



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, dieciocho (18) de enero del dos mil dieciocho (2018)

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
ACCIÓN: ACCIÓN DE TUTELA.
PROCESO: 70-001-33-33-009-2017-00329-01
DEMANDANTE: ADELAIDA MARGOTH BENÍTEZ FERNÁNDEZ
DEMANDADO: NUEVA EPS.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal, la impugnación interpuesta por la parte accionada en oposición a la sentencia de tutela proferida, por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE SINCELEJO - SUCRE, el día 29 de noviembre de 2017, la cual tuteló los derechos fundamentales a la señora ADELAIDA MARGOTH BENITEZ FERNÁNDEZ en representación de su menor hija xxx¹

1. ANTECEDENTES:

1.1. LA SOLICITUD DE TUTELA².

La señora **ADELAIDA MARGOTH BENITEZ FERNÁNDEZ**, actuando en representación de la menor xxxx, presentó Acción de Tutela, en contra de la **NUEVA EPS** por la presunta vulneración de los derechos, a la salud, seguridad social y a la vida en condiciones dignas.

La actora **pretende** que se amparen los derechos fundamentales invocados,

¹ En el presente caso debe aclararse que por estar involucrado un menor de edad la Sala ha decidido no hacer mención de su nombre como medida para garantizar su intimidad, su buen nombre y su honra. En este sentido se tomaran medidas para impedir su identificación, remplazando el nombre por convenciones a las que se hará referencia en el relato de los hechos que enmarcan el caso. Artículo 33 Ley 1098 de 2006.

² Folio 1-7

y como consecuencia, se ordene a la **NUEVA EPS**, sufragar los gastos de viáticos (hospedajes, alimentación y transporte), procedimientos, estudios y consultas médicas especialista en otras ciudades donde haya especialidad necesaria para sus tratamientos, además se ordene la autorización y cita para la realización de pruebas intradérmica de alergias con escarificación o acupuntura, para concluir se ordene la autorización para la realización del rayo X de vías digestivas.

Como **fundamentos fácticos**, indica la parte actora que, que la menor se encuentra afiliada a la nueva EPS– Régimen Subsidiado, que de nacimiento presenta reflujo gástrico, el cual le ocasionaba vómitos repetitivos y poca ganancia de peso por la pérdida de alimentos ingeridos, desde hace dos (2) años presenta SENSACIÓN DE PIROSIS, ASOCIADOS A DISFONÍA, FARINGITIS CRÓNICA Y REFLUJO GASTRO ESOFÁGICO HIPERLIDEMIA, RINITIS ALÉRGICA Y VITÍLIGO, por lo que recibe atención con alergología pediátrica por presentar rinitis alérgica, nódulos en cuerdas con disfonía y ronquidos nasales.

Que, el 9 de noviembre la menor tuvo su primera cita con alergología en la ciudad de barranquilla el médico tratante ordeno realizar prueba intradérmica y nuevamente cita con resultado para poder iniciarle el tratamiento el 9 de noviembre la niña tuvo su primera cita con alergología en la ciudad de Barranquilla, manifiesta que se acercó a la nueva EPS, quien expidió la orden para el procedimiento en la CLÍNICA BONADONA, sin embargo, en dicha clínica le informaron que desde hace mucho tiempo no le presta ese servicio a la Nueva EPS , por tal razón, se acercó nuevamente a las oficinas de autorizaciones de la NUEVA EPS y le informaron que no tiene contrato y que trataría de ubicarle un prestador y hasta la fecha no lo han hecho; que la niña perdió la cita que tenía apartada para el alergólogo.

Señala que, el 3 de noviembre, la menor tenía cita de control para mostrar al Gastroenterólogo los resultados del examen ordenado RX DE VÍAS DIGESTIVAS, estudio que tampoco se le realizó debido a que el prestador que le autorizaron no tenía técnico que pudiese realizar ese estudio, perdiendo la posibilidad de que avanzara el proceso de la niña.

Sostiene que, el día 09 de noviembre la menor tenía cita apartada con endocrinología pediátrica para llevar estudios solicitados y avanzar en la

definición del diagnóstico, y también lo perdió porque la NUEVA EPS le entregó la orden equivocada para el prestador y no alcanzo a realizar el cambio.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL:

- Presentación de la demanda: 15 de noviembre de 2017 (fol. 7 y 45).
- Admisión de la tutela: 15 de noviembre de 2017 (fol. 47).
- Notificaciones: 16 de noviembre de 2017 (Fol. 48 a 51).
- Contestación de la tutela: sin contestación.
- Sentencia de primera instancia: 29 de noviembre de 2017 (fol.52 a 59).
- Impugnación: 05 de diciembre de 2017 (fol. 63 a 72).
- Concesión de la impugnación: 06 de diciembre de 2017 (fol. 73).

1.3. INFORMES RENDIDOS

La EPS accionada no contestó la tutela.

1.4. LA SENTENCIA IMPUGNADA³:

El Juez de primera instancia, luego de estudiar el tema de la protección del derecho a la salud y a la seguridad social de los menores de edad, así como el principio de atención integral, consideró que, la parte actora tenía derecho a que la EPS accionada autorizara la realización de los exámenes y procedimientos requeridos, teniendo en cuenta que se trata de un sujeto de especial protección constitucional, como lo son los menores de edad, aunado a su condición médica.

1.5. LA IMPUGNACIÓN⁴.

Inconforme con la decisión adoptada por el *A-quo*, la NUEVA EPS impugnó, exponiendo, que existen disposiciones que excluyen las pretensiones de la presente acción, que no está cubierto por el PLAN OBLIGATORIO (POS), además aclara que el ordenamiento jurídico, que regula el Sistema General de Salud, tiene limitaciones y exclusiones, basados en los principios de equidad, solidaridad, eficiencia y calidad, de donde se puede observar que lo

³ Folio 52 a 59.

⁴ Folio 63 a 74 C. Ppal.

requerido por la parte actora no es de cumplimiento para la entidad, según el ordenamiento jurídico que regula el tema de la prestación del servicio a la salud.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala determinar si *¿Es deber de la entidad prestadora de salud, proporcionar a su afiliado el tratamiento integral que se requiera para la materialización de las directrices ordenadas por el médico tratante, máxime cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional como lo es el menor de edad?*

2.3. ANALISIS DE LA SALA.

I. DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE ATENCIÓN INTEGRAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la C.P. y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ejercerse con el objeto de reclamar la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando estos se vean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, y procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual debe aceptarse su procedencia y amparar los derechos fundamentales amenazados, si hay lugar a ello.

El derecho a la salud⁵, consagrado en nuestra Carta Política en el artículo 46, es regulado como un servicio público que se presta a toda persona,

⁵ Ley 1751 de 2015 "POR MEDIO DE LA CUAL SE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD" reconoció el carácter fundamental que comporta este derecho, tal como lo venía señalando la jurisprudencia constitucional. Dicha garantía, consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible (Declarada EXEQUIBLE por la H. Corte Constitucional mediante sentencia C-634 de 2015)

garantizando el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, y como deber primordial del Estado, dirigir y reglamentar la prestación de dichos servicios a los habitantes de todo el territorio colombiano, de conformidad a los postulados y principios constitucionales.

La Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-325 de 2008 entendió que el derecho a la salud, al estar consagrado constitucionalmente como un servicio público y un derecho asistencial, era uno de aquellos que para ser objeto de protección a través del mecanismo de tutela era necesario que su desconocimiento conllevara a su vez, a la amenaza o violación de un derecho fundamental directo, para así ser protegido o amparado en uso de la figura de la conexidad, posición esta que a su vez ha evolucionado y que en la actualidad a la luz de las sentencias T-760 de 2008 y T-671 de 2013 de la misma corporación, hacen que la salud sea, en ciertas condiciones, un derecho fundamental de forma directa, aplicando para ello el principio de progresividad de los derechos sociales, y los propios principios del sistema general de seguridad social en salud, como lo es la integralidad de la atención.

Frente a lo anterior, es de resaltar que la misma Corte Constitucional en sus múltiples fallos de revisión, ha sostenido que una de las manifestaciones del derecho fundamental a la salud es el recibir la atención definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, así como el definido en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. De allí, que cada vez que se niegue un servicio, tratamiento o un medicamento señalado o no en el POS-S o se esté frente a una posible violación del derecho fundamental a la salud, y su verificación y posterior resolución corresponderá al juez de tutela.

A lo anterior se suma a que el derecho a la seguridad social hace referencia a los medios de protección institucional para amparar a la persona y a su familia frente a los riesgos que atenten contra la capacidad de estos para generar los ingresos suficientes a fin de gozar de una existencia digna y enfrentar contingencias como la enfermedad, la invalidez o la vejez, frente a lo cual la Constitución Política establece que es un servicio público de carácter

obligatorio, prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Es así como la salud se convierte en un derecho no solo de rango constitucional, sino que toma amplitud en el amparo de normas de carácter internacional, por sus características especiales e importancia que tiene su eficaz cubrimiento, máxime que en la actualidad encontramos definido su carácter fundamental, directamente en la Ley Estatutaria 1751 de 2015.

“El ordenamiento jurídico colombiano ha prescrito que el derecho a la salud debe prestarse conforme con el principio de atención integral. En primer lugar, podemos mencionar la sentencia T 760 de 2008 en la que se estableció lo siguiente:

“(…) De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.

Así, desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’ (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un estado social de derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere.

Existe pues, una división entre los servicios de salud que se requieren y estén por fuera del plan de servicios: medicamentos no incluidos, por una parte, y todos los demás, procedimientos, actividades e intervenciones, por otra parte. En el primer caso, existe un procedimiento para acceder al servicio (solicitud del médico tratante al Comité Técnico Científico), en tanto que en el segundo caso no; el único camino hasta antes de la presente sentencia ha sido la acción de tutela.

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá”.

Este concepto del principio de atención integral, ha sido tomado por la Corte, en el entendido de que no solo se atiende a lo preceptuado por la norma superior sino que se ha regulado en conjunto con las normas de la seguridad social, tales como el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, la que enuncia el principio en estudio, de la siguiente manera:

“El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”.

De igual forma, el literal c del artículo 156 de la misma ley dispone:

“Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”.

En concordancia con todo esto, se resalta entonces la importancia no solo de la cobertura del derecho fundamental a la salud, sino que este se haga efectivo a través del principio de atención integral, como quiera que cuando se ampare por los fallos constitucionales no quede nada al azar, que se convierta en un obstáculo para su materialización; no obstante, es menester aclarar que el principio de atención integral debe ser aplicado por las EPS por obligación constitucional y legal, pero las órdenes emanadas de los jueces de tutela, deben contar con el correspondiente soporte fáctico de donde se desprenda la certeza de la vulneración o amenaza del derecho fundamental pretendido, y en caso de que carezcan de ello, no puede expedirse una protección concreta de un servicio que es hipotético o eventual.

II. PRESTACIÓN DE SERVICIOS NO INCLUIDOS EN EL POS A CARGO DE LA ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD

El derecho fundamental a la salud comprende, entre otros, el derecho a acceder a los servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad, cuando estos se encuentran incluidos o no en el plan identificado y reglamentado por las normas sobre el tema teniendo en cuenta las excepciones del caso, en atención a que dichos contenidos se hallan regulados y financiados a través de los dos sistemas de salud existentes, el contributivo y el subsidiado. Es por ello que la Sala indicará los elementos básicos de esta prestación, haciendo énfasis en el catálogo de servicios a los que tiene derecho cualquier persona.

En primer lugar, para garantizar la prestación de los servicios de salud se requiere la existencia de un conjunto de personas e instituciones que faciliten el acceso a los mismos, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y legales establecidos para ello. Es así que se tiene claridad de que son las EPS, las que deben prestar los servicios requeridos por sus afiliados, mientras estos estén cubiertos por el POS, no obstante si estos no se encuentran enlistados en el plan de beneficios, no puede convertirse en un impedimento para que reciba la atención integral necesaria, ya que se encuentra en juego derechos de rango constitucional, como el derecho a la salud.

Al respecto el máximo órgano Constitucional se ha pronunciado, manifestando que las entidades responsables de la prestación de los servicios de salud, tienen la obligación de garantizar el acceso a los mismos, libre de trámites y procedimientos administrativos engorrosos e innecesarios, considerando lo siguiente:

“El acceso al servicio médico requerido pasa, a veces, por la superación de determinados trámites administrativos. Esto es razonable, siempre que tales trámites no demoren excesivamente el acceso al servicio y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir. De ello también dependen la oportunidad y calidad del servicio.

La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta. Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, irrespetan el derecho a la salud de las personas.

Expresamente, la regulación ha señalado que “los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente.” En especial, se ha considerado que se irrespeta el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, “la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico”⁶

Ahora bien, como regulación normativa tenemos la Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016⁷, *“Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud*

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala especial. Auto 066 de 2012. Referencia: Seguimiento al cumplimiento de la orden vigésimo tercera de la sentencia T-760 de 2008. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷ Regulación normativa que derogó la resolución 5592 de 2015 *“ARTÍCULO 138. VIGENCIA Y DEROGATORIA. El presente acto administrativo rige a partir del 1º de enero de 2017 y deroga las Resoluciones 5592 de 2015, 001 de 2016 y demás disposiciones que le sean contrarias”*

*con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)” y es en este mismo acto administrativo general donde se fijan los procedimientos que están a cargo o no de las entidades prestadoras del servicio-EPS, por lo que es esta la normativa aplicable en el evento que este sea en el caso *sub examine*.*

La Corte Constitucional en varias oportunidades ha advertido que todas las personas naturales tienen el derecho a que se les garantice el acceso a los servicios y medicamentos necesarios para tratar las molestias en su salud.

Ello se ha reiterado con más vehemencia, una vez se adoptó el criterio del carácter autónomo del derecho fundamental a la salud en el ordenamiento jurídico colombiano. En principio, el derecho a la salud, sólo se ve garantizado con relación a lo establecido en el Plan Obligatorio de Salud –POS-, debido a las limitaciones presupuestales existentes del Sistema General de Seguridad Social en Colombia, **las cuales en todo caso no pueden servir de pretexto, ni excusa para vulnerar derechos fundamentales.**

En tal sentido, se supone que si hay un servicio o medicamento que no esté incluido en el POS, éste deberá ser asumido por la persona que lo necesite, empero la Corte Constitucional, para efectivizar la aplicación de los derechos fundamentales, ha establecido que cuando una persona o su familia no cuentan con los recursos propios para atender la enfermedad padecida, es el Sistema General de Seguridad Social el llamado a asumir los costos del tratamiento. En relación con la procedencia de las solicitudes de medicamentos y servicios no incluidos en el POS, la Corte en la Sentencia T-756 de 2010, advirtió:

“(…) Para estas situaciones, la Corte ha fijado cuatro requisitos básicos que se deben cumplir con el fin de proteger por vía de tutela el derecho fundamental a la salud y así dar paso a la inaplicación de las normas que regulan el Plan Obligatorio de Salud, a saber:

- i) Que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS. a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio.
- ii) Que la falta de medicamentos o tratamientos excluidos amenace los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física.
- iii) Que el medicamento no pueda ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud o que pudiendo serlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; iv) Que el paciente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido.

En todo caso, el juez de tutela deberá verificar en cada contexto particular si se cumplen estos presupuestos para que una vez

comprobados se pueda ordenar a la EPS correspondiente el suministro de los tratamientos, medicamentos o servicios adicionales necesarios en la realización del procedimiento médico requerido. (...)”

Si bien es cierto, los procedimientos médicos incluidos en el plan obligatorio de salud están a cargo de las EPS, también lo es que, si este se encuentra excluido, existen mecanismos que permiten preservar el equilibrio financiero de tal manera que si el servicio lo ha de prestar la EPS, pueden acudir al recobro frente al Estado a través de la entidad encargada de su financiamiento, quien recibe los recursos del sistema general de participación para financiar este tipo de servicios y de acuerdo a la reglamentación existente para el efecto.

Este tema ha sido motivo de múltiples pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional, precisamente en aras de garantizar no solo la atención integral de las personas que necesitan con urgencia la prestación de los servicios médicos, sino también que al prestar los mismos por parte de las E.P.S.-S, ellos no se vean afectadas en su organización interna y a nivel presupuestal, pudiéndose convertir esto en un pretexto para no atender los asuntos con la mayor diligencia, por lo que se han establecido métodos que permitan llegar a una armonía en ejecución de los planes obligatorios de salud, sin tener que llegar a la vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

III. EL DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS COMO FUNDAMENTAL, AUTÓNOMO Y PREVALENTE

El artículo 44 de la Constitución Política establece claramente que el derecho a la salud de los niños es un derecho de carácter fundamental, así:

"ARTICULO 44. *Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

Resulta claro entonces, que esta norma consagra los derechos fundamentales de los niños, entre ellos la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social y el derecho a recibir cuidado y amor. Dispone que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. También señala que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Esta norma también dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos; igualmente señala que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Por su parte, la Convención Americana sobre derechos humanos en su artículo 19 establece que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Y a su vez, el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 8º, señala también lo que se entiende por *"interés superior del niño, niña y adolescente"* y en el 9º la *"prevalencia de los derechos del niño, niña y adolescente"*. En el artículo 27 desarrolla "el derecho a la salud", haciendo un análisis especial sobre la salud integral; en el 36 se habla sobre *"los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad"* y finalmente en el 46 se precisan las "obligaciones especiales del sistema de Seguridad Social en Salud" para los niños, niñas y adolescentes con anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad.

Así las cosas, y como ha sido reiterada en jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, se puede apreciar que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son de naturaleza fundamental y autónoma y tienen un carácter prevalente por expresa disposición del artículo 44 superior, lo que quiere decir que tratándose de menores no es necesario demostrar su conexidad con otro derecho fundamental. Igualmente que requieren de protección inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional cuando se encuentren amenazados o vulnerados. Sobre este punto se ha expresado la H. Corte Constitucional en Sentencia T-439 de 2007, señalando que:

"Tan clara es la voluntad del Constituyente de proteger de manera especial al niño, que sus derechos a su salud y a la seguridad social fueron reconocidos como fundamentales, tratamiento que no recibieron estos mismos derechos frente a las demás personas, pues con respecto a éstas su protección por la vía de la tutela sólo es posible en la medida en que su desconocimiento pueda afectar por conexidad un derecho fundamental o un principio o valor constitucional".

La jurisprudencia también ha señalado que los servicios de salud que requieran los niños, son justiciables, incluso en asuntos en los que se trate de servicios que se encuentren por fuera de los planes obligatorios de salud (POS y POS-S)⁸ En la sentencia SU-225 de 1998, se realizó un análisis sobre la protección especial de los derechos de los niños en especial en lo que hace a la salud, estableciendo que el artículo 44 Superior dispuso:

"Que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares. Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela. La razón que justifica la aplicación preferente del principio democrático a la hora de adscribir derechos prestacionales, resulta impertinente en tratándose de derechos fundamentales de los menores".

En extenso precedente jurisprudencial, la Corte Constitucional ha indicado que dentro del marco de protección constitucional privilegiada, se encuentran los derechos fundamentales de los niños, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho dada la situación de debilidad, vulnerabilidad e indefensión en que está inmersa la población infantil, a la cual se debe otorgar amparo especial en garantía de su desarrollo armónico integral. Ello a su vez encuentra fundamento, en el deber del Estado porque ese crecimiento y desarrollo integral desde los distintos aspectos existenciales, como físicos, psicológicos, afectivos, intelectuales y éticos sean protegidos de cualquier arbitrariedad, propiciando un ambiente favorable para el desarrollo de su personalidad que permita la formación de seres libres, en lo posible felices y útiles a la sociedad.

En tales términos se pronunció el alto Tribunal en Sentencia T-705 del 06 de octubre de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, en la cual, citando a su vez precedente jurisprudencial adoptado con anterioridad, indicó:

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-127 de 2007, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

“Esta Corte ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.

Esta regla no excluye, sin embargo, la existencia de parámetros generales que pueden tomarse en cuenta como criterios orientadores del análisis de casos individuales. En efecto, existen ciertos lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños, tanto a nivel general (en la Constitución, la ley y los tratados e instrumentos internacionales que regulan la situación de los menores de edad) como derivados de la resolución de casos particulares (es decir, de la jurisprudencia nacional e internacional aplicable), que sirven para guiar el estudio del interés superior de menores, en atención a las circunstancias de cada caso⁹”.

La protección especial y reforzada de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a la luz del mandato constitucional, encuentra sustento de igual forma en las disposiciones que dentro del llamado bloque de constitucionalidad consagran tratados y documentos internacionales adoptados por Colombia en su sistema legal. Así es posible evidenciar, como la preeminencia de los derechos de los niños de acuerdo a lo establecido por el artículo 44º de la Constitución Política y su carácter de sujetos de especial protección, conlleva la obligación estatal, social y familiar de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus facultades, deber que ha sido constantemente resaltado por el máximo Tribunal Constitucional al señalar en Sentencia T-294 del 23 Abril de 2009, M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez, al sostener que: *“el artículo 13 constitucional además de reconocer, la igualdad ante la ley de todas las personas, la igualdad de trato por parte de las autoridades y la igualdad de oportunidades, atribuye al Estado el deber de proteger de manera especial a las personas que por su condición económica, física y mental se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta (...)”*.

⁹ Corte Constitucional - Sentencia T-510 de junio 19 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Así, de acuerdo con lo anterior ha resaltado la Corte, todas las actividades administrativas y judiciales que se adelanten en relación con los niños y las niñas deben regirse por los principios de prevalencia de la protección de los derechos de los niños y la búsqueda de su interés superior, ello en consonancia con el principio de protección prevalente y como sujetos de especial protección constitucional, máxime cuando están en condiciones de vulnerabilidad, constituyendo la protección a sus derechos fundamentales la garantía para recibir la atención que requieren para alcanzar un desarrollo armónico e integral, tal y como a su vez lo estipuló la Ley 1098 de 2006 - *Código de la Infancia y la Adolescencia*, al disponer:

"PREVALENCIA DE LOS DERECHOS. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona (...)".

Así las cosas y con fundamento en la normatividad y jurisprudencia reseñada resulta claro la especial relevancia que tiene el derecho fundamental a la salud cuando se trata de personas de especial protección por parte del Estado y a su vez se evidencia que alcanza su máxima expresión cuando se trata niños y niñas, pues por sus especiales circunstancias requieren de una atención privilegiada y especial que garantice el efectivo goce de todos los derechos que le consagra la Constitución Política y que le corresponde al juez constitucional armonizar la intervención del Estado, los particulares y la familia en dicho trámite, el deberá determinar la forma como los diferentes actores participarán en el proceso de rehabilitación de los menores enfermos

IV. EL CASO CONCRETO.

Teniendo en cuenta el anterior marco normativo y jurisprudencial, de cara a los hechos de la solicitud de tutela y las pruebas recaudadas, advierte la Sala que efectivamente la menor accionante se encuentra con un padecimiento en su salud, por lo que merece de una atención médica integral por parte del Estado.

Conforme la documental obrante a folio 8 del expediente, la accionante es una menor de edad, que nació el 7 de diciembre de 2007.

De la historia clínica incorporada al trámite de la presente (folio a 9-42), se puede evidenciar que la menor presenta la siguiente sintomatología y diagnóstico: disfonía, nódulos en las cuerdas vocales, rinitis alérgica, reflujo gastroesofágico, hiperlipidemia entre otras complicaciones. Para control de estas enfermedades se le ordenó por los médicos tratantes adscritos a la misma entidad de salud accionada, entre otros exámenes, una prueba intradérmica de alergias escarificación o puntura y cita con especialista en alergología.

Así mismo se allegaron diferentes órdenes de servicio para otras especialidades, así como exámenes médicos a realizar, los cuales en voces de la parte actora no ha podido cumplirse por no haber contratado con los prestadores del servicio, las cuales no han sido autorizadas por la EPS accionada.

Teniendo claro la necesidad del servicio de salud requerido por la actora, y acudiendo a las bases jurisprudenciales, máxime lo expuesto por la H. Corte Constitucional, cuando dice que, se viola el derecho a la salud cuando suspende o niega el servicio, por cuanto la atención debe suministrarse de forma integral y continua, considera esta Magistratura que no existe punto alguno que se deba revocar en esta instancia.

Para este cuerpo colegiado, las Entidades Promotoras de Salud para no poner en riesgo el derecho a la salud de sus afiliados, deben cumplir con el deber constitucional de prestar el servicio de salud de modo oportuno, adecuado e ininterrumpido, de manera que las personas beneficiarias puedan continuar con sus tratamientos para la recuperación de la salud, no siendo admisible constitucionalmente abstenerse de prestar el servicio o interrumpir el tratamiento de salud que se requiera bien sea por razones presupuestales o administrativas, so pena de desconocer el principio de confianza legítima y de incurrir en la vulneración del derechos constitucionales fundamentales.

No se debe olvidar, que la salud es un derecho fundamental que se define como "la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Al mismo tiempo, se ha indicado que tal derecho se debe garantizar en condiciones de dignidad dado que su

materialización resulta indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales”.

En ese orden de ideas, dado el interés prevalente del derecho a la salud de la menor accionante y en garantía del principio de atención integral, pues se reitera, que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable y que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

En lo atinente a su cobertura, como mandato general, es claro que el derecho a la salud implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo. De igual manera, comprende la satisfacción de otros derechos vinculados con su realización efectiva; por ello, según el legislador estatutario, el sistema de salud: *"Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud"*¹⁰.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia impugnada, esto es, la proferida el 29 de noviembre de 2017 por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. Según lo expuesto en los considerandos de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE, personalmente o por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

¹⁰ Artículo 4 de la Ley 1751 de 2015.

TERCERO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: De manera oficiosa, por conducto de la Secretaria de este Tribunal, **ENVÍESE** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

QUINTO: En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 003

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA