

13001-33-33-006-2022-00170-01

Cartagena de Indias D. T. y C., ocho (08) de agosto de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

MEDIO DE CONTROL	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
RADICADO	13001-33-33-006-2022-00170-01
DEMANDANTE	RANDY DE JESÚS BALLESTA PERALTA
DEMANDADO	NUEVA EPS
VINCULADO	IPS SAN JOSÉ DE TORICES S.A.S.
MAGISTRADO PONENTE	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
TEMA	DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD, SEGURIDAD SOCIAL, DEBIDO PROCESO E INTEGRIDAD FÍSICA

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala¹ de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por el señor Randy de Jesús Ballesta Peralta, quien actúa en nombre propio, en calidad de accionante, contra la sentencia de fecha veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022)², proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que resolvió rechazar por improcedente la acción de tutela instaurada.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. Hechos³

Como fundamentos fácticos de la solicitud de amparo, en el libelo introductorio se relata que el joven Randy de Jesús Ballesta Peralta fue intervenido quirúrgicamente a la edad de 3 años por padecer “*polidactilia preaxial a nivel del pulgar izquierdo*”, teniendo con el paso del tiempo

¹ Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del ARTÍCULO 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 de Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual los cuerpos colegiados de las Altas Cortes y Tribunales del país podrán hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Expediente Digital – Primera Instancia, 09SentenciaImprocedencia20220621.

³ Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folios 2-3.

13001-33-33-006-2022-00170-01

limitaciones para flexionar este dedo. Así, en los últimos años ha presentado dolores constantes en la mano afectada, por lo que el médico tratante lo ha remitido al ortopeda, sin que se avance en la cirugía que requiere.

Para obtener dicha valoración por ortopedia, su madre, la señora Martha Peralta Vélez, debió interponer acción de tutela en contra de la Nueva EPS, en mérito de la cual se efectuaron los procedimientos para llevar a cabo la cirugía prescrita por el médico especialista, sin embargo, hay una tardanza injustificada en la realización de esta.

3.1.2. Pretensiones⁴

Con base en los hechos esbozados el escrito de demanda, se solicita la protección de los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, debido proceso e integridad física del joven Randy de Jesús Ballesta Peralta y, en consecuencia, sea ordenado de manera urgente el procedimiento quirúrgico en su dedo izquierdo, de acuerdo con el padecimiento denominado "*polidactilia preaxial a nivel del pulgar izquierdo*".

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. Nueva EPS S.A.⁵

La accionada Nueva EPS S.A. rindió informe de la acción constitucional de la referencia, para el cual evidencia que el accionante está en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el Régimen Contributivo en calidad de beneficiario.

En cuanto al caso en concreto, afirma que generó la Autorización de Servicios No. 174177163 de los procedimientos "*osteotomía en carpiano o metacarpiano con fijación interna, injerto de tendón flexor de mano o dedos y ligamentorrafia o reinserción de ligamentos vía abierta*", con direccionamiento a la IPS Sociedad San José de Torices S.A.S. En esos términos, sostiene que se encuentra adelantando gestiones ante la IPS, no obstante, es deber del usuario y/o sus familiares solicitar la programación directamente a la IPS contratada.

⁴ Expediente Digital – Primera Instancia, 01DEMANDA – Folio 3.

⁵ Expediente Digital – Primera Instancia, 05ContestacionNuevaEPS20220609.

13001-33-33-006-2022-00170-01

Ahora bien, respecto a la materialización del procedimiento requerido, pone en consideración que la programación y/o entrega de tecnologías en salud está en cabeza principalmente de las IPS, razón por la que son estas a quienes debe solicitarse el cumplimiento de atender al usuario, en ese entendido, alega no ser la causante de la transgresión aludida en el escrito tutelar.

En relación con el tratamiento integral, precisa que solo cuando del material probatorio se pueda encontrar de manera notoria que el paciente requiere el uso de servicios y tecnologías, el juez constitucional podrá ordenar la prestación de la atención. De lo contrario, debe ser la entidad prestadora del servicio de salud quien determine las necesidades de salud del paciente.

De conformidad con los anteriores argumentos, solicita (i) se denieguen las pretensiones de la parte accionante, por no existir perjuicio irremediable a evitar, y (ii) no acceder a las pretensiones relativas al tratamiento integral solicitado, debido a que es el criterio profesional del médico tratante el que debe determinar los servicios que requiera el usuario.

3.2.2. IPS San José de Torices S.A.S.– en calidad de vinculada.⁶

La IPS Sociedad San José de Torices S.A.S. presentó escrito en respuesta a la presente acción constitucional, a través del cual se opone en forma total e integral a las pretensiones del extremo activo en relación con ella y solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela con respecto de las atenciones suministradas de su parte, por cuanto no ha vulnerado derecho fundamental o legal del paciente Randy de Jesús Ballestas Peralta, de conformidad con los siguientes argumentos:

Aclara la naturaleza de IPS o clínica que ostenta, calidad conforme a la cual afirma no evidenciar recepción de órdenes médicas para programación de procedimiento "*polidactilia preaxial a nivel del pulgar izquierdo*", ni solicitudes para consulta de anestesiología del accionante, motivo por el cual no ha realizado programación de la cirugía en comento.

De otra parte, alega que Nueva EPS es quien como aseguradora debe suministrar a través de su red de prestadores los servicios médicos y

⁶ Expediente Digital – Primera Instancia, 08RespuestaClinicaTorices20220615.

13001-33-33-006-2022-00170-01

hospitalarios requeridos. En cuanto a lo solicitado en la presente tutela, arguye que no se hace reclamo alguno o se ataca la atención suministrada por esta IPS y el vínculo directo de afiliación se encuentra a cargo de la Nueva EPS.

Así, sostiene que esta institución no tiene ningún tipo de participación o injerencia en el caso bajo estudio ni en las peticiones que son objeto de la presente acción, toda vez que las ordenes de servicios son expedidas por Nueva EPS y, por su parte, esta IPS solo se limita a informar que cuenta con el servicio habilitado para tratar la patología que aqueja al paciente; reitera que no se ha procedido con la orden de programación con la especialidad de Anestesiología y mucho menos de gestión para la consecución de la fecha para la cirugía.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.⁷

A través de sentencia de fecha veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022)⁸, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió rechazar por improcedente la acción de tutela promovida por la señora Martha Peralta Vélez, por falta de legitimación en la causa por activa para representar los intereses y derechos de su hijo Randy Jesús Ballesta, para lo cual, como fundamento de su decisión el *a quo* sostuvo que en el presente caso no convergen los presupuestos de la agencia oficiosa.

Lo anterior debido a que en la demanda no se indicó que Randy Jesús Ballesta Peralta, quien es mayor de edad, se encuentre imposibilitado para interponer la acción de tutela por sí mismo, de los hechos narrados no se extrae tal imposibilidad y tampoco se aportan las pruebas que la acrediten.

⁷ "Primero. **RECHAZAR por improcedente** la solicitud de tutela incoada por la señora Martha Peralta Vélez por falta de legitimación en la causa por activa para representar los intereses y derechos de su hijo mayor Randy Jesús Ballesta Peralta, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

Segundo. **Se indica** a las partes y demás sujetos procesales que, de conformidad con el artículo 46 de la ley 2080 de 2021 y Acuerdos PCSJA21-11840 y PCSJA22-11903 del C. S. de la J. en concordancia con el artículo 103 de la ley 1564 de 2012, cualquier correspondencia dirigida al proceso de la referencia deberá ser enviada, preferiblemente en PDF, al correo electrónico institucional de este juzgado: admin06cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co, y en cumplimiento del deber consagrado en el numeral 14 del artículo 78 de la ley 1564 de 2012, a los buzones electrónicos de los demás sujetos procesales5.

Tercero. Por Secretaría, de ser impugnado este fallo **repórtese** inmediatamente al Despacho. De no ser impugnado, **remítase** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del día siguiente al vencimiento del plazo para dicha impugnación. De igual modo, **verifíquese** que todas las actuaciones surtidas estén radicadas en el sistema de registro correspondiente, desde su inicio hasta su archivo definitivo. **Anótese** la salida en inventario de proceso.

⁸ Expediente Digital – Primera Instancia, 09SentenciaImprocedencia20220621.

13001-33-33-006-2022-00170-01

Del mismo modo, no se cumplió con la carga impuesta por el Juzgado a través de auto admisorio de la demanda, consistente en allegar pruebas que demuestren la aludida imposibilidad o, en su defecto, la ratificación por parte del joven Randy Jesús Ballesta Peralta de lo actuado por la señora Martha Peralta Vélez y, en consecuencia, la continuación de la defensa de sus derechos en nombre propio.

3.4. IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA.⁹

El día veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022) la parte accionante, el joven Randy Jesús Ballesta, presentó escrito de impugnación contra la decisión de primera instancia, mediante el cual manifiesta estar en desacuerdo con el fallo proferido, toda vez que si cumplió con lo ordenado en auto admisorio de fecha 7 de junio de 2022.

De lo anterior afirma que, estando dentro del término indicado en el precitado auto interlocutorio, el pasado 9 de junio envió desde su correo electrónico personal al correo institucional del juzgado un escrito ratificando todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda constitucional por su madre. Finalmente, reitera su escrito indicando estar de acuerdo con cada uno de los hechos narrados por la señora Martha Peralta Vélez en la acción constitucional.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.

A través del auto de fecha veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)¹⁰, el *a quo* concedió la impugnación presentada por la aparte accionante, el joven Randy Jesús Ballesta.

La presente tutela fue repartida a esta Corporación, mediante Acta de Reparto de fecha once (11) de julio de dos mil veintidós (2022)¹¹.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad, y, en consecuencia, como no

⁹ Expediente Digital – Primera Instancia, 12EscritoImpugnacion20222006.

¹⁰ Expediente Digital – Primera Instancia, 13ConcedelImpugnacion20220628.

¹¹ Expediente Digital – Segunda Instancia, 01ActaReparto.

13001-33-33-006-2022-00170-01

se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

Conforme lo establecido el Decreto 2591 de 1991, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**, es competente para conocer en segunda instancia de la presente acción.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

Habida cuenta de los hechos y antecedentes procesales de esta actuación, la solución del presente caso exige a la Sala responder los siguientes problemas jurídicos:

¿En el caso sub examine se encuentran acreditados los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, específicamente el de legitimación en la causa por activa?

En supuesto de que el anterior interrogante sea resuelto de manera afirmativa se pasara a resolver el siguiente:

¿La accionada Nueva EPS vulnera los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, debido proceso e integridad física del joven Randy de Jesús Ballesta Peralta, como consecuencia de la demora para la realización de cirugía en su dedo, de acuerdo con el padecimiento denominado "M200 DEFORMIDAD EN LOS DEDO(S) DE LA MANO" y "Q699 POLIDACTILIA NO ESPECIFICADA", prescrita el 23 de marzo de 2022 por médico especialista?

En atención a los antecedentes procesales del caso sub iudice, la Sala deberá estudiar, primero, (i) el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, en segundo lugar, (ii) el derecho a la salud y su goce efectivo, del carácter fundamental del derecho a la salud y los principios que lo inspiran, (iii) el deber de las EPS de garantizar a los pacientes el acceso efectivo a los servicios de salud y, por último, (iv) analizará el caso en concreto.

13001-33-33-006-2022-00170-01

5.3. TESIS DE LA SALA.

La Sala sostendrá como tesis que en el presente asunto si es procedente la acción tutela al encontrarse acreditados los requisitos legales y jurisprudenciales para ese efecto, máxime habiéndose superado el requisito de legitimación en la causa por activa, por la ratificación que para ello presentó el titular de los derechos fundamentales debatidos.

Con relación al segundo problema jurídico, se estima que sí se configura la vulneración a los derechos fundamentales a la salud, seguridad social e integridad física del joven Randy de Jesús Ballesta Peralta, al haberse demorado injustificadamente la práctica del procedimiento quirúrgico que requiere, tal como pasará a explicarse en el caso en concreto.

En esos términos, deberá revocarse la sentencia de primera instancia que rechazó por improcedente la acción de tutela instaurada.

5.4. Análisis de los requisitos de procedibilidad.

5.4.1. Legitimación en la causa.

Sobre el particular el artículo 1º del Decreto Ley 2591 de 1991¹² dispone que la acción de amparo constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona en nombre propio o a través de representante, a fin de solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particulares.

Conforme a lo anterior, en lo que respecta a la **legitimación en la causa por activa**¹³, es preciso señalar que este mecanismo de defensa judicial no admite que se pueda asumir de manera indeterminada o ilimitada la representación de otro y demandar protección constitucional a su nombre, ni la informalidad que caracteriza a la acción de tutela se opone a que su

¹² Decreto 2591 de 1991, artículo 1. Documento auténtico.

¹³ Decreto 2591 de 1991, "ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERES. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales."

13001-33-33-006-2022-00170-01

ejercicio esté sometido a requisitos mínimos de procedibilidad, entre los cuales está la legitimidad por activa.

De modo que, cuando la acción de tutela es presentada por intermedio de agente oficioso, la jurisprudencia constitucional¹⁴ ha señalado los siguientes elementos normativos: (i) el agente oficioso debe manifestar que está actuando como tal; (ii) del escrito de tutela se debe poder inferir que el titular del derecho está imposibilitado física o mentalmente para ejercer la acción de tutela; (iii) la informalidad de la agencia, pues esta no implica que deba existir una relación formal entre el agente y los agenciados; (iv) la ratificación de lo actuado dentro del proceso.

En tales términos, esta Sala de decisión advierte que en el caso *sub examine* la acción de tutela fue instaurada por la señora Martha Peralta Vélez en representación de su hijo Randy de Jesús Ballesta Peralta, quien según documento de identidad allegado¹⁵ nació el 20 de marzo de 2004, es decir, en el momento en que su progenitora promovió la acción de la referencia (06 de junio de 2022)¹⁶ ya el joven había adquirido la mayoría de edad, razón por la que podía instaurarla directamente, pues son sus derechos fundamentales los que se dicen vulnerados y no se cumplen con los presupuestos necesarios para hacer uso de la figura del agente oficioso.

No obstante lo discurrido y debido a estar en condiciones para continuar el trámite constitucional, el joven Randy de Jesús Ballesta Peralta presentó ratificación¹⁷ de lo actuado por su madre y solicitó se continuara con el trámite de esta acción constitucional, ahora promoviendo en nombre propio la defensa de sus derechos. Por lo que, en efecto, se satisface el presupuesto de legitimación en la causa por activa.

A su turno, la **legitimación en la causa por pasiva**¹⁸ igualmente se halla acreditada, por cuanto la acción se dirige contra Nueva EPS, entidad a la que se le atribuye la afectación de los derechos fundamentales cuya

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-004 de once (11) de enero de dos mil trece (2013). M.S: Dr. Mauricio González Cuervo.

¹⁵ Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folio 9.

¹⁶ Expediente Digital – Primera Instancia, 02ActaReparto20220606.

¹⁷ Expediente Digital – Primera Instancia, 10RatificacionAccionante20220622.

¹⁸ Decreto 2591 de 1991, "**ARTICULO 13. PERSONAS CONTRA QUIEN SE DIRIGE LA ACCION E INTERVINIENTES.** La acción se dirigirá contra **la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental.** Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior.(...)" (Negrilla y subraya de Sala)

13001-33-33-006-2022-00170-01

protección se reclama y, asimismo, que posee dentro de su ámbito funcional la posibilidad de garantizar los derechos del accionante.

Finalmente, también viene acreditada la legitimación de la IPS San José de Torices S.A.S., en calidad de accionada en este proceso, en consideración a la vinculación que hiciera el *a quo* en auto de fecha catorce (14) de junio de dos mil veintidós (2022)¹⁹.

5.4.2. Inmediatez.

La inmediatez es una exigencia jurisprudencial²⁰ que reclama la verificación de una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales.

Así las cosas, la presente acción cumple el requisito de inmediatez, por cuanto, entre la presunta omisión que causó la vulneración de sus derechos fundamentales y la formulación de la acción de tutela se observa que existe un lapso razonable, pues la cirugía que requiere el joven Randy de Jesús Ballesta Peralta fue prescrita el día 23 de marzo de 2022 por médico especialista y la acción de tutela fue presentada el 06 de junio de 2022²¹, esto es, habiendo transcurrido poco más de dos meses.

5.4.3. Subsidiariedad.

En relación con el principio de subsidiariedad, la Honorable Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela sólo procederá cuando (i) no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o desconocido; cuando (ii) existiendo esos mecanismos no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales en el marco del caso concreto, evento en que la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; o cuando (iii) sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, hipótesis en la cual el amparo opera en principio como mecanismo transitorio de protección.

¹⁹ Expediente Digital – Primera Instancia, 06VinculaClinica20220614.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia de Unificación 184 de ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019). M.P: Dr. Alberto Rojas Ríos.

²¹ Expediente Digital – Primera Instancia, 02ActaReparto20220606.

13001-33-33-006-2022-00170-01

En el caso concreto, se encuentra superado el requisito de subsidiariedad, pues si bien el actor cuenta con el mecanismo de defensa judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud y esta herramienta cumple con la idoneidad para tramitar sus pretensiones, en tanto se circunscriben a asuntos asignados a la competencia jurisdiccional de la SNS²²; lo cierto es que la misma satisface el presupuesto de eficacia debido a que no permite una respuesta oportuna para la protección de las garantías constitucionales presuntamente comprometidas, dado que su padecimiento le comporta un dolor persistente que demanda pronta intervención.

5.5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.5.1. El derecho a la salud y su goce efectivo.

El artículo 49 de la Constitución Política²³ dispone que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado. En ese sentido, es este quien tiene la responsabilidad de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de dicha garantía bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Por otro lado, resulta menester mencionar que la perspectiva actual de la jurisprudencia constitucional reconoce a la salud como un derecho fundamental, autónomo e irrenunciable, el cual protege diversos ámbitos de la vida humana. Así, esta misma postura fue acogida en el artículo 2 de la Ley 1751 de 2015, mediante la cual se reguló el derecho fundamental a la salud.

Teniendo en cuenta lo anterior, el derecho a la salud adquiere una doble connotación, la primera como garantía fundamental y la segunda como servicio público a cargo del Estado.

Lo previo conlleva a la observancia del artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, que indica el principio de integralidad, el cual estipula que la prestación de los servicios de salud deben ser prestados de manera oportuna, eficaz y de

²² 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, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:

a) Cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (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, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia. (...)"

²³ Constitución Política, artículo 49. Documento Auténtico.

13001-33-33-006-2022-00170-01

calidad, lo que se materializará a través del establecimiento del denominado Sistema de Salud previsto en el artículo 4 de la Ley en cita, en consecuencia, el principio de integralidad no solo implica garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para superar la afectación de la salud, sino también para sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad y dignidad personal del paciente, de modo que su entorno sea tolerable y adecuado.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional²⁴ ha indicado que a salud es un derecho fundamental que debe protegerse y ser garantizado a todos los usuarios del Sistema de Seguridad Social, quienes al necesitar del suministro de un servicio están sujetos al criterio del médico tratante mediante orden médica que autorice el mencionado servicio. Por lo que, en efecto, el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad para el suministro de un servicio por parte de la EPS es que exista orden médica autorizándolo.

En consecuencia, el médico tratante es el profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona y el tratamiento a seguir, es su decisión el criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. Por lo tanto, la remisión del médico tratante es la forma instituida en el Sistema de Salud para garantizar que los usuarios reciban atención profesional especializada, que los servicios de salud que solicitan sean adecuados y no exista riesgo para la salud, integridad o vida de los usuarios.

5.5.2. Deber de las EPS de garantizar a los pacientes el acceso efectivo a los servicios de salud.

La Corte²⁵ ha señalado que los usuarios del sistema de salud tienen derecho a recibir la totalidad del tratamiento de acuerdo con las consideraciones del médico y a su vez que los servicios de los cuales gozan no sean suspendidos, interrumpidos o limitados por parte de las Entidades Promotoras de Salud. Lo anterior, considerando que la interrupción de un tratamiento o la limitación del goce de su totalidad no debe ser originada por trámites de

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-260/20 de veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020). M.P: Dra. Diana Fajardo Rivera.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-017 de veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021). M.P: Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

13001-33-33-006-2022-00170-01

índole administrativo, jurídico o financiero de las EPS. De ahí que el deber impuesto a dichas entidades procura brindar un acceso efectivo a los servicios de salud.

Así las cosas, cabe resaltar que la jurisprudencia constitucional no ha sido pasiva en sus pronunciamientos frente al deber que recae sobre las Entidades Promotoras de Salud de garantizar la efectiva materialización de este derecho; dicho lo anterior, en la sentencia T-234 de 2013²⁶ la corporación se encargó de reiterar el derecho de acceso al Sistema de Salud libre de demoras y cargas administrativas que no les corresponde asumir a los usuarios.

De ese modo, en este pronunciamiento del año 2013 la Corte concluye lo siguiente:

“En síntesis, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una gestión diligente, una EPS demora un tratamiento o procedimiento médico al cual la persona tiene derecho, viola su derecho a la salud e impide su efectiva recuperación física y emocional, pues los conflictos contractuales que puedan presentarse entre las distintas entidades o al interior de la propia empresa como consecuencia de la ineficiencia o de la falta de planeación de estas, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y clausura óptima de los servicios médicos prescritos.”

5.5. DEL CASO EN CONCRETO

5.5.1. Material probatorio relevante.

La Sala, al examinar el expediente digital de la presente acción constitucional, encontró lo siguiente:

- Documento de Identidad de Randy de Jesús Ballestas Peralta²⁷
- Orden médica No. 41207133 de hematología, expedida por Bienestar IPS.²⁸

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-234 de dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013). M.P: DR. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁷ Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folio 9.

²⁸ Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folios 10 y 18.



13001-33-33-006-2022-00170-01

- Diagnóstico de fecha 23 de marzo de 2022, efectuado por médico especialista en ortopedia y traumatología.²⁹
- Orden de procedimiento quirúrgico, calendada el día 23 de marzo de 2022, emitida por el médico especialista en ortopedia y traumatología.³⁰
- Solicitud No. 5033849 de servicio de cirugía, de fecha 24 de marzo de 2022.³¹
- Respuesta radicación No. 47444 de solicitud de cirugía, de fecha 24 de marzo de 2022.³²
- Autorización No. (POS – 13273) P001 – 174177163, de fecha 01 de marzo de 2022.³³
- Orden de procedimiento No. 7004284541, de fecha 19 de mayo de 2022.³⁴
- Ratificación efectuada por Randy de Jesús Ballestas Peralta de acción de tutela promovida en su nombre por la señora Martha Peralta Vélez.³⁵

5.5.2. Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico.

Verificados los requisitos generales y específicos de procedencia pasa la Sala a resolver el problema jurídico de fondo planteado, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

Frente al caso que ocupa la atención de esta Sala de decisión, se procura establecer si ha existido violación de los derechos fundamentales de la parte accionante, a quien la accionada Nueva EPS no le ha practicado procedimiento quirúrgico que le fue prescrito con aproximadamente cuatro meses de antelación, argumentando que es deber del usuario y/o sus familiares solicitar la programación directamente a la IPS contratada, asimismo, que la materialización del procedimiento requerido está en cabeza principalmente de la IPS, por lo que es esta a quien debe solicitarse el cumplimiento de atender al usuario.

²⁹ Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folio 11.

³⁰ Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folio 12.

³¹ Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folio 13.

³² Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folio 14.

³³ Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folio 15.

³⁴ Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folio 17.

³⁵ Expediente Digital – Primera Instancia, 10RatificacionAccionante20220622.

13001-33-33-006-2022-00170-01

De las pruebas que obran en el expediente, se tiene que, conforme al diagnóstico de fecha 23 de marzo de 2022³⁶, efectuado por el médico especialista en Ortopedia y Traumatología, el paciente Randy de Jesús Ballestas Peralta padece “M200 DEFORMIDAD EN LOS DEDO(S) DE LA MANO” y “Q699 POLIDACTILIA NO ESPECIFICADA”³⁷, patología que le ha generado dolor persistente y por la cual fue considerado como paciente apto para cirugía reconstructiva consistente en “772401 OSTEOTOMIA EN CARPIANO O METACARPIANO CON FIJACION INTERNA O EXTERNA [DISPOSITIVOS DE FIJACION U OSTEOSINTESIS], 817901 ARTROPLASTIAS INTERFALANGICAS, 817205 LIGAMENTORRAFIA O REINSERCIÓN DE LIGAMENTOS y 827902 INJERTO DE TENDON FLEXOR DE MANO O DEDOS”³⁸.

Igualmente se demostró que, para la realización de dicho procedimiento médico, por parte del paciente hoy tutelante, fue radicada solicitud No. 5033849 de servicio de cirugía³⁹, el día 24 de marzo de 2022, ante la oficina virtual de Nueva EPS. En ese orden, se emitió respuesta por parte de Bienestar IPS S.A.⁴⁰, en la que se le informa al accionante que “su solicitud de cirugía se encuentra en trámite. Recibirá información de su trámite vía mensaje de texto, correo electrónico o vía telefónica”.

Así entonces, fueron expedidas por parte de la EPS accionada autorización No. (POS – 13273) P001 – 174177163⁴¹, de fecha 01 de abril de 2022, remitida a la Sociedad San José de Torices S.A. para la realización de los procedimientos: “772403 OSTEOTOMIA EN CARPIANO O METACARPIANO CON FLIACION INTERNA, 817204 LIGAMENTORRAFIA O REINSERCIÓN DE LIGAMENTOS VIA ABIERTA y 827902 INJERTO DE TENDON FLEXOR DE MANO O DEDOS (UNO O MAS), y orden No. 7004284541”⁴², de fecha 19 de mayo de 2022, expedida para la realización del procedimiento “817901 ARTROPLASTIAS INTERFALANGICAS (POR CADA DEDO)”.

Por su parte, la IPS San José de Torices S.A.S. señala que ante ella no fue allegada la orden, ni se acercó familiar del joven para solicitar programación de la cirugía.

³⁶ Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folio 11.

³⁷ Ibidem

³⁸ Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folio 12.

³⁹ Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folio 13.

⁴⁰ Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folio 14.

⁴¹ Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folio 15.

⁴² Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folio 17.

13001-33-33-006-2022-00170-01

En tales circunstancias, esta Sala de decisión prevé la existencia de una disconformidad entre los procedimientos ordenados por el médico tratante, lo autorizado y finalmente ordenado; tal como puede observarse en el siguiente cuadro:

ORDEN DE PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO EMITIDA POR MÉDICO ESPECIALISTA ⁴³		AUTORIZACIÓN No. (POS – 13273) P001 – 174177163 ⁴⁴		ORDEN DE PROCEDIMIENTO No. 7004284541 ⁴⁵	
Código	Descripción	Código	Descripción	Código	Descripción
772401	OSTEOTOMIA EN CARPIANO O METACARPIANO CON FIJACION INTERNA O EXTERNA [DISPOSITIVOS DE FIJACION U OSTEODINTESIS]	772403	OSTEOTOMIA EN CARPIANO O METACARPIANO CON FIJACION INTERNA		
817901	ARTROPLASTIAS INTERFALANGICAS			817901	ARTROPLASTIAS INTERFALANGICAS (POR CADA DEDO)
817205	LIGAMENTORRAFIA O REINSERCIÓN DE LIGAMENTOS	817204	LIGAMENTORRAFIA O REINSERCIÓN DE LIGAMENTOS VIA ABIERTA		
827902	INJERTO DE TENDON FLEXOR DE MANO O DEDOS	827902	INJERTO DE TENDON FLEXOR DE MANO O DEDOS [UNO O MAS]		

De manera que, de acuerdo a los hechos probados, en realidad la Nueva EPS no ha autorizado ni ordenado los tratamientos y procedimientos ordenados por el médico tratante como se muestra de forma detallada en el cuadro esbozado, de manera que no es posible afirmar que la EPS haya actuado en dirección a la protección del derecho a la salud del aquí accionante.

De igual forma, aun cuando se ha atribuido que la falta de realización del procedimiento se debe a que ningún familiar se ha acercado a la IPS San José de Torices S.A.S a fin de allegar la orden y solicitar la misma, lo cierto es que la IPS Bienestar IPS S.A. Clínica General del Caribe a la cual se encuentra vinculado al paciente señaló que el trámite de la cirugía estaba a su cargo

⁴³ Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folio 12.

⁴⁴ Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folio 15.

⁴⁵ Expediente Digital – Primera Instancia, 01Demanda20220606 – Folio 17.

13001-33-33-006-2022-00170-01

y le informaría el paciente sobre su trámite a través de los medios pertinentes, así las cosas, no se podría atribuir al actor la falta de realización de la misma.

De otra parte, en consonancia con lo expuesto, debe considerarse que estos documentos expedidos por la EPS guardan determinados días de validez, que para el caso de la autorización del procedimiento No. (POS – 13273) P001 – 174177163 serían 60 días⁴⁶ contados a partir del día 23 de marzo de 2022, término que a la fecha de interposición de la presente acción ya había caducado, y 180 días respecto de la orden de procedimiento No. 700428454, contados desde el día 19 de mayo de 2022 hasta el 15 de noviembre de este mismo año, conforme lo establece la misma orden, así entonces se estaría viendo comprometido el efectivo suministro del servicio al accionante, debido a que el vencimiento de dicho término le implicaría perseguir nuevamente que lo valoraran y le autorizaran la cirugía.

Por este motivo, la Sala considera que no es suficiente la sola autorización de la cirugía, pues luego de transcurrido más de cuatro meses desde la verificación de la necesidad de la intervención, el juez constitucional debe tomar medidas, no solo en orden a que los servicios prescritos por su médico sean autorizados sino que resulten ser suministrado de manera eficiente y responsable.

De este modo, a pesar de que, ya se encuentra autorizada la intervención quirúrgica para el padecimiento del accionante, no puede desconocerse que *“estas autorizaciones constituyen un visto bueno de la EPS frente a la institución que suministrará el servicio pero no son la garantía de su prestación efectiva, pues no constituyen ni la programación o realización cierta del mismo e incluso su validez temporal está limitada”* ⁴⁷.

Esta situación demanda una actuación del juez constitucional que se aproxime a la verdadera protección del derecho fundamental de acceso a la salud, que implica la efectiva prestación del servicio, esto es, la realización de la cirugía a partir del criterio del médico tratante.

En esa línea argumentativa, será necesario ordenar que la autorización y orden de la EPS se renueven, además que sean coherentes con la orden

⁴⁶ Resolución 4331 de 2012. **“ARTÍCULO 10.** Las autorizaciones de servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud tendrán una vigencia no menor de dos (2) meses, contado a partir de su fecha de emisión. (...)”.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-234 de dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013). M.P: DR. Luis Guillermo Guerrero Pérez.



13001-33-33-006-2022-00170-01

dada por el médico tratante. De otra parte, la NUEVA EPS a través de la IPS correspondiente deberá coordinar todo lo atinente a la programación y fecha de la cirugía y le informará oportunamente de la misma al paciente, sin que se le imponga como carga que deba radicar la orden en la IPS a la que sea remitido.

Finalmente, la Sala considera necesario conceder el amparo integral al accionante. En primer lugar, el accionante necesita que, producto de sus enfermedades, el tratamiento no tenga interrupción alguna y, por tanto, cualquier barrera administrativa implicaría arriesgar desproporcionadamente el disfrute de los derechos fundamentales a la salud y a la vida. De otra parte, según lo relatado en la demanda, es la segunda ocasión en que se ve obligado a interponer una tutela para el tratamiento de su enfermedad, lo cual genera un desgaste en el actor, así como en la administración de justicia que se puede evitar. Asimismo, las condiciones de salud hacen que el accionante se encuentre en condición de vulnerabilidad. Y finalmente, conforme con el material probatorio, el accionante se ha visto expuesto a barreras que impiden el goce efectivo de los servicios de salud. Es decir, no resulta eficaz autorizar y cubrir los servicios contemplados en el Plan Básico de Salud (PBS) y, sin embargo, no ofrecer las garantías de acceso correspondiente, lo cual constituye una indirecta negación de los servicios.

Por último, en lo concerniente a la presunta vulneración del debido proceso⁴⁸, estima esta judicatura que en el presente asunto no se encuentra acreditado que al accionante bajo ninguna circunstancia se le haya violado tal derecho, ya que no se refiere a situación particular en concreto que permita concebir su afectación, para lo cual, debió argumentarse lo concerniente a un evento singular en el que se involucrara una coyuntura de similares rasgos tanto fácticos como jurídicos, para así poder esta Sala realizar el análisis correspondiente y, una vez sopesado ello, emitir un juicio razonado sobre este tópico.

⁴⁸ Constitución Política de la República de Colombia. "**ARTÍCULO 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."

13001-33-33-006-2022-00170-01

En tales términos, deberá ser revocada la decisión proferida por el juez de primera instancia, que rechazó por improcedente la acción de tutela instaurada, para en su lugar acceder a la tutela de los derechos fundamentales a la salud, seguridad social e integridad física del joven Randy de Jesús Ballesta Peralta.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia de fecha veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales a la salud, seguridad social e integridad física del señor Randy de Jesús Ballesta Peralta y **NEGARLO** respecto al derecho fundamental al debido proceso, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Para garantía efectiva de la tutela concedida, **ORDENAR** a la accionada Nueva EPS que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión, proceda sin necesidad de más trámites o diligencias a actualizar la autorización y orden emitidas, las cuales deberán ser coherentes con lo ordenado por el médico tratante, además, en ese mismo término programará la cirugía a través de la IPS San José de Torices S.A.S. u otra que se encuentre en capacidad efectuar el procedimiento médico ordenado y que haga parte de su red de prestadores de servicios en salud y se le informará inmediatamente al paciente de esa programación. El procedimiento médico ordenado se le practicará al paciente dentro de un plazo máximo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la notificación de este fallo. La IPS correspondiente deberá suministrar información pertinente, de forma clara y concreta sobre los riesgos, beneficios y demás consecuencias que puede generar en la salud, la práctica del procedimiento quirúrgico ordenado, así como realizará los exámenes, valoraciones y procedimientos pertinentes antes de la realización de la misma.



13001-33-33-006-2022-00170-01

Igualmente se deberá en adelante, garantizar y prestar de forma integral y oportuna todos los servicios médicos y procedimientos que sean prescritos por los especialistas tratantes con ocasión al diagnóstico que presenta el accionante como es *M200 DEFORMIDAD EN LOS DEDO(S) DE LA MANO*” y *“Q699 POLIDACTILIA NO ESPECIFICADA*, de llegar a ser ordenada por el especialista tratante, evento para el cual deberán ser autorizadas y practicadas conforme a la prescripción médica respectiva.

TERCERO: NOTIFÍQUESE la presente providencia a las partes por el medio más expedito.

CUARTO: Si no fuere impugnada esta decisión, **REMÍTASE** inmediatamente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en Sala Virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ