



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dos (2) de julio de dos mil quince (2015)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACION: 70-001-33-33-006-2015-00083-01
DEMANDANTE: IVÁN ALBERTO FADUL CHADID
(Representa menor de edad)
DEMANDADO: NUEVA E.P.S.
NATURALEZA: ACCIÓN DE TUTELA

Procede la Sala, a decidir la **impugnación** presentada por la parte accionante, contra la sentencia datada 27 de mayo de 2015, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, negó la tutela de los derechos invocados.

I.- ANTECEDENTES:

1.1- Pretensiones¹:

El señor IVÁN ALBERTO FADUL CHADID, quien actúa como representante legal de un menor de edad², interpuso acción de tutela contra la NUEVA EPS, con el propósito que se le tutelén los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la atención especializada de los disminuidos, físicos, sensoriales y psíquicos y desarrollo integral de los niños; en consecuencia, solicita se ordene a la entidad accionada, lo siguiente:

“1. Que a mi menor (...) se le inicie un programa de intervención que promueva el desarrollo de las habilidades afectadas, que le permita mejorar su salud mental y calidad de vida, con una atención integral acorde con su dignidad humana como persona.

¹ Folio 4, del Cuaderno de primera instancia

² Se omite nombre, en respeto a su condición.

2. Ordenar a la Directora Regional de NUEVA EPS IVAN ARIAS ORTIZ (E), o quien haga sus veces, que en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, se sirva ordenar le brinden los tratamientos y terapias especializadas al menor en la FUNDACION INSTITUTO DE NEURODESARROLLO Y NEUROCIENCIAS PARA LA REHABILITACION INTEGRAL "INNERI", concernientes en: Neuropsicología, Psicoterapia de Familia Sistémica, Terapia Comportamental Cognitivo-Conductual, Terapia del Lenguaje, Integración Sensorial y Estimulación de Gnosias Táctiles, visuales, Auditivas y Espaciales, Terapia Ocupacional Basada en Neurodesarrollo, Psicopedagogía y Estimulación Cognitiva, entre otros, y todo tratamiento integral que requiera mi menor hijo, para brindarle una mejor y mayor calidad de vida. Además los gastos de transporte que se ocasionen en virtud a éstas terapias.

3. Ordenar al director de NUEVA E.P.S. o quien corresponda, garantice las autorizaciones permanentes de todos los tratamientos y terapias que necesite mi menor hijo en la periodicidad que ordenen los médicos y especialistas tratantes.

4. Para evitar presentar acciones de Tutela por cada evento, solicito ORDENAR QUE LA ATENCIÓN SE PRESTE EN FORMA INTEGRAL, es decir, todo lo que el menor requiera en forma PERMANENTE Y OPORTUNA".

1.2.- Hechos³:

El señor **IVÁN ALBERTO FADUL CHADID**, se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro del Régimen Contributivo, afiliado a la NUEVA E.P.S., y su hijo menor, aparece como beneficiario de los servicios médicos en salud.

El citado menor, actualmente presenta un comportamiento de mucha ansiedad, tiene problemas para socializarse, no obstante, de tener un rendimiento académico excelente. Desde muy pequeño, presentó comportamientos inusuales, no expresa emociones, ni sentimientos, es muy plano al hablar, no percibe cuando una persona le está hablando con amor, por regaño o contándole un chiste, es obsesivo con los horarios cotidianos, hasta el punto que cuando, por cualquier circunstancia se le cambia, se descontrola todo el día y tiende a ser agresivo.

³ Folio 1, 2.

El menor, presenta diagnóstico de SINDROME DE ASPERGER, con un pensar distinto, lógico, concreto e hiperrealista. Su discapacidad no es evidente, sólo se manifiesta a nivel de comportamientos sociales inadecuados, le impide llevar una calidad de vida, acorde con su dignidad humana y el poder socializarse con menores de su mismo entorno y edad; en muchas ocasiones, ha sido etiquetado como "*Mala Adaptación Socioemocional*", en el que hay problemas de conducta y comportamientos premeditados de mala adaptación.

Por lo anterior, su padre **IVÁN ALBERTO FADUL CHADID**, decidió realizarle tratamiento particular en el Instituto de Neurodesarrollo y Neurociencias para la Rehabilitación Integral, donde le fue diagnosticado dicho síndrome.

Refiere el actor, que en estos momentos, no cuenta con el dinero para seguir cancelando el tratamiento, pues, es padre cabeza de hogar y por tal motivo, lo solicitó de forma verbal a la NUEVA E.P.S. la atención requerida; sin embargo, la entidad le respondió que ese tipo de tratamiento de rehabilitación integral, se encontraba excluido del P.O.S., ya que no afectaban la salud mental del menor y además, no tenían contrato con la FUNDACIÓN "INNERI".

Manifiesta el actor, que los servicios brindados por la entidad accionada, eran incompletos, en atención a la situación padecida por su hijo, dado que no le prestaban tratamientos de rehabilitación, esto es: Neuropsicología, Psicoterapia de Familia Sistémica, Terapia Comportamental Cognitivo-Conductual, Terapia del Lenguaje, Integración Sensorial y Estimulación de Gnosias Táctiles, visuales, Auditivas y Espaciales, Terapia Ocupacional Basada en Neurodesarrollo, Psicopedagogía y Estimulación Cognitiva, entre otros, los cuales son ampliamente conocidos por especialistas y expertos en rehabilitación y permiten, un mejoramiento concluyente en las habilidades afectadas del menor, ayudándolo a un mejor estado de salud físico, emocional, familiar y social.

Sostuvo, que el tratamiento solicitado, debía seguirse y adelantarse en la

FUNDACION INSTITUTO DE NEURODESARROLLO Y NEUROCIENCIAS PARA LA REHABILITACION INTEGRAL "INNERI", por ser el único centro de rehabilitación especializado e integral, que tenía la ciudad y por venir sugerido por el grupo de profesionales de dicha entidad.

1.3. Contestación de la acción⁴.

La **NUEVA EPS**, en ejercicio de su derecho de contradicción, presentó informe, en el que señala que, efectivamente, el menor, se encontraba afiliado a la NUEVA EPS, en calidad de BENEFICIARIO activo, pudiendo acceder a los beneficios del plan obligatorio de salud.

Sobre el servicio de rehabilitación integral, expuso, que según el concepto del área técnica: *"Es una exclusión expresa del POS según resolución 5521 de 2013 artículo 130 numeral 17: "Tecnologías de carácter educativo, instructivo o de capacitación, que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación social o laboral y no corresponden al ámbito de la salud aunque sean realizadas por personal del área de la salud"*.

Indicó, que un aspecto fundamental a tenerse en cuenta en el tratamiento, era la integración social y escolar; que las metas de los servicios, implicaban progreso en las habilidades sociales y cognitivas, mejoramiento en la comunicación verbal y no-verbal, reducción de mal comportamiento y generalización de habilidades, a través de múltiples ambientes.

Resaltó, que de los soportes allegados, no se evidenciaba el diagnóstico y/o estado clínico actual del paciente, no había evidencia de las evoluciones y pruebas realizadas por parte del equipo médico, para llegar a concluir el diagnóstico de trastorno del aprendizaje y retraso mental, en el citado paciente, por lo tanto, solicitaba valoración por junta médica especializada, compuesta por Neuropediatra, psiquiatra infantil y fisiatra adscrita a red de NUEVA EPS, para poder determinar un certero diagnóstico del paciente y así

⁴ Folios 31 - 35

evaluar, qué tipo de tratamiento podía ser el mejor para él menor.

Manifestó, que garantizaba a sus usuarios, los beneficios del plan Obligatorio de Salud, en instituciones debidamente habilitadas por las secretarías de salud, municipales o distritales y era el certificado de habilitación, el que garantizaba que las Instituciones prestadoras de Servicios de Salud, cumplieran con las condiciones técnico – científicas, para prestar atención médica con seguridad.

Pidió, se declarara improcedente la acción de tutela, por cuanto no había vulnerado derecho fundamental alguno, señalando, que en caso que se resolviera la tutela favorablemente, se precisará que el servicio de salud que se debía brindar, era única y exclusivamente el que se pidió a través de la presente acción y no se hiciera extensivo, a cuestiones que no habían sido materia de debate. Así mismo solicitó, se le reconociera el derecho a repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, por el 100% de la totalidad de los valores que debía asumir.

1.5.- La providencia recurrida⁵:

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 27 de mayo de 2015, negó la tutela, al considerar que si bien el menor, era un sujeto de especial protección constitucional, por ser menor de edad y encontrarse en situación de discapacidad, no procedía la acción de tutela, para ordenar la práctica de servicios médicos de rehabilitación integral, no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, suministrados por una institución, que no tenía convenio con la EPS del asegurado, por cuanto, no se cumplían los criterios señalados por la jurisprudencia constitucional, para que se configurara la vulneración de sus derechos fundamentales por parte de la E.P.S.

Indicó, que al verificar las circunstancias particulares del caso, se advertía

⁵ Folios 39 – 46.

en primer lugar, que el menor tenía 13 años edad y padecía Síndrome de Asperger, siendo que las dificultades generadas por su discapacidad, no habían impedido que desarrollara sus habilidades de aprendizaje, ya que cursaba octavo grado, dejando ver con ello, que se encontraba en un nivel de escolaridad, acorde con su edad, manteniendo un rendimiento académico, que le permitía cumplir con las actividades y metas establecidas, tal y como se desprendía de la historia clínica del menor.

En cuanto al análisis de la naturaleza de los servicios requeridos, señaló, que de acuerdo con lo consultado en el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, el Síndrome de Asperger, hacía parte de los trastornos generalizados del desarrollo, que si bien alteraba la interacción social de la persona que la padecía, no ocasionaba un retraso clínicamente significativo del desarrollo cognoscitivo, ni de las habilidades de autoayuda.

En segundo lugar, señaló, que el tratamiento de rehabilitación, para las personas que padecían dicho síndrome, no se encontraba dentro de los contemplados en el P.O.S., de acuerdo con lo establecido en el # 17 del artículo 130 de la Resolución No. 5521 de 2013.

Por último, advirtió, que el actor, inicialmente, no acudió a la Nueva E.P.S., para que a través de una valoración realizada por la junta médica especializada de la entidad, se determinara el diagnóstico del menor y si dada su condición, era procedente ordenarle tratamientos no cubiertos por el POS; sino que acudió al Instituto de Neurodesarrollo y Neurociencias para la Rehabilitación Integral, asumiendo gastos y costos de manera particular.

Lo anterior, sumado a que el niño, era beneficiario de la póliza No. 90-875805 del Plan de Salud Global de Sura, lo que permitía inferir, que el interesado contaba con los recursos, para costear los gastos que se generaren por la realización del tratamiento de rehabilitación Integral en dicho instituto.

Además, el servicio médico, no había sido ordenado por un médico adscrito a la Nueva E.P.S., quien era la encargada de garantizar la prestación del

servicio.

1.6.- La impugnación⁶.

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte accionante, la impugnó, con el objeto de que la misma sea revocada y en consecuencia, se concediera el amparo invocado.

Sostuvo, que no se tuvo en cuenta que en efecto, había solicitado ante la E.P.S., el tratamiento aludido, pero que ésta, le respondió de forma verbal, que ese tipo de tratamiento de rehabilitación integral, se encontraba excluido del P.O.S., ya que no afectaba la salud mental del menor y además, no poseían contrato con la FUNDACIÓN "INNERI".

Tampoco, dice, se apreció que su hijo necesitaba ayuda urgente, pues, tenía problemas para relacionarse con los demás y en ocasiones presentaba comportamientos inadecuados. Su discapacidad, no era evidente, sólo se manifestaba a nivel de comportamientos sociales inadecuados.

En cuanto a la capacidad económica, sostuvo, que el hecho de que su hijo tuviera una póliza de salud, no quiere decir que tuviera dinero para seguir con el tratamiento, ya que sus ingresos, no superaban los dos salarios mínimos legales vigentes; por tanto, era absurdo pensar que por contar con una póliza de salud, ya tenía capacidad económica para pagar el tratamiento.

Arguyó, que negarle la posibilidad a su hijo de poder llevar una vida acorde a su edad, porque la EPS no tenía convenio dicho instituto, sin buscar soluciones al respecto, afectaba los derechos fundamentales del menor.

⁶ Folios 55 - 58.

II.-TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 16 de junio de 2015⁷, se resolvió admitir la impugnación contra la sentencia de fecha 27 de mayo de 2015, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

III.- CONSIDERACIONES:

3.1.- Competencia:

El Tribunal, es competente para conocer en **Segunda Instancia**, de la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del decreto ley 2591 de 1991.

3.2. Problema Jurídico

Acorde con los antecedentes expuestos, en el sub judice, el problema jurídico a desatar estriba en determinar: ¿La empresa prestadora de salud NUEVA E.P.S., ha vulnerado los derechos fundamentales del menor hijo del accionante, al no autorizar la realización del tratamiento de rehabilitación integral, del Síndrome de Asperger en el Instituto de Neurodesarrollo y Neurociencias para la Rehabilitación Integral, bajo los argumentos de que no se encuentra en el plan obligatorio de salud y dicha institución no tiene convenio con la entidad?

Para resolver los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: *i.* Generalidades de la acción de tutela; *ii.* El derecho a la salud de los niños y las niñas, como fundamental y prevalente; *iii.* Caso concreto.

3.2.1.- Generalidades de la acción de tutela.

La tutela, es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991, para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona,

⁷ Folio 4, Cuaderno de segunda instancia

cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política⁸.

Para la procedencia de la acción, es necesario, que el afectado no disponga de otro medio de defensa para hacer valer sus derechos, salvo que la ejerza como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, siendo en todo caso, claro está, la existencia de una acción u omisión de la autoridad pública, la pueda configurar la violación del derecho fundamental, cuyo amparo se pretende.

3.2.2.- El derecho a la salud de los niños como fundamental y prevalente.

La salud no cabe duda, es un derecho fundamental y autónomo, y así ha sido reconocido por la Honorable Corte Constitucional, quien ha precisado que *“la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas...”*⁹.

Bajo la connotación de derecho de primera generación, *per se*, es evidente la procedencia de la acción de amparo para su protección, cuando quiera que el mismo sea amenazado o vulnerado por autoridades públicas o particulares. Este carácter, permite su guarda, sin necesidad de estar en

⁸ “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo 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”

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 15 de febrero de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández

conexión con otros derechos fundamentales, verbigracia, la integridad, la vida, etc.

Así lo ha dicho la Corte Constitucional, quien en torno al tema, en sentencia T – 676 de 12 de septiembre de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, precisó:

“... si el derecho a la salud de cualquier individuo resultare amenazado o vulnerado, los jueces pueden hacer efectiva su protección por vía de tutela. Queda así demostrado que, para la jurisprudencia colombiana, el derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y que puede ser invocado en sede de tutela si llega a verse amenazado o vulnerado”.

Si a esto se le suma, que la protección del derecho a **la salud de menores de edad**, prevalece sobre cualquier otra consideración, lo afirmado se realiza aún más.

Al efecto, la Constitución Política, establece en su artículo 44, que el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes, es fundamental y tiene prevalencia sobre los derechos de los demás, así como que su asistencia y protección, se encuentra bajo el amparo, tanto de la familia, como de la sociedad y el Estado¹⁰.

Sobre el derecho a la salud de los niños y niñas, la Corte Constitucional¹¹, ha señalado:

¹⁰ Expresamente, el artículo 44 constitucional dispone lo siguiente: “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”.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-036/13. M. P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

“La Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas son sujetos de especial protección, explicando que su condición de debilidad no es una razón para restringir la capacidad de ejercer sus derechos sino para protegerlos, de forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Por ello, la acción de tutela procede cuando se vislumbre su vulneración o amenaza y es deber del juez constitucional exigir su protección inmediata y prioritaria. Los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional. Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán inaplicar las disposiciones que restringen el POS, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías constitucionales”.

Así mismo, la jurisprudencia constitucional, ha distinguido, reiteradamente, el derecho fundamental a la salud como *“‘un estado completo de bienestar físico, mental y social’ dentro del nivel posible de salud para una persona”*¹², cuyo disfrute, debe reconocerse lo más alto posible, con el objetivo de permitir una vida digna. Tales consideraciones, obedecen a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por Colombia mediante Ley 74 de 1968¹³ y a la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁴, documentos normativos que hacen parte del orden jurídico interno, en virtud del bloque de constitucionalidad y en los términos del artículo 93 C. P.¹⁵.

¹² Ver sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Consideración 3.1.

¹³ El numeral 1) del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.*

¹⁴ La Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala: *“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente (...)”.*

¹⁵ El denominado bloque de constitucionalidad tiene su sustento en el artículo 93 de la Constitución Política. Allí se expresa lo siguiente: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. // Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...)”.*

En la actualidad, Colombia, tiene compromisos internacionales con el objetivo de garantizar y promover el disfrute del derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes. Precisamente, el Estado se obligó a adoptar medidas tendientes a garantizar la plena efectividad del derecho a la salud, entre ellas, las necesarias para *“la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el aseguramiento del sano desarrollo de los niños”*¹⁶. Por su parte, en la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce *“el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”*¹⁷.

En el ámbito local, el Código de la Infancia y la Adolescencia, desarrolla lo concerniente a la protección del derecho a la salud de la niñez, de acuerdo al mandato constitucional y los tratados internacionales. Su artículo 27 establece, que *“todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. Además, define que “la salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud”*.

Conforme a lo anterior, queda claro, que la salud de los niños requiere de una especial protección, de acuerdo a las consignas de la Constitución de 1991 y de los instrumentos internacionales aprobados por el Estado Colombiano, los cuales se encaminan a garantizar y promover el disfrute de tal derecho.

¹⁶ Según el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales *“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. // 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”*.

¹⁷ Mediante la Ley 12 de 1991, el Estado colombiano incluyó al ordenamiento jurídico la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo numeral 1º del artículo 24 dispone lo siguiente: *“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”*.

3.2.3. Caso concreto

Aterrizando al presente caso, se tiene que el demandante, deprecia que se le ordene a la NUEVA EPS, le brinde a su menor hijo, los tratamientos y terapias especializadas en la Fundación Instituto de Neurodesarrollo y Neurociencias para la Rehabilitación Integral “INNERI”; le garantice las autorizaciones permanentes de todos los tratamientos, terapias requeridas en la periodicidad que ordenen los médicos y especialistas tratantes y preste los servicios de salud de forma integral.

A su vez, el A-quo, negó el amparo invocado, al considerar, que si bien el menor era un sujeto de especial protección Constitucional, lo cierto era que no procedía la acción de tutela, para ordenar la práctica de servicios médicos de rehabilitación integral, no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, suministrados por una institución que no tenía convenio con la EPS del asegurado, por cuanto, no se cumplían los criterios señalados por la jurisprudencia constitucional, para que se configurara la vulneración de sus derechos fundamentales por parte de la E.P.S.

Por su parte, el accionante, impugna la anterior decisión, al considerar que no se tuvo en cuenta, que había solicitado ante la E.P.S., el tratamiento aludido, pero que le fue negado al encontrarse excluido del P.O.S; que tampoco se apreció que su hijo necesitaba ayuda urgente, pues, tenía problemas para relacionarse con los demás y en ocasiones, presentaba comportamientos inadecuados.

Sostuvo, que el hecho de que su hijo tuviera una póliza de salud, no quería decir que tuviera dinero para seguir con el tratamiento, ya que sus ingresos, no superaban los dos salarios mínimos legales vigentes; y el caso de que la EPS no tuviera convenio con dicho instituto, sin buscar soluciones al respecto, afectaba sus derechos fundamentales.

Analizados los supuestos fácticos – probatorios, del caso puesto a consideración, este Tribunal, es del concepto que el fallo impugnado debe ser **confirmado parcialmente**, en razón a los siguientes argumentos:

Del plenario, se advierte que el menor, de 14 años de edad (conforme la copia de su Tarjeta de Identidad), es beneficiario en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, adscrito a la NUEVA EPS, desde el 1º de julio de 2013, en el régimen contributivo, conforme se da a conocer a folio 43.

El citado menor, padece del Síndrome de Asperger y tiene problemas relacionados con el entorno familiar, tal y como se puede apreciar en la Historia Clínica Infantojuvenil Interdisciplinaria del Instituto de Neurodesarrollo y Neurociencias para la Rehabilitación Integral. (fls. 17-18 C.1)

El día 10 de marzo de 2015, la Neuropsicóloga del mencionado instituto, Dra. Nury Lugo Alviz, le ordenó al menor paciente, un plan de tratamiento de rehabilitación integral, con enfoque neurocognitivo, neuropsicología, psicología cognitivo – conductual, terapia del lenguaje / aprendizaje, terapia ocupacional / aprendizaje, terapia ocupacional con integración sensorial, psicopedagogía y estimulación cognitiva, por seis meses. (fl. 19 C.1)

Refiere el señor IVÁN ALBERTO FADUL CHADID, que como padre del menor paciente, no cuenta con la capacidad económica, para costear el tratamiento de rehabilitación integral que éste requiere y la entidad accionada le ha manifestado, de forma verbal, que ese tipo de tratamiento, se encuentra excluido del P.O.S., ya que no afecta la salud mental del menor, sumado a que no tiene contrato con la Fundación “INNERI”.

Ahora bien, del expediente no se logra establecer, que el actor disponga de los recursos económicos, para costear el tratamiento que requiere su hijo y tal dicho, no fue desvirtuado por la parte accionada, por lo tanto dicha afirmación se tiene por cierta, sin que sea de recibo, como lo sostiene el impugnante, que contar con una póliza de salud, sea indicador de

capacidad económica, pues, su valoración depende de las condiciones actuales y no de aquellas con que se contaba al momento de adquirirla.

Por otra parte, la Sala de Decisión advierte, que en el acervo no reposa prueba en donde se demuestre la negativa de la NUEVA E.P.S., en realizar el tratamiento de rehabilitación integral, sin embargo, atendiendo el principio de buena fe que rige las acciones de tutela, se dará por cierto tal negativa, manifestada por el accionante en el libelo de tutela, postura que encuentra refuerzo, en las afirmaciones de la demandada, anunciadas en el informe rendido en este asunto, pues, de la contestación, se infiere la negativa de ese tratamiento, atendiendo que no se encuentra en el P.O.S.

Frente a esta última negativa, se señala que es deber de las entidades de salud, suministrar a las personas de especial protección (menores de edad, entre otros), los servicios que requieran para preservar su salud, cuando hayan sido ordenados por el médico tratante de la E.P.S., así se encuentren excluidos del P.O.S., pues, de lo contrario, se estaría frente a una evidente vulneración de los derechos fundamentales del paciente.

No obstante lo anotado, esta Colegiatura considera que **no es posible** ordenarle a la NUEVA EPS, que le brinde al menor, el tratamiento de rehabilitación integral en el INSTITUTO DE NEURODESARROLLO Y NEUROCIENCIAS PARA LA REHABILITACIÓN INTEGRAL "INNERI", por cuanto, se colige que la NUEVA E.P.S., no tiene convenio con dicha fundación, tal como se desprende del hecho 5 de la demanda de tutela y del informe rendido por la entidad.

Así las cosas, debe decirse, que los afiliados a una EPS, deben acogerse a las instituciones y a los médicos adscritos a ésta, para la prestación del servicio, aunque sus preferencias personales, se inclinen por otra institución o médico tratante; ello, como quiera que las E.P.S. gozan de libertad de decidir, con cuales I.P.S., celebran convenios, para garantizar a sus afiliados, la prestación integral del servicio de salud.

Sobre este aspecto, la H. Corte Constitucional en sentencia T-745/13¹⁸, ha señalado:

“Es necesario recordar el derecho que tiene el accionante afiliado a escoger entre las IPS con las que tenga contrato vigente la accionada, la que tenga la especialidad para la enfermedad que padece, y de otro lado la libertad que tienen las Entidades Promotoras de Salud para estructurar la red de instituciones a través de las cuales van a suministrar a sus afiliados los servicios médicos que requieran y así garantizar la integralidad y calidad del servicio”.

En esa misma providencia, la alta Corporación, al referirse a la libertad de elección de las E.P.S., respecto de las instituciones por medio de las cuales van a suministrar los servicios a sus afiliados, expuso:

"2.5.2. Libertad de elección de las EPS.

Las empresas promotoras de salud (EPS) son las entidades responsables de la prestación de los servicios incluidos en el POS. **Para ello tienen la libertad de elegir las instituciones prestadoras de servicios médicos (IPS) por intermedio de las cuales van a suministrar los servicios a sus afiliados, y la obligación de suscribir convenios con ellas, para garantizar que la prestación de los servicios sea integral y de calidad.**

La libertad que tienen las EPS de suscribir convenios con cualquier IPS, está consagrada en la Ley 100 de 1993 en el artículo 178, que indica como una de sus funciones, la obligación de prestar el servicio de salud en aquellas instituciones prestadoras de salud con que se haya suscrito un convenio.

Sobre el tema, la Resolución 5261 de 1994, en su artículo 1° establece la responsabilidad que tienen las Entidades Promotoras de Salud de prestar los servicios de salud en aquellas IPS con las que establezcan convenios **y sólo en casos específicos definidos por la misma Resolución y la Ley 1122 de 2007, se podrá acudir a otra IPS. Por ejemplo, en los siguientes eventos: i) que se necesite una atención de urgencias, ii) que haya una autorización expresa de la EPS y, iii) cuando se encuentre demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para**

¹⁸ Sentencia de octubre 23 de 2013, Referencia: expediente T-745/2013, actor: Ángel Pedro Beltrán Pérez, accionado: Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

suministrar un servicio a través de sus IPS.

Así las cosas, las EPS tienen la libertad de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno, siempre que garanticen a sus usuarios un servicio integral y de buena calidad. **Por tanto, los afiliados deben acogerse a la IPS a la que son remitidos por sus respectivas EPS, aunque sus preferencias se inclinen por otras instituciones.**

“...”

Por lo tanto, la Corte ha manifestado que las EPS tienen plena libertad de conformar su red de servicios, para lo cual cuentan con la facultad de contratar o de celebrar convenios con las IPS que lo consideren pertinente, con la obligación de brindarle un servicio integral y de calidad de salud a los afiliados y de que estos puedan elegir entre las posibilidades ofrecidas por las empresas prestadoras de salud la IPS donde desean ser atendidos.

De esta forma, en aras de garantizar un margen de autonomía a los usuarios y avalar el derecho de las EPS a escoger las IPS con las cuales suscribirá contratos o convenios, ésta tiene la obligación de: “a) celebrar convenios con varias IPS para que de esta manera el usuario pueda elegir, b) garantizar la prestación integral y de buena calidad del servicio, c) tener, al acceso del usuario, el listado de las IPS y d) estar acreditada la idoneidad y la calidad de la IPS receptora”. “(Resaltado fuera de texto)

Acorde a lo citado, queda claro, que solo se puede acudir a una institución por fuera de la contratada con la NUEVA E.P.S., para solicitar los servicios de salud, cuando se requiera la atención con urgencia, haya una autorización expresa de la EPS y cuando se encuentre demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS, para suministrar un servicio a través de sus IPS; eventos estos, que no se encuentran acreditados en el plenario.

Aunado a lo anterior, véase que la entidad en su informe, señala, que de los soportes allegados, no lograba evidenciar el diagnóstico y/o estado clínico actual del paciente, ni las evoluciones y pruebas realizadas por parte del equipo médico, para llegar a concluir el diagnóstico de trastorno del aprendizaje y retraso mental en el citado paciente, por lo tanto, **solicitaba valoración por junta médica especializada compuesta por Neuropediatra, psiquiatra infantil y fisiatra adscrita a red de NUEVA EPS, para poder**

determinar un diagnóstico del paciente y así evaluar qué tipo de tratamiento, podía ser el mejor para el afiliado en mención.

Siendo así, lógico resulta, que el paciente menor, debe acudir a la NUEVA E.P.S., a efectos de que le haga la valoración pertinente, como quiera que la entidad, aún no cuenta con su diagnóstico, por tanto, se puede decir que si bien no se le ha negado de plano, la prestación de los servicios en salud requeridos, si es deber de dicho ente, que de conformidad con los principios constitucionales de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud, brinde una respuesta efectiva a las necesidades del usuario, lo cual comprende, un tratamiento integral, medicamentos y procedimientos disponibles basados en criterios de razonabilidad, oportunidad y eficiencia, empezando por valorar al paciente, con la consecuente historia clínica y la materialización del tratamiento a que haya lugar.

En resumen de todo lo dicho, esta Sala de Decisión, **MODIFICARÁ** la providencia impugnada, bajo los argumentos antes expuestos.

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de 27 de mayo de 2015, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, por medio de la cual, se concedió la tutela de los derechos invocados, conforme lo anotado. La misma quedará así:

“a. **TUTELAR** el derecho fundamental a la salud del menor de edad, hijo del accionante, señor IVÁN ALBERTO FADUL CHADID, conforme lo anotado. En consecuencia, **ORDÉNASE** a la NUEVA EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, valore médicamente al menor hijo de IVÁN ALBERTO FADUL CHADID, con la consecuente apertura de la historia clínica, estableciendo los diagnósticos y el tratamiento integral a que haya lugar, con su

consecuente procedimiento, que será debidamente informado al interesado.

b. **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda”.

CONFÍRMESE la sentencia impugnada, en lo restante.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 199.

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

CUARTO: De manera oficiosa, por Secretaria de este Tribunal, envíese copia de la presente decisión al juzgado de origen.

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según Acta No. 0093/2015

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ