A

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, Trece (13) de Febrero de dos mil Veinte (2020)

RAD: 20060 40 89 001 2019 00633 01 Acción de tutela de segunda instancia promovida por **ELIANA MARIA CUESTA QUIROZ** como agente oficioso de **DAVID SANTIAGO CUESTA QUIROZ** contra **ASMTED SALUD EPS.** Derecho fundamental la salud.

ASUNTO A TRATAR:

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionada, ASMET SALUD EPS contra la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar, dentro de la acción de tutela de la referencia.

HECHOS:

Como fundamento fáctico de la acción constitucional la parte accionante en representación de su hijo adujo en síntesis, lo siguiente:

Su hijo tiene 1 mes y 19 días de nacido, además es prematuro y en este momento se encuentra en UCI Neonatal en la clínica de Valledupar, con un diagnóstico de nacimiento prematuro, apenas con 26 semanas de gestación. Y alega que viven en Aguachica, Cesar.

En estos momentos requiere de formula láctea para prematuros (una lata de 400 gramos cada 15 días) crema antipañalitis con óxido de Zinc (1 tubo semanal) y crema hidratante para cara y cuerpo según solicitud médica (por 400ML, un frasco al mes) pañitos húmedos (2 paquetes por semana)

PRETENSIONES:

La parte accionante solicita que se ordena a ASMET SALUD EPS, que en el término de la distancia, suministre la formula láctea para prematuros una lata de 400 gramos cada 15 días) crema antipañalitis con óxido de Zinc (1 tubo semanal) y crema hidratante para cara y cuerpo según solicitud médica (por 400ML, un frasco al mes) pañitos húmedos (2 paquetes por semana)

Solicita que se le conceda atención integral y prevenir a la ASMET SALUD EPS, en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones que dieron merito a iniciar la presente tutela.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El *iudex a quo* finalmente con sentencia de 15 de noviembre de 2019, tuteló los derechos fundamentales a DAVID SANTIAGO CUESTA QUIROZ conculcado por ASMET SALUD EPS.

En consecuencia de lo anterior, ordenó a ASMET SALUD EPS, Representada legalmente por su Gerente y/o quien haga sus veces, que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a autorizar y materializar la entrega efectiva de los siguientes requerimientos: Fórmula láctea para prematuros (una lata de 400 gramos cada 15 días), crema antipañalitis con óxido de Zinc (1 tubo por semana) y crema hidratante para la cara y cuerpo según solicitud médica (por 400ML, un frasco al mes) pañitos húmedos (2 paquetes por semana) en la cantidad y periodicidad prescrita por su médico tratante, orden qye se deberá mantener hasta que el médico indique que ya no es necesario su suministro, por la evolución del menor.

Al considerar que el servicio médico fue autorizado por un médico adscrito a la red de prestadores de servicios en salud de la E.P.S., accionada, además, es el paciente es un menor en condición de nacimiento prematuro (26 semanas de gestación) diagnosticado con la patología de Inmaturidad Extrema, lo que indica que por su condición de salud, requiere que la prestación del servicio le sea brindado en forma oportuna y acorde a la prescripción de su galeno tratante, a fin de evitar que a su salud se le cause un daño mayor, finalidad que a todas luces es desconocida por la entidad accionada.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Dentro del término legal, el accionado impugnó el fallo de primera instancia para manifestar lo siguiente:

Alega que el juez hizo un interpretación parcial y atemperaba la normatividad que regula el Sistema de Seguridad Social en Salud del Régimen Subsidiad, toda vez que su decisión se basó en la mala interpretación de la Resolución 1479 de 2015, adoptada por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, como la resolución 0352 de 2016, que deroga la resolución 900 adoptada por parte de la Secretaria de Salud Departamental del Cesar.

Aduce que los servicios de salud ordenados por el juez de tutela, no se encuentran incluido en el Plan Obligatorio dd Salud -

Subsidiado POS-S, debiendo ser asumido por la entidad que legalmente obligada, a este caso la Secretaria Departamental de Salud del Cesar.

Argumenta que al fallar contra la entidad y aun no otorgando el derecho de recobrar al FOSYGA y/o Secretaria de Salud Departamental en un 100% cosa que no hizo el juez de conocimiento en el presente caso, se está atentado contra el equilibrio económico del sistema.

En virtud de lo anterior, solicita revocar el fallo de tutela y en consecuencia conceder la tutela impetrada por ELIANA MARIA CUESTA QUIROZ, como agente oficioso del menor DAVID SANTIAGO CUESTA QUIROZ, y por lo tanto, ordenar a la Secretaria Departamental de Salud del Cesar, autorice los servicios de salud al menor. En caso de no acceder a lo anterior petición, pide modificar el fallo de tutela en el sentido de autorizar a ASMET SALUD EPS SAS, recobrar en un 100% los servicios NO POS que se eroguen como consecuencia del fallo de tutela.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

Reiteradamente han venido sosteniendo los Jueces y Tribunales que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Magna y desarrollada por el Decreto 2591 del 91, es un mecanismo judicial de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados generalmente, por autoridad pública o de un particular en los términos que señala la ley. Se trata de una acción que presenta como características fundamentales la de ser un mecanismo inmediato o directo para la debida protección del derecho constitucional fundamental violado; y la de ser subsidiaria, esto es, que su implantación solamente resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial.

De lo anterior se colige que la acción de tutela sólo procede para amparar derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o en casos especiales por particulares, cuando estos tengan entre sus funciones la prestación de servicios públicos o cuando entre accionante y accionado exista una relación de subordinación o indefensión.

De acuerdo con la impugnación promovida, el problema jurídico a resolver se reduce a establecer, ¿si la decisión de primera instancia está ajustada a los lineamientos normativos y jurisprudenciales para conceder el amparo al menor?

El derecho fundamental a la salud y su protección especial para menores de edad:

En el artículo 49 de la Constitución se encuentra consagrada la obligación estatal de garantizar a todas las personas el acceso a la

salud, así como de organizar, dirigir, reglamentar y establecer los medios para asegurar su protección y recuperación. Se deriva de esta disposición una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y, por el otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado, y por ende, de las entidades privadas que éste designa para garantizarlo.

Así, el derecho a la salud, el cual ha sido reconocido por normas de derecho internacional, el ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia constitucional, se configura como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que debe garantizarse de conformidad con los principios rectores de accesibilidad, solidaridad, continuidad e integralidad, entre otros, los cuales caracterizan el Sistema de Salud y están contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015.

El *principio de accesibilidad* es definido por la Ley 1751 de 2015 de la siguiente forma: "*[l]os servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información*". En particular, esta Corporación ha precisado que las entidades promotoras de salud (E.P.S.), tienen la obligación estatal de la prestación de dicho servicio y, en consecuencia, en ellas yace el deber de brindar todos los medios indispensables para que la referida accesibilidad sea materializada de forma real y efectiva.

Por su parte, **el *principio de solidaridad*** supone el deber de una mutua colaboración entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades con la finalidad de ayudar a la población más débil. La jurisprudencia constitucional ha precisado que el Sistema de Seguridad Social se configura como un servicio público solidario que constituye "*la manifestación más integral y completa del principio constitucional de solidaridad*", toda vez que lograr su objetivo de protección de contingencias individuales, requiere una colaboración entre el Estado, las entidades a las cuales se le adjudicó la prestación del servicio de salud y los usuarios del sistema. En suma, "*los recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud deben distribuirse de tal manera que toda la población colombiana, sin distinción de su capacidad económica, acceda al servicio de salud*".

De esta forma, el diseño del Sistema General de Seguridad Social en Salud, al no contar con recursos públicos ilimitados, fue construido como una estructura que vincula a los particulares en aras de hacerlo sostenible, materializando así el principio de solidaridad consagrado en el artículo 95 de la Constitución.

El *principio de continuidad* supone que toda persona que haya ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) cuente con vocación de permanencia y no resulte separado del mismo cuando se encuentre en peligro su calidad de vida e integridad. Esta Corporación ha manifestado reiteradamente que el servicio de salud, al tratarse de un servicio público esencial, no debe ser interrumpido sin que medie justificación constitucionalmente admisible. Así lo estableció la Corte en **la sentencia T-1198 de 2003**, en la cual precisó:

> **"Los criterios que informan el deber de las EPS de garantizar la continuidad de las intervenciones médicas ya iniciadas son: (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación**

de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados".

De otro lado, el *principio de integralidad* se define en el artículo 8 de la **Ley 1751 de 2015** de la siguiente forma:

"Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada".

Al respecto, en la **Sentencia C-313 de 2014**, esta Corporación manifestó que el referido principio de integralidad es transversal en el Sistema de Salud y determina su lógica de funcionamiento, pues la adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas es un principio que "*está en consonancia con lo establecido en la Constitución y no riñe con lo sentado [con anterioridad] por este Tribunal*". Precisó también que el principio de integralidad opera no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino también para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal, de modo que se propenda para que su entorno sea tolerable y adecuado.

En síntesis, este principio comprende la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud de garantizar la autorización completa y oportuna de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología y para sobrellevar su enfermedad.

La Corte ha considerado que es posible solicitar por medio de la acción de tutela la garantía del tratamiento integral, cuando con ello se pretende asegurar la atención en conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes, que han sido previamente determinadas por su médico tratante. Esta Corporación ha manifestado que el reconocimiento de dicho amparo requiere "***(i)*** *la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante,* ***(ii)*** *por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr [superar o sobrellevar] el diagnóstico en cuestión; o* ***(iii)*** *por cualquier otro criterio razonable*", precisando que el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez de tutela. Esto, por cuanto no le es posible a la autoridad judicial dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas, pues, de hacerlo, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados.

De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha identificado una serie de eventos en los que se hace necesario otorgar una atención integral al paciente, cuando están en juego las garantías fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas. En estos casos, la Corporación ha reconocido que la atención integral debe ser brindada independientemente de que las prestaciones requeridas se encuentren o no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud. Asimismo, la Corte ha sostenido que ante la existencia de casos excepcionales en los cuales las personas exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones que los agobian.

Esta Corporación ha reconocido recientemente la garantía del tratamiento integral para menores de edad y adultos mayores, con la finalidad de protegerlos en su especial situación de vulnerabilidad, en especial cuando la E.P.S. ha actuado negligentemente en la prestación del servicio de salud. Tales son los casos presentados en la **sentencia T-445 de 2017**, en donde se reconoció tratamiento integral para dos menores con *parálisis cerebral*, de forma que se garantizara la provisión de insumos y servicios médicos, requeridos por los mismos, no contemplados en el POS.

En otra oportunidad, la Corte en **sentencia T-208 de 2017**, reconoció tratamiento integral para menores de edad con padecimientos como *de retraso del desarrollo, secuelas pos traumáticas y daño cerebral severo*, que con ocasión a sus padecimientos de salud, ven afectado su nivel de vida en condiciones dignas.

De igual manera, la Corte en **sentencia T-178 de 2017**, resolvió reconocer tratamiento integral y la exoneración del pago de los copagos y las cuotas moderadoras a favor de una mujer de 90 años de edad, diagnosticada con *Alzheimer, Trastorno Afectivo Bipolar (TAB), Dislipidemia, HTA, Artrosis degenerativa e hipotiroidismo*, a fin de conservar su vida en condiciones dignas.

Tratándose de menores de edad, el derecho a la salud cobra mayor importancia, pues se refiere a sujetos de especial protección en consideración a su temprana edad y a su situación de indefensión:

En este sentido, el artículo 44 de la Constitución establece que "*son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, y la seguridad social, […]*". El reconocimiento del interés superior del menor, ampliamente considerado por disposiciones de carácter internacional, exige al Estado el compromiso de asegurar el más alto nivel posible de salud de los menores, pues sus derechos fundamentales prevalecen al momento de resolver cuestiones que les afecten.

En concordancia, el artículo 6° de la **Ley 1751 de 2015** enumera los elementos y principios esenciales que deben regir la prestación del servicio y reconoce el principio de prevalencia de los derechos, en virtud del cual le compete al Estado "*implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales:* ***prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años***".

A su vez, el artículo 11 de la citada Ley, reconoce como sujetos de especial protección a los niños, niñas y adolescentes, mujeres embarazadas, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, adultos mayores, personas que padecen enfermedades huérfanas y personas

en condición de discapacidad, cuya atención no podrá ser "*limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica*". En estos términos, se reitera el enfoque diferencial y la atención prioritaria que deben tener los niños, niñas y adolescentes en materia de salud.

En particular, sobre la prestación del servicio de salud requerida por menores de edad, ha señalado la Corte que el examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud debe realizarse de forma flexible, en aras de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

En conclusión, tanto la legislación colombiana como la jurisprudencia constitucional han sido claras en señalar el trato preferente que deben tener los menores de edad para la satisfacción de su derecho a la salud, razón por la cual todas las entidades prestadoras del servicio de salud deben respetar y garantizar de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita el acceso efectivo y continuo al derecho a la salud del cual son titulares".

Adicionalmente, la Alta Corporación guardiana de la constitución, ha manifestado en **Sentencia T-519/14**, lo siguiente:

"preciso resaltar que varios de los casos anteriormente enunciados, comparten situaciones comunes: primero, el médico tratante formuló un medicamento o tratamiento que se requería para garantizar la vida digna e integridad física de los accionantes; segundo, las entidades prestadoras de salud se negaron a suministrarlo debido a que no se encontraba contemplado en la lista del Plan Obligatorio de Salud; y tercero, los actores alegaron no tener la capacidad económica suficiente para acceder por ellos mismos a lo prescrito por el médico".

Sobre la base de aquellas situaciones la Corte construyó, con el paso del tiempo, criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señaló los siguientes:

> *"a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante".*

"Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio "requerir con necesidad", que antes de la sentencia T-760 de 2008, no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era "requerido" por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente, y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se

acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de "necesidad" del paciente".

*Posteriormente, la Corte aclaró que "requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará, '**requerir con necesidad**'". En ella, aclaró el concepto de "**requerir" y el de "necesidad**". Respecto al primero señaló que se concretaba en que "a) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y c) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Sobre el segundo dijo que (…) alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadoras), y adicionalmente, no puede acceder a lo ordenado por su médico tratante a través de otro plan distinto que lo beneficie."*

"El criterio de la necesidad acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia T-760 de 2008, adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional. A ello se refirió este Tribunal cuando precisó que:

> *"toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona."*

Del suministro de servicios no POS y de pañales desechables sin orden médica - Sentencia T-226/15:

En varias oportunidades esta Corporación ha manifestado que, por regla general, cuando una prestación se encuentra excluida del plan de coberturas, el usuario deberá adquirirla con cargo a su propio peculio, pues de esta manera se asegura el equilibrio financiero del sistema. Sin embargo, la jurisprudencia de este Tribunal también ha inaplicado dicha regulación y ha ordenado la entrega de servicios por fuera del POS, cuando su falta de reconocimiento por parte de una entidad promotora de salud tiene la entidad suficiente de comprometer la eficacia y la intangibilidad de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema, en respuesta básicamente al criterio de necesidad.

Precisamente, en la **Sentencia T-760 de 2008**, se señaló que: *"toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo"*, siempre que la persona no tenga la capacidad económica para asumir su costo.

Para determinar aquellos casos concretos en los que la entidad promotora de salud deberá otorgar la prestación requerida, aun cuando se encuentre excluida del POS, esta Corporación ha establecido los siguientes

requisitos, los cuales, como ya se dijo, fueron igualmente reiterados en la reciente **Sentencia C-313 de 2014:**

> "(i) [Que] la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;
>
> (ii) [Que] el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;
>
> (iii) [Que] el interesado no pueda costearlo directamente, (…) y [que] no pueda acceder a [dicho] servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y
>
> (iv) [Que] el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio".

Por lo demás, en lo que respecta al suministro de pañales desechables, la Corte ha indicado que por tratarse de un servicio expresamente excluido del POS, es necesario que se acrediten los requisitos previamente expuestos. No obstante, en algunos casos excepcionales, se ha ordenado su entrega sin prescripción médica, cuando las circunstancias ameritan que se autorice su suministro, siempre que se cumplan con estos dos requisitos:

> (i) Que se evidencie la falta de control de esfínteres, derivada de los padecimientos que aquejan a la persona, o la imposibilidad de ésta para moverse sin la ayuda de otra. De comprobarse esta afectación, los pañales serían el único elemento apropiado para garantizar la calidad de vida del paciente.
>
> (ii) Que se pueda probar que tanto el paciente como su familia no cuentan con la capacidad económica para sufragar el costo de los pañales desechables.

En consecuencia, en aras de garantizar el derecho a la vida digna de los pacientes que demandan el suministro de pañales desechables, se ha autorizado excepcionalmente su entrega sin orden médica, cuando la persona padece de alguna enfermedad que evidencie la necesidad de su suministro y el solicitante y su familia se encuentran en condiciones económicas precarias, con miras a poder sufragar su costo".

SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO:

Para comenzar, la repuesta al problema jurídico es de carácter positivo dado a que el amparado es un niño de tan solo cuatro (04) meses y 25 días de haber nacido, además de ello, es prematuro, y al estar en UCI, indica que su estado de salud no es el mejor, por lo tanto, los servicios de salud deben ser garantizados de manera oportuna, puesto que la negación de los mismos, coloca en riesgo su estado de salud y su vida.

Así mismo, mediante **la Sentencia T-760 de 2008**, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo "*en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.*" Por su parte el legislador mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015., en su artículo 2° reconoció que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

La salud al ser un derecho fundamental, puede ser protegido mediante la acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los afectados son sujetos de especial protección constitucional, como quienes padecen enfermedades degenerativas, catastróficas y de alto costo, entre ellas, el cáncer. Este trato diferenciado tiene fundamento en el inciso 3° del Artículo 13 de la Constitución Política y en los Artículos 48 y 49 del mismo texto.

Posteriormente, el artículo 8° de la Ley 1751 de 2015 señaló la necesidad de garantizar el tratamiento integral a quienes, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, les hubiese sido negado el acceso efectivo al servicio de salud, *lo que incluye suministrar "todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no"*. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir *"prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad"*.

En cuanto al tratamiento integral que necesita el menor, la jurisprudencia ha establecido "En concordancia, el artículo 6° de la **Ley 1751 de 2015** enumera los elementos y principios esenciales que deben regir la prestación del servicio y reconoce el principio de prevalencia de los derechos, en virtud del cual le compete al Estado "*implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales:* ***prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años"***.

Ahora bien, si en gracia de discusión el Plan Obligatorio de Salud se encontrara vigente, frente al interrogante de a quién le corresponde la prestación de los servicios No POS, ese Alto Tribunal ha dicho que:

(…) cuando se refiere al suministro de servicios médicos excluidos del POS del Régimen Subsidiado, la obligación principal, esto es, su satisfacción directa, recae principalmente en el Estado, dada la precaria situación económica y social en la que se encuentra la población afiliada a dicho régimen. Las normas que se refieren a la responsabilidad del Estado en las prestaciones de los servicios no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, son el Decreto 806 de 1998 y la Ley 715 de 2001. Del análisis de las mismas se derivan las obligaciones directas de las entidades territoriales de i) informarle al paciente el procedimiento que debe seguir para recibir la atención que requiere; ii) de indicarle de manera específica la institución encargada de prestarle el servicio y iii) de acompañarlo en el proceso que culmine con el efectivo acceso a los servicios de salud. En armonía con lo anterior, jurisprudencialmente a la EPS- se le ha impuesto la obligación de acompañar al paciente y coordinar con las entidades públicas o privadas con las que el Estado tiene convenio para el efectivo suministro de los requerimientos

excluidos del POS. En todo caso, y cuando la afectación del derecho a la salud exija medidas urgentes, la EPS-S, de manera excepcional, tiene el deber de garantizar el procedimiento requerido, manteniendo ésta la facultad de recobrar al Estado los gastos en que incurra por la prestación del servicio no POS. La exigencia a la EPS-S del suministro de los servicios de salud excluidos del POS que requiere sus afiliados, se deriva precisamente de la relación contractual que tiene con el paciente, la que implica que su recuperación se encuentra bajo su cuidado y su responsabilidad, más aún cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional, y también cuando en el caso de las personas afiliadas al régimen subsidiado, éstas se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y pobreza"[1]. (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, en uno y otro evento (Existiendo o no POS) es la EPS-S quien debe asumir directamente la prestación del servicio, ello con la finalidad de propender porque el/la paciente sea atendido sin dilaciones y de forma inmediata para dar garantía a sus derechos fundamentales constitucionales.

Dentro del asunto de marras, está probado que **(i)** DAVID SANTIAGO CUESTA QUIROZ, tiene 04 meses y 25 días edad, (Fol. 03) **(ii)** que se encuentra afiliado a ASMET SALUD EPS, (Fol. 03) **(iii)** que tiene diagnosticado INMATURIDAD EXTREMA, (fol. 03) que **(iv)** viven en Aguachica, Cesar, y pertenecen al estrato nivel 01, (Fol. 03) y que **(v)** le prescribieron FORMULA LACTEA PARA PREMATUROS # 1 LATA DE 400 GRAMOS CADA 15 DIAS, TOTAL 2 LATAS AL MES, CREMA HIFRATATE PARA CARA Y CUERPO X 400 ML, CREMA ANTIPAÑALITIS CON ÓXIDO DE ZINC # 1 TUBO SEMANAL, TOTAL 04 TUBOS AL MES, PAÑITOS HUMEDOS #02 PAQUETE POR 100 UNIDADES, 2 PAQUETE SEMANAL, TOTAL DE 08 PAQUETES AL MES. (Fol. 04).

Aunado a las pruebas aportadas y a los lineamientos de la jurisprudencias citadas, se puede concluir que es a la EPS-S, sobre quien recae la obligación de garantizar los servicios de salud al menor, dado a su urgencia y que es un sujeto de especial protección constitucional, por lo tanto, no es admisible y de recibo la posición de la EPS accionada al negar tales servicios teniendo en cuenta las condiciones de salud en la que se encuentra el recién nacido, colocando en riesgo su estado de salud y por ende su vida. Además de ello, pertenece al régimen subsidiado y estrato 01, lo que significa que son personas vulnerables, el cual se le debe dar y un trato especial.

Al respecto, la Sentencia T-531 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, expuso lo siguiente:

"Así, esta Corporación ha dispuesto que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) ***personas que padezcan enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras),*** *se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que los conjuntos de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios"*

---

[1] Corte Constitucional. Sentencia T-115 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

En este orden de ideas, le asiste razón al juez fallador al amparar los derechos fundamentales al menor, puesto que la negativa de la entidad no puede ser un obstáculo administrativo y/o económico para que la creatura no reciba esos medicamentos e insumos que son vitales para su recuperación, aún más cuando ha sido ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad accionada. Así lo ha establecido la Corte Constitucional en **Sentencia T-252/17:** *"cuanto al tema relativo al grado de vinculatoriedad que tiene el diagnóstico, la Corte ha sostenido que el concepto expedido por el médico tratante adscrito a la red prestacional de la EPS a la que se encuentra afiliado el usuario, es el principal criterio para definir los servicios de salud requeridos. Ello, primero, por ser la persona capacitada en términos técnicos y científicos y, segundo, por ser el profesional que conoce el historial médico del paciente.*

Así las cosas, sin más elucubraciones los argumentos de la impugnación se respetan, sin embargo, no se comparten, puesto que la salud es un derecho universal que le asiste a todas las personas y es deber del Estado garantizar el mismo, así entonces, no habiendo prueba conducentes que demuestren la garantía del servicio de salud, en aras de evitar que la EPS siga colocando barreras al servicio que necesita el menor recién nacido de manera urgente dado a sus patologías de INMATURIDAD EXTREMA, es dable mantener el amparo así como lo puntualizó el juez fallador.

Finalmente, resulta pertinente destacar que para el recobro -cuando hay lugar a él, existe un trámite de orden administrativo, por lo que no es obligatorio para el juez de tutela ordenarlo en la sentencia que concede el amparo[2]. De manera que, este mecanismo de protección constitucional no tiene por fin obviar el trámite legal administrativo de cobro que deben hacer las EPS y EPSS, a la Secretaría de Salud Departamental, ni al Fosyga y/o ADRES cuando tengan derecho a éste, empero no es del resorte del fallador constitucional disponerlo así en la resolución del caso.

Por lo anterior y sin más elucubraciones, se confirma el fallo impugnado en su integridad.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia adiada 15 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal en Oralidad de Valledupar, Cesar, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes de esta providencia por el medio más expedito.

---

[2] Corte Constitucional Sentencia T-760 de 2008.

TERCERO: En consecuencia, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERMÁN DAZA ARIZA

Juez.