la ciudad de Bogotá, a la madre del niño le informaron que el oído derecho del paciente debió ser evaluado a los seis (6) meses de la realización del implante coclear de su oído izquierdo, valoración que nunca ocurrió.
- vii) El veintidós (22) de julio de 2016, el comité de médicos de la Clínica Rivas ordenó la cirugía de implante coclear de oído derecho del niño.
- viii) La agente oficiosa tramitó oportunamente las siguientes órdenes médicas para la realización de procedimiento médico requerido: i) veintidós (22) de julio; ii) veintinueve (29) de agosto; iii) treinta (30) de septiembre; iv) veintiséis (26) de octubre; y, v) veintiuno (21) de noviembre, todas del año 2016. Sin embargo, las mismas vencieron porque la EPS accionada no dio respuesta oportuna a las mismas ni realizó las gestiones administrativas para su efectividad y ejecución.
- ix) Los días nueve (9) de febrero y treinta y uno (31) de mayo de 2017, fueron proferidas unas nuevas órdenes médicas por parte de la Clínica Rivas, en las que se disponía realizar el procedimiento quirúrgico del oído derecho y el reemplazo del procesador del implante coclear del oído izquierdo.

Estas órdenes no fueron tramitadas por la accionada en atención a la implementación de una nueva plataforma digital denominada MIPRES para la

⁸⁹ Folio 2 cuaderno principal.

gestión de procedimientos médicos NO POS para usuarios del régimen contributivo, en la cual no figuraba registrado el niño.

Adicionalmente, la EPS demandada omitió autorizar la orden médica y realizar el pago anticipado para el acceso a los suministros electrónicos requeridos por el paciente.

x) El niño se encuentra en un nivel muy alto de vulnerabilidad debido a la disminución de su sistema auditivo, lo que puede generar un daño irreparable en su proceso de adaptación y de inclusión académica, su desarrollo social, emocional, psicológico y afectivo y, además, es probable la inminente configuración de un perjuicio irremediable en términos de rehabilitación mediante terapias auditivas y verbales.

xi) La EPS accionada autorizó la cirugía y los elementos necesitados por el paciente con ocasión de la intervención de la Corte, que profirió los Autos números: i) A-507 de 2017 que ordenó medidas provisionales de protección y el seguimiento de las mismas por parte de la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud; y ii) del veintitrés (23) de octubre de 2017, que requirió a la entidad demandada y a las autoridades encargadas de acompañar el seguimiento de las órdenes contenidas en el Auto 507 de 2017.

34. Para esta Sala de Revisión, contrario a lo afirmado por el Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Descongestión de Bogotá, quien consideró, la decisión del veintitrés (23) de junio de 2017, que no existía “(...) *razón alguna para emitir una orden*” porque la entidad demandada supuestamente demostró que la situación que dio origen a la tutela fue superada, la EPS accionada vulneró gravemente los derechos fundamentales a la salud y a la integridad física del niño. Además, dicha afectación es potencialmente riesgosa para otras garantías *ius fundamentales*, tal como pasa a verse a continuación:

CAFESALUD hoy MEDIMAS ha omitido de manera deliberada y negligente la prestación del servicio de salud del menor de edad peticionario, puesto que mediante razones administrativas injustificadas y desproporcionadas, que en realidad configuran maniobras dilatorias, se ha abstenido de autorizar las órdenes médicas que sustentan el procedimiento que el paciente requiere, lo que ha generado el vencimiento de las mismas y la negativa rotunda del tratamiento que debe seguir el usuario, con fundamento en un hecho que es imputable a la propia EPS.

La Sala rechaza el argumento presentado por CAFESALUD en el sentido de que en este caso la responsabilidad de la falta de atención del menor de edad recae sobre las Instituciones Prestadoras de Salud-IPS, las cuales están por fuera de su esfera de control, por una elemental razón y es que las EPS tienen a su cargo la indelegable obligación de asegurar y administrar la prestación del servicio de salud a los usuarios bajo el estricto cumplimiento de los principios de continuidad

e integralidad, especialmente cuando se hace a través de instituciones prestadoras en los términos previstos en el literal e) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993.

En tal sentido, si la EPS conocía que la IPS contratada no cumplió con sus obligaciones, debió adelantar las gestiones administrativas necesarias para garantizar la continuidad en el tratamiento médico del menor de edad y aplicar los correctivos legales para que esta situación cesara y no se multiplicara el déficit de atención tanto para el niño como para otros usuarios.

Por el contrario, de acuerdo con la respuesta a la presente acción de tutela, se evidencia que esa entidad resolvió trasladar la carga administrativa de los problemas contractuales con la IPS al usuario, lo que generó que la garantía de sus derechos fundamentales se situara en un escenario de indeterminación en perjuicio del interés superior del niño representado.

Dicho argumento demuestra que la EPS accionada ha actuado con un completo desprecio por la salud y la integridad física del actor. El prolongado déficit de atención médica al que ha estado sometido el niño le ha generado complicaciones en sus dos oídos y ha configurado un permanente estado de incertidumbre para él y su familia, que es intolerable en términos *ius fundamentales*, y que se traduce en el sufrimiento, la obstrucción de su tratamiento, la imposibilidad de obtener resultados oportunos que mejoren su condición física y el riesgo de daños multidimensionales irreparables, debido a la negligente inoperancia de la entidad demandada.

La anterior situación reviste un agravante adicional derivado de los incentivos perversos que la EPS ha generado y que tienen como finalidad obstruir la adecuada prestación del servicio de salud, en desmedro de la garantía y eficacia de los derechos fundamentales del menor de edad, los cuales se materializan de la siguiente manera:

- i) El cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales está condicionado a la presentación de la acción de tutela por parte del usuario;
- ii) La autorización de la cirugía y los elementos requeridos por el niño solo se produjo cuando se profirieron los Autos 507 de 2017, que contenía las medidas provisionales de protección y del veintitrés (23) de octubre de 2017, mediante el cual fue requerida y ordenada la compulsa de copias de la actuación ante la Fiscalía General de la Nación y de la Procuraduría General de la Nación, pues dicha entidad guardó silencio frente a su cumplimiento, en una afrenta directa de las garantías constitucionales que son objeto de vulneración y con un desprecio absoluto por la institucionalidad y la función jurisdiccional de esta Corporación.

Adicionalmente, la Sala llama la atención del Ministerio de Salud y Protección Social y de la Superintendencia Nacional de Salud, entidades encargadas de la dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de la formulación de la política pública de prestación del servicio, así como de la inspección, vigilancia y control de las EPS, respectivamente, para que cumplan de manera oportuna y

eficaz con sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias y, se abstengan de condicionar su observancia a la intervención del juez constitucional, puesto que la prestación del servicio público de salud de manera continua e integral es la principal garantía de los derechos fundamentales de los pacientes.

Por tal razón, todas las entidades del Estado involucradas en la misma deben intervenir, conforme a sus competencias, en aquellos eventos en donde no se presta el servicio o la atención de los usuarios es irregular, bajo el entendido que cuentan con instrumentos jurídicos idóneos y eficaces para acompañar y garantizar la adecuada atención de los afiliados. Por lo tanto, deben actuar con diligencia ante las quejas que les formulen los ciudadanos en contra de las EPS que ofrecen los servicios de salud en el país.

En suma, la EPS asumió una actuación que pretendió dilatar injustificadamente en el tiempo el procedimiento que el menor de edad requería con suma urgencia, que, además, contravirtió los cimientos básicos del orden constitucional y social vigente como son las garantías fundamentales y desconoció las reglas que esta Corte ha construido a partir de su pacífica y consistente jurisprudencia, en materia de protección del derecho a la salud de los niños.

La negativa de la entidad accionada de atender pronta y eficazmente al menor de edad, con fundamento en la presunta negligencia de la IPS contratada y la falta de vigencia de las órdenes médicas, es contraria a las disposiciones constitucionales y legales que regulan la prestación del servicio de salud, a los postulados mínimos de la razón y desconoce criterios básicos y elementales de la lógica, pues le impuso al usuario la irracional labor de hacer una gestión de imposible realización, en el sentido de que tal exigencia solo es fácticamente viable si media una voluntad administrativa exteriorizada de la EPS de respetar las mínimas garantías *ius fundamentales* de los pacientes, a través de la remoción de todas las barreras administrativas que impidan la prestación efectiva y oportuna del servicio de salud. Esta práctica está proscrita por la Carta y la ley y no puede ser fomentada por entidades encargadas de la prestación del servicio público de salud por medio de la elusión consciente e institucionalizada del trato humano que deben recibir los usuarios del Sistema General de Protección Social en Salud.

Así las cosas, la accionada debió autorizar de manera inmediata las órdenes y los pagos anticipados requeridos para que la familia del niño pudiera adelantar los trámites para ejecutar el procedimiento médico ordenado y recibir los suministros necesarios para el adecuado funcionamiento de su implante coclear en el oído izquierdo y garantizar el tratamiento integral que el menor llegara a requerir posteriormente.

De otra parte, esta Sala considera que la omisión injustificada de la EPS, en parte fue motivada por la falta de pago anticipado de los procedimientos y los elementos requeridos por el paciente, es decir, por la ausencia de flujo de recursos económicos que, en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud, trascienden a la esfera pública, porque su gestión debe hacerse con base en el adecuado manejo fiscal de los dineros que financian el régimen, específicamente

en la forma en que la entidad accionada administra la unidad de pago por capitación – UPC, pues los mismos hacen parte del erario y son los pilares de la sostenibilidad del mismo.

En conclusión, la Sala encontró acreditada la vulneración de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales a la salud y a la integridad física del niño representado.

Las órdenes de protección constitucional

35. La Sala considera que, no obstante haberse declarado la carencia actual de objeto por hecho superado, el estudio del asunto de la referencia permitió acreditar las vulneraciones de los derechos fundamentales a la salud y a la integridad física del niño representado ocasionada por (i) su afección auditiva, (ii) la injustificada prolongación en el tiempo de las mismas, (iii) la indiferencia de la EPS materializada en la insensibilidad frente al padecimiento del niño, al imponerle obstáculos administrativos injustificados y desproporcionados a él y a su familia y, finalmente, (iv) el incumplimiento de los deberes constitucionales, legales y reglamentarios de los órganos encargados de dirigir el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y de vigilar, inspeccionar y controlar las entidades que prestan este servicio. Por lo tanto, considera necesario adoptar las siguientes medidas tendientes a proteger la dimensión objetiva de los derechos desconocidos:

i) ORDENAR a la EPS accionada prestar los servicios de salud que pueda requerir el niño con posterioridad a la intervención quirúrgica y a la entrega de los elementos necesarios para el tratamiento integral de su patología auditiva. Para tal efecto, deberá remover todos los obstáculos administrativos y realizar directamente y de manera coordinada con la institución prestadora de salud seleccionada las gestiones necesarias para tal fin, por lo que no podrá trasladar su ejecución al paciente o a su representante legal, ni oponer la negligencia o incumplimiento de las órdenes médicas emitidas por parte de la IPS correspondiente.

ii) EXHORTAR al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud, para que cumplan con sus obligaciones constitucionales y legales, y se abstengan de condicionar el ejercicio de sus competencias a la intervención del juez constitucional, puesto que cuentan con instrumentos jurídicos idóneos y eficaces para acompañar y garantizar la adecuada atención a los usuarios.

iii) Por Secretaría General de la Corte, COMPULSAR COPIAS del expediente y de la presente sentencia, con destino a la Procuraduría General de la Nación, para que, dentro del ámbito de sus competencias, investigue la conducta de los funcionarios de MEDIMAS EPS S.A.S, que incumplieron las órdenes provisionales de protección contenidas en el Auto 507 de 2017.

iv) Por Secretaría General de la Corte, COMPULSAR COPIAS del expediente y de la presente sentencia, con destino a la Procuraduría General de la Nación, para

que, dentro del ámbito de sus competencias, investigue la conducta de los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Salud que incumplieron las órdenes de acompañamiento contenidas en el Auto 507 de 2017.

v) Por Secretaría General, COMPULSAR COPIAS del expediente y de la presente sentencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, dentro del ámbito de sus competencias legales de inspección, vigilancia y control, adelante la correspondiente indagación administrativa a MEDIMAS EPS S.A.S, con ocasión de las omisiones y la negligencia en la prestación del servicio público de salud al niño representado.

vi) Por Secretaría General de la Corte, OFICIAR a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud para que, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales acompañen el cumplimiento de esta sentencia.

vii) De igual manera, la Sala ORDENAR que por intermedio de la Secretaría General de la Corte, se compulsen copias del expediente y de este fallo a la Contraloría General de la Nación, para que dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales, investigue la gestión pública y sus efectos en materia de daño al erario, posiblemente causado por la falta de pago anticipado de los procedimientos quirúrgicos y los elementos necesarios para el funcionamiento del implante coclear del oído izquierdo requeridos por el niño.

Conclusiones

36. La Sala dio respuesta al problema jurídico planteado de la siguiente manera:

a. Se verificó la procedencia de la acción de tutela como mecanismo definitivo para la protección del derecho fundamental a la salud de un niño.

b. En los procesos de cesión de activos, pasivos, contratos y usuarios entre Empresas Promotoras de Salud, se produce una alteración de la posición en la prestación del servicio que tiene efectos tanto sustanciales (puesto que se debe garantizar la continuidad en la prestación del servicio) como procesales (la entidad cesionaria asume los procesos judiciales en el estado en que se encuentre, con las mismas garantías constitucionales y legales del cedente).

c. CAFESALUD EPS S.A., hoy MEDIMAS EPS S.A.S, desconoció los derechos fundamentales a la salud y a la integridad física del menor de edad representado, al dilatar injustificadamente la autorización de las órdenes médicas de su tratamiento auditivo y negarse al pago anticipado para la realización de los procedimientos quirúrgicos y la entrega de elementos para el adecuado funcionamiento de su implante coclear.

Decisión

Con fundamento en lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del veintitrés (23) de junio de 2017, proferida por el Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Descongestión de Bogotá, D.C, y en su lugar **DECLARAR** la configuración de la carencia actual de objeto por **HECHO SUPERADO**.

SEGUNDO: ORDENAR a MEDIMAS EPS S.A.S que preste todos los servicios de salud que requiera el niño representado con posterioridad a la intervención quirúrgica y a la entrega de los elementos necesarios para el tratamiento de su patología auditiva. Para tal efecto, deberá remover todos los obstáculos administrativos y realizar directamente y de manera coordinada con la institución prestadora de salud seleccionada las gestiones necesarias para tal fin, por lo que no podrá trasladar su ejecución al paciente o a su representante legal, ni oponer la negligencia o el incumplimiento de las órdenes médicas emitidas por parte de la IPS correspondiente.

TERCERO: EXHORTAR al Ministerio de Salud y Protección Social, encargado de la dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud y a la Superintendencia Nacional de Salud, responsable de inspección, la vigilancia y el control de las EPS, para que cumplan con sus obligaciones constitucionales y legales, y se abstengan de condicionar el ejercicio de sus competencias a la intervención del juez constitucional, puesto que cuentan con instrumentos jurídicos idóneos y eficaces para acompañar y garantizar la adecuada atención a los usuarios. De esta manera, deberán atender con diligencia las quejas que formulen los usuarios en contra de las EPS que ofrecen el servicio de salud en el país.

CUARTO: ORDENAR que, por Secretaría General de la Corte, se compulsen copias del expediente y de la presente sentencia, con destino a la Procuraduría General de la Nación, para que, dentro del ámbito de sus competencias, investiguen la conducta de los funcionarios de MEDIMAS EPS S.A.S, que incumplieron las medidas provisionales de protección contenidas en el Auto 507 de 2017.

QUINTO: ORDENAR que, por Secretaría General de la Corte, se compulsen copias del expediente y de la presente sentencia, con destino a la Procuraduría General de la Nación, para que, dentro del ámbito de sus competencias, investiguen la conducta de los funcionarios del Ministerio de Salud y Protección Social y de la Superintendencia Nacional de Salud que incumplieron las medidas de acompañamiento contenidas en el Auto 507 de 2017.

SEXTO: ORDENAR que, por Secretaría General, se compulsen copias del expediente y de la presente sentencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, dentro del ámbito de sus competencias legales de inspección, vigilancia y control, adelante la correspondiente indagación administrativa a MEDIMAS EPS S.A.S, con ocasión de las omisiones y la negligencia en la prestación del servicio público de salud al niño representado.

SÉPTIMO: ORDENAR que, por Secretaría General de la Corte, se oficie a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud para que, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales acompañen el cumplimiento de esta sentencia.

OCTAVO: ORDENAR que, por intermedio de la Secretaría General de la Corte, se compulsen copias del expediente y de este fallo a la Contraloría General de la Nación, para que dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales, investigue la gestión pública y sus efectos en materia de daño al erario, posiblemente causado por la falta de pago anticipado de los procedimientos quirúrgicos y los elementos necesarios para el funcionamiento del implante coclear del oído izquierdo requeridos por el niño.

NOVENO: Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ROCÍO LOAÍZA MILIÁN
Secretaria General (e.)