



ACCIÓN DE TUTELA

68001-40-88-016-2020-00040-00

Bucaramanga, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020)

COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 1 del Decreto 1382 del 2000, compilado en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

ASUNTO A DECIDIR

Dentro del término legal, el Despacho entra a resolver la acción de tutela promovida por ANA BIBIANA HERNÁNDEZ BONILLA, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.098.101.526, actuando como agente oficiosa de su menor hijo EDWING DAVID CARVAJAL HERNÁNDEZ, identificado con registro civil de nacimiento No. 1098081066 en contra de NUEVA E.P.S., siendo vinculada de oficio la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES -, para la protección de su derecho fundamental constitucional presuntamente vulnerado a la salud en conexidad con la vida e integridad personal.

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

El menor EDWING DAVID CARVAJAL HERNÁNDEZ tiene 9 meses de edad y se encuentra afiliado a la entidad NUEVA EPS, a través del régimen contributivo, en calidad de beneficiario, presentando diagnóstico de Cirrosis Biliar no especificada, atresia de los conductos biliares y enfermedad tóxica del hígado con colestasis.

El 3 de julio de 2020, recibió orden médica para entrega de medicamento "Ácido Ursodesoxicólico 300 mg (tableta) cantidad 30" y soporte nutricional denominado "Estrés Metabólico altas en péptidos y antioxidantes y modificadas en hidratos de carbono y lípidos Monogen Polvo 400 gramos Lata, cantidad 27 latas para tres meses", no obstante, aún la EPS sólo autorizó la entrega del medicamento, pero en farmacia no le fue entregado, además, no autorizaron el suplemento nutricional, omisión con la que se pone en grave riesgo su salud.

Así las cosas, refirió que con el actuar de la Entidad accionada se evidencia una indiscutible y flagrante violación constitucional a los derechos fundamentales de su menor hijo como lo son la salud, vida e integridad personal, dado que la única alimentación que puede recibir es el soporte nutricional.

El 1 de abril de 2020, el Juzgado Trece Homologo tuteló los derechos a la salud y vida del menor ofendido, ordenando la entrega del suplemento nutricional Monogen Polvo, en atención a la orden médica del 29 de enero de 2020, a la que se le dio cumplimiento posterior a trámite incidental.



PRETENSIÓN

Solicitó el accionante que se protejan los derechos fundamentales vulnerados a su menor hijo, y en consecuencia se resuelva:

1. Ordenar a NUEVA E.P.S. y a la farmacia Éticos, se realice la entrega del alimento y medicamento ordenados.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del pasado diecisiete (17) de julio del corriente, el Despacho avocó el conocimiento de la presente acción constitucional, dentro del cual corrió el respectivo traslado a NUEVA E.P.S. y a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES - para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

En correo electrónico del 22 de julio de 2020, el accionante informó que la Junta Médica no autorizó la entrega del soporte nutricional Monogen Lata, por lo que radicó queja ante la Superintendencia de Salud, para lo cual aportó fotografía de la constancia de negación del servicio, junto con la orden médica del 3 de julio, aclarando que no cuenta con los recursos económicos para comprar el alimento de su hijo, dado que tanto ella como su esposo, no están laborando.

Respuestas obtenidas:

1. **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**, luego de hacer un recuento del marco normativo de la entidad y del alcance constitucional de los derechos a la salud y vida digna, solicita se excluya a su entidad de la Litis, al considerar que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que no ha incurrido en vulneración alguna de los derechos del agenciado, pues a la EPS le corresponde la función indelegable de aseguramiento dentro del sistema general de seguridad social en salud, razón por la cual está obligada a atender todas las contingencias presentadas en la prestación del servicio de salud, sin que pueda en ningún caso retrasarla con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas por el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC.

Aclara que ADRES ya transfirió a la EPS un presupuesto máximo con la finalidad de suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos y asegurar la disponibilidad de éstos para garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

Finalmente, se opone a que por vía de tutela se emita orden de recobro, pues el mismo está reglado y constituye un trámite administrativo, además, invoca que en caso de encontrarse vulneración de un derecho fundamental, el mismo se ampare sin la imposición de cargas adicionales a los recursos del sistema de seguridad social en salud, pues existen servicios y tecnologías que escapan dicho ámbito.



Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías

Resalta que existe fallo judicial previo donde se estudió el mismo problema jurídico, por lo que podría la accionante acudir al incidente de desacato.

2. Por su parte, **NUEVA EPS** indicó haber otorgado al usuario, conforme a las órdenes médicas, todos los servicios de salud que se encuentran contemplados en el régimen contributivo. Señaló que el alimento Monogen lata por 400g no se encuentra dentro del plan de beneficios en salud y por tanto debe ser tramitado directamente por parte del médico tratante mediante aplicativo mipres, por lo que solicita se declare improcedente la solicitud de amparo, ante la inexistencia de orden médica.

En forma subsidiaria, invoca se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado en resolución 205 de 2020, para la cobertura de este tipo de servicios.

3. El Juzgado Trece Penal Municipal con Función de Control de Garantías, remitió el fallo de acción de tutela proferido el 1 de abril de 2020, en el que amparó los derechos a la salud y vida digna del menor EDWING David Carvajal Hernández, ordenando a Nueva EPS garantizar la entrega del suplemento Monogen Polvo 400 G/lata, ordenado el 29 de enero de 2020.

Así mismo, indicó que por incumplimiento al fallo de tutela, se impuso sanción por desacato, no obstante, fue revocada en sede de consulta al obrar constancia de cumplimiento.

ANÁLISIS DE PROCEDENCIA

Antes de realizar el estudio del caso planteado, considera este Despacho que debe verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contemplados en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

El artículo 86 de la Constitución, establece que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales por sí misma o por quien actúe en su nombre, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos que señale la ley, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así entonces, dicha normativa *«contiene los elementos de procedencia de la acción de tutela, entre ellos, el relacionado con la legitimación en la causa, la cual se entiende como la potestad que tiene una persona para invocar sus pretensiones o controvertir aquellas que se han aducido en su contra. De esta manera, el primero de los eventos se conoce como legitimación en la causa por activa y el segundo como legitimación en la causa por pasiva»*¹.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
jl6pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co



LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

La representación judicial de los menores de edad, según lo señalado en el artículo 306 del Código Civil, le corresponde a los padres, adicionalmente, el artículo 44 de la Constitución, establece que cualquier persona que observe la amenaza a los derechos fundamentales de los niños, puede exigir la intervención de la autoridad judicial competente.

En la presente causa, se advierte que, quien acude a la acción de tutela, es la madre del menor ofendido, en calidad de agente oficiosa, de conformidad con el inciso 2° del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 en el cual el legislador delegado previó que se podían agenciar derechos ajenos «*cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa*».

Los elementos normativos de la agencia oficiosa están señalados expresamente en el Decreto 2591 de 1991 y de manera implícita en la Constitución y en los decretos reglamentarios de la acción tutela, los cuales la H. Corte Constitucional a través de la Sentencia T – 531 de 2002, MP. Dr. Eduardo Montealegre Lynett, los sintetiza de la siguiente manera: «*(i) La manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal. (ii) La circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa. (iii) La existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos (iv) La ratificación oportuna por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignados en el escrito de acción de tutela por el agente*».

Posteriormente, esa Corporación, mediante sentencia T-029 de 2016 ha indicado que: «*La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales*».

El Despacho encuentra que la legitimidad en la causa por activa, se cumple en el caso objeto de estudio, en consideración a que el agenciado es un menor de edad de tan solo 9 meses de edad, por lo que le es imposible promover las acciones por sí mismo.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

La legitimidad en la causa por pasiva es la condición del sujeto contra quien se dirige la acción, de ser el llamado a responder por la presunta vulneración del derecho amenazado.

De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución y 5° del Decreto 2591 de 1991, la entidad accionada es demandable a través de la presente tutela, puesto que es la persona jurídica encargada de garantizar la prestación del servicio público esencial de salud en los términos de los artículos 177 y 181 de la Ley 100 de 1993.

Es así que sobre la legitimación por pasiva de la acción, el Despacho verifica que se cumple con el requisito en la medida que la entidad accionada, NUEVA E.P.S., es la encargada de garantizar la prestación del servicio público de salud del accionante.



INMEDIATEZ

Entendiendo que este requisito se refiere a que la interposición de la acción de tutela se dé dentro de un término razonable, contado a partir del momento de ocurrencia del hecho alegado como transgresor de los derechos fundamentales, para este Despacho se encuentra satisfecha esta exigencia, toda vez que, el motivo que da lugar a la pretensión de la acción tiene fundamento en el plan de tratamiento dado por el galeno descrito para el manejo de la patología de Atresia de los Conductos Biliares y Monogen Polvo 400 gramos del 3 de julio de 2020, y la presente acción fue interpuesta el 17 de julio del corriente, por lo que considera este Estrado que ha transcurrido un tiempo razonable, es decir, quince días entre las órdenes médicas dadas por el médico tratante, tanto de suplemento nutricional como del medicamento, y la interposición de la acción de tutela, por lo que en ese orden de ideas, encuentra este Estrado la procedencia de la acción como mecanismo para salvaguardar los derechos alegados por el accionante.

SUBSIDIARIEDAD

Conforme al inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, el requisito de subsidiariedad hace referencia a que la acción de tutela se constituye como un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario; es decir, que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; o cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada y efectiva los derechos fundamentales en cada caso concreto.

Es preciso establecer que si bien el presente caso debe someterse al procedimiento establecido en la Ley 1122 de 2007 y Ley 1438 de 2011, que otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud, para la resolución de controversias entre las E.P.S. y sus afiliados, es importante tener presente, que el trámite jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud puede no resultar un medio idóneo ni eficaz para esta persona, máxime que si bien se creó con la intención de brindar una alternativa expedita y eficaz para la reclamación de este tipo de pretensiones, lo cierto es que aún cuenta con múltiples falencias en su estructura y desarrollo normativo.

PROBLEMAS JURÍDICOS

En esta ocasión, corresponde al Juez de tutela establecer si (i) ¿Se han vulnerado los derechos fundamentales a la salud y la vida de EDWING DAVID CARVAJAL HERNÁNDEZ por parte de NUEVA E.P.S. al no hacer entrega del medicamento Ácido Ursodesoxicólico 300 mg tableta? (ii) Se han vulnerado los derechos fundamentales a la salud y la vida de EDWING DAVID CARVAJAL HERNÁNDEZ por parte de NUEVA E.P.S. al no hacer entrega del suplemento nutricional Estrés metabólico Monogen Polvo? (iii) si es así, ¿el suplemento nutricional Estrés metabólico altas en péptidos y antioxidantes y modificadas en hidratos de carbono y lípidos Monogen Polvo 400 gramos Lata, debe ser tramitado vía incidente de desacato ante otro Despacho Judicial? (iii) ¿Se ha de conceder el tratamiento integral al menor ofendido con ocasión a las patologías de atresia de los conductos biliares, cirrosis biliar no especificada y enfermedad tóxica del hígado con colestasis?



CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela se encuentra contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1.991, como el medio más expedito y eficaz para lograr que cesen o se detengan aquellas acciones u omisiones que vulneran o amenazan un derecho fundamental, no obstante, la misma se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, es decir, sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares.

Esto es, está prevista como un mecanismo procesal, complementario y específico que tiene por objeto la protección concreta de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando estos sean violados o se presente amenaza de su violación.

El ejercicio de la acción está condicionado a que la parte demuestre la existencia de una amenaza concreta y específica de violación de los derechos fundamentales cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública y en casos definidos por la ley a sujetos particulares.

La tutela es un instrumento de carácter directo porque siempre presupone una actuación preferente y sumaria a la que el afectado puede acudir solo en ausencia de cualquier otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

LA GARANTÍA EFECTIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y LOS PRINCIPIOS DE ACCESIBILIDAD E INTEGRALIDAD (Sentencia T-124 de 2019)

El derecho fundamental a la salud es "la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser". Tal garantía es indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales y una vida en condiciones de dignidad.

Justamente, su estrecha relación con la dignidad humana, en tanto principio universal de respeto a toda persona, determina su carácter fundamental y justiciable en el ámbito internacional, así como en el ordenamiento constitucional colombiano.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece al respecto que los Estados Parte "reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" y, en consecuencia, tienen el deber de "la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños (...) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".



Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías

De manera semejante, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 24, 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. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho”.

Todos estos aspectos son reconocidos por la Constitución Política Colombiana, al establecer que la atención en salud es una responsabilidad a cargo del Estado y que “se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud” (art. 49). Adicionalmente, dispone que en el caso de los niños esta garantía prevalece sobre los derechos de los demás (art. 44).

Sobre este último punto, se destaca que el ordenamiento internacional y nacional brinda una salvaguarda reforzada a la salud de los niños, en tanto presente y futuro de la humanidad. Aspecto que se relaciona con su necesidad de protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

Por su parte, la Ley Estatutaria de Salud, Ley 1751 de 2015, reconoce el derecho a la salud como fundamental, autónomo e irrenunciable, comprendiendo “el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud”.

En este sentido, el artículo 6º de dicha ley establece la accesibilidad como uno de los elementos esenciales del derecho a la salud, por lo que “los 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”.

Requisitos para acceder a los medicamentos no cubiertos por el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC: El Gobierno Nacional a través de las Resolución 5267 de 2017, estableció el listado de medicamentos y servicios excluidos del PBS, en atención a los parámetros contenidos en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015. Adicionalmente la Resolución 5269 del mismo año, enlistó las tecnologías en salud cubiertas por el plan de beneficios con cargo a la UPC, que conforman el mecanismo de protección colectiva. El artículo 38 de esta última estableció que los medicamentos que cumplan con las condiciones de principio activo, concentración, forma farmacéutica y uso específico en los casos en que se describan en el anexo del “Listado de medicamentos financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación”, serían cubiertos con cargo a la UPC.

No obstante, un grupo de medicamentos y tecnologías no se encuentran contemplados en ninguno de los dos listados, razón por la cual cuando son requeridos por los usuarios, el médico tratante debe formularlos a través de Mipres (Plataforma tecnológica “Mi Prescripción”). Al respecto, es preciso mencionar que el uso de Mipres aún no es obligatorio para el régimen subsidiado, por lo que las autorizaciones de tecnologías cubiertas a través del mecanismo individual deben tramitarse por los Comités Técnico Científicos, como es el caso que nos ocupa.

Acerca del plan de beneficios en salud de la Ley 1751 de 2015, en la sentencia C-313 de 2014 esta Corporación señaló que “la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y



Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías

demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. Si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas". En otras palabras, este Tribunal halló que la fórmula elegida por el legislador en este precepto, al determinar lo que está excluido del servicio, resultaba admisible, en la medida que todos los servicios y tecnologías se entienden incluidos y las restricciones deben estar expresamente determinadas.

Así el plan de beneficios en salud está planteado de forma tal que, en caso de que un servicio no se encuentre expresamente excluido, deberá entenderse incluido. En consecuencia, el otorgar una tecnología en salud que no esté expresamente excluida del PBS, en ningún caso debe suponer un trámite adicional a la prescripción que realiza el médico tratante, pues ello implicaría una barrera en el acceso a los servicios y medicamentos cubiertos por el PBS.

Adicionalmente, es preciso señalar que si bien las exclusiones se originan por los límites de sostenibilidad que impone el esquema de aseguramiento en salud financiado con recursos públicos, la sentencia C-313 de 2014, categóricamente manifestó que existe la posibilidad de inaplicar las normas que regulan las exclusiones a la prestación del servicio siempre que: i) la ausencia del medicamento o procedimiento amenace o vulnere los derechos a la vida e integridad física del paciente; ii) no exista dentro del plan de beneficios otro medicamento o tratamiento que supla el excluido; iii) el paciente carezca de recursos económicos para sufragar los gastos del medicamento o procedimiento; y iv) el medicamento o tratamiento haya sido ordenado por el médico tratante adscrito a la E.P.S.

LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO PARA EXIGIR SERVICIOS DE SALUD CONTEMPLADOS O EXCLUIDOS DEL POS.

La Honorable Corte Constitucional ha aceptado la posibilidad de reconocer tratamientos o suministros que no están incluidos o que están expresamente excluidos del POS. No obstante, para ello, se deben agotar las exigencias ya señaladas:

*"(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo"*².

Por ende, las EPS desconocen el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido dentro de lo que era el Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan de Beneficios de Salud) cuando aun existiendo las citadas condiciones se rehúsan a prestar el servicio médico.

TRATAMIENTO INTEGRAL

Por otro lado, en coordinación con el principio de dignidad humana, el derecho a la salud implica la conservación, recuperación y el restablecimiento del estado normal de una persona enferma, a quien se le debe ofrecer un tratamiento oportuno, eficiente y suficiente, tendiente a proporcionar el nivel de vida requerida, que no puede escatimarse por las

² Sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa)
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
jl6pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co



entidades promotoras de salud. En el ámbito jurisprudencial la Corte constitucional en sentencia T-039 de 2013 ha indicado respecto del principio de integralidad:

«La Corte ha enfatizado el papel que desempeña el principio de integridad o de integralidad y ha destacado, especialmente, la forma como este principio ha sido delineado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo modo que por las regulaciones en materia de salud y por la jurisprudencia constitucional colombiana. En concordancia con ello, la Corte Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones que la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la (sic) paciente».

Como ya se ha indicado, es claro que la prestación de los servicios de salud le corresponden a las Entidades Promotoras de Salud, las cuales deben brindar la atención integral por las patologías que aquejan al paciente, prestándole en forma prioritaria los servicios necesarios para garantizar su vida y salud en condiciones dignas y justas; además es obligación de esas entidades, atender la salud de sus afiliados de manera integral y no fragmentada, no pudiéndose permitir so pretexto de barreras administrativas que los insumos y las necesidades médicas que precisa no sean de vital importancia para la E.P.S., demorando así la práctica de valoraciones primordiales para acceder a tratamientos que deben ser atendidos de manera perentoria y continua para el manejo de su patología, llegando al punto que deba entablar una acción de tutela y esperar el fallo para acceder a lo dispuesto por el tratante, suspendiéndose la continuidad en la prestación del servicio.

Se ha de resaltar, en relación a lo anterior, que el juez constitucional no puede amparar hechos futuros, merced a que esta acción no puede recaer sobre aspectos inciertos, porque la filosofía de la prestación de la atención integral se atempera a garantizar la continuidad en el suministro de todos los servicios que requiera, en el tratamiento de una misma patología y evitar que el paciente deba acudir a una acción de tutela, por cada medicamento, examen o procedimiento que se le ordene.

DEL RECOBRO ANTE LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES -

Es importante señalar que la E.P.S tiene la obligación de suministrar todo lo que necesite la persona para recuperar sus funciones básicas o para llevar sus dolencias en forma digna y cuando estos elementos no estén contemplados dentro del Plan de Beneficios en Salud la entidad no se desliga de su obligación, pues tiene derecho a hacer recobro ante la ADRES, ya que se entiende que no se pueden imponer cargas onerosas a las entidades más allá de lo que legalmente pueden y deben soportar.

Por lo tanto, el recobro opera por ministerio de la ley, sin que haya necesidad de orden judicial que lo disponga, recuérdese que la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, estableció:

«6.2.1.2. Órdenes específicas a impartir” dispuso: "ii) no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la



Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías

EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC.»

Y, frente a la orden de recobro de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, es menester traer a colación la tesis manejada por la Corte Constitucional:

«Ahora bien, desde la perspectiva de que al Estado le asiste la Obligación subsidiaria de asumir el costo de los servicios de salud no incluidos en los planes de beneficios, la Corte, atendiendo a los mandatos contenidos en las Leyes 100 de 1993 y 715 de 2001, ha concluido que el reembolso de los costos de los servicios de salud No POS a favor de las EPS, están a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, cuando tales servicios se autorizan dentro del Régimen Contributivo, y a cargo de las Entidades Territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos), en los casos en que los servicios no POS se reconocen dentro del Régimen Subsidiado.

Por su parte, la atribución a las Entidades Territoriales para atender el costo de los servicios no POS en el Régimen Subsidiado, encuentra un claro fundamento en las Leyes 100 de 1993 (arts. 215 y sig.) Y 715 de 2001 (art. 43), las cuales, además de atribuirle a "las direcciones locales, Distritales y Departamentales de salud" y a "los fondos seccionales, distritales y locales de salud", la administración del régimen y el manejo de los recursos pertenecientes al mismo, expresamente le asignan a las primeras la asunción de los servicios de salud no cubiertos con los subsidios a la demanda, esto es, de los servicios no incluidos en el POS subsidiado»³

Así las cosas, no le corresponde al Juez Constitucional ordenar recobros al ADRES y/o Secretaria de Salud, puesto que el mismo opera por ministerio de ley, igualmente, el recobro es un derecho constitucional y legal que tienen las E.P.S.

CASO CONCRETO

En cuanto al caso bajo estudio, se tiene que EDWING DAVID CARVAJAL HERNÁNDEZ se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social -SGSS- en el régimen contributivo, a través de la Entidad Prestadora de Salud, NUEVA E.P.S., diagnosticado con cirrosis biliar no especificada, atresia de los conductos biliares y enfermedad tóxica del hígado con colestasis, a quien su médico tratante, el 3 de julio de dos mil veinte (2020), le ordenó la entrega del medicamento "Ácido Ursodesoxicólico 300 mg (tableta) cantidad 30" y soporte nutricional denominado "Estrés Metabólico altas en péptidos y antioxidantes y modificadas en hidratos de carbono y lípidos Monogen Polvo 400 gramos Lata, cantidad 27 latas para tres meses", los cuales no están contemplados dentro del plan de beneficios en salud financiado con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (MIPRES).

El plan de beneficios en salud es el compendio de los servicios y tecnologías a los que tienen derecho los usuarios del sistema de salud, su financiación se hace con recursos girados de los fondos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSS- por cada afiliado, según la edad y se denominan Unidad de Pago por Capitación -UPC-.

La accionada NUEVA EPS negó la autorización y entrega del suplemento nutricional bajo el argumento de no estar incluido en el plan de beneficios en salud, así mismo, a pesar de haber autorizado la entrega del medicamento Ácido Ursodesoxicólico -el que también está excluido de dicho plan de beneficios-, en la farmacia facultada por la EPS, no fue despachado

³ Corte Constitucional, Sentencia T - 438 de 2009, MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
Calle 34 No. 11 - 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co



**Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías**

el medicamento, tal como consta en el elemento aportado por la accionante, además, la madre del menor manifestó que al dirigirse a la farmacia le informaron que no existía disponibilidad.

De lo anterior se evidencia que la entidad accionada NUEVA EPS no ha procurado salvaguardar los derechos fundamentales del accionante, pues su omisión en torno a materializar el servicio de salud evidencia la negligencia en la que ha incurrido al no darle el trámite eficaz y correspondiente al tratamiento que requiere el paciente, con lo cual desconoce el criterio del médico tratante y se opone a los principios de oportunidad y protección integral en la prestación del servicio de salud.

Lo anterior como quiera que estos se encuentran consagrados en el numeral 2° del artículo 3° del Decreto 1011 de 2006 y en el numeral 3° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, en los cuales se advierte que las E.P.S. junto con su Red Prestadora de Salud, se encuentran en la obligación de prestar atención en salud a sus afiliados bajo los criterios de cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, para lo cual corresponde a las E.P.S., la celebración de los contratos que sean necesarios para el cumplimiento de tales obligaciones.

Así las cosas, sabido es que según lo preceptuado en el artículo 49 Superior, la atención en salud es un servicio público, y que el Estado debe garantizar a las personas, el acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud.

En virtud del desarrollo jurisprudencial y posteriormente con la expedición de la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud fue reconocido como fundamental, autónomo e irrenunciable. Ahora bien, cuando de niños se trata, esta característica del derecho en mención no ha suscitado discusión alguna, pues se encuentra expresamente contenida en el artículo 44 de la Constitución, y establece la prevalencia frente a los derechos de los demás. En este sentido, en sentencia SU - 819 de 1999 la Corte señaló:

“El derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños.”

Ahora bien, dentro de la historia clínica allegada por la parte actora, se observa que el médico tratante plasmó la necesidad de continuar tratamiento con “formula alta en TCM y con el manejo de ursacol”, expidiendo órdenes médicas el 3 de julio de 2020 para los servicios de “Ácido Ursodesoxicólico 300 mg (tableta) cantidad 30” y soporte nutricional denominado “Estrés Metabólico altas en péptidos y antioxidantes y modificadas en hidratos de carbono y lípidos Monogen Polvo 400 gramos Lata, cantidad 27 latas para tres meses”, los que no han sido, el primero entregado y el segundo autorizado y despachado, por lo que llevan sometiendo al paciente a una espera indefinida, pues en el caso del suplemento alimenticio, ni siquiera le ha sido emitida la autorización de servicios para reclamarlo, mientras que a pesar de haber emitido autorización para el medicamento, la misma resultó inocua ante su falta de materialización por parte de la farmacia, a pesar de cumplirse las reglas tantas veces enunciadas, en torno a la entrega de servicios que no estén incluidos expresamente en el plan de beneficios en salud.



El "Ácido Ursodesoxicólico 300 mg (tableta) cantidad 30" y soporte nutricional denominado "Estrés Metabólico altas en péptidos y antioxidantes y modificadas en hidratos de carbono y lípidos Monogen Polvo 400 gramos Lata, cantidad 27 latas para tres meses", fueron ordenados al menor de 9 meses de edad, por el especialista en gastroenterología, con el fin de garantizar su óptima nutrición, pues ante la gravedad de las enfermedades que padece y su corta edad, debe usar lo estrictamente ordenado por el médico tratante.

De esta forma, y siguiendo la línea jurisprudencial atrás enunciada, se observa que tanto el medicamento como el suplemento alimenticio, constituyen un elemento vital para el paciente, por lo que *la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenaza los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado*, quien es un menor de 9 meses de edad que padece de cirrosis biliar no especificada, atresia de los conductos biliares y enfermedad tóxica del hígado con colestasis, enfermedades que dificultan la debida digestión de cualquier leche sin fórmula, además, por la corta edad del paciente es evidente que no es posible la ingesta de alimentos ordinarios; por lo que tanto el suplemento alimenticio como el medicamento, suplen los nutrientes de los alimentos que incluso un menor con óptimas condiciones de salud, no estaría en capacidad de digerir, por lo que lo que se busca con cumplir en forma estricta la orden del especialista a cargo es evitar un riesgo inherente a la enfermedad cuando no es tratada adecuadamente.

Por otra parte, respecto al requisito consistente en *que se trate 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*, sobre este punto, la accionada nada desvirtuó, pues en su contestación únicamente se limitó a indicar que la usuaria carecía de orden médica, lo que no corresponde a la realidad, por lo que se tendrá como no probada la posibilidad de sustituir dichos medicamentos y suplementos.

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: según se extrae del expediente la accionante manifestó en primera instancia estar haciendo un esfuerzo económico para cubrir en forma particular el soporte alimenticio que requiere su menor hijo, por lo que al requerírsele para que ampliara el tema atinente a su capacidad económica, manifestó que tanto ella como su esposo se encuentran desempleados, lo que agrava aún más la difícil situación que soportan como núcleo familiar. En conclusión, partiendo de la buena fe de las afirmaciones de la accionante, teniendo en cuenta que la EPS no desacreditó su incapacidad económica, el Despacho no encuentra reparos respecto al cumplimiento de este requisito.

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: el suplemento y el medicamento, fueron ordenados por Johon E. Garcés Camacho gastroenterólogo y nutriólogo pediatra de la Clínica Materno Infantil San Luis, en donde recibe atención el menor por intermedio de su EPS. Así mismo, nada dijo NUEVA EPS, sobre la falta de contratación con dicha IPS.



Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías

Lo anterior, pone en evidencia para esta Juez constitucional la continua vulneración de los derechos fundamentales de EDWING DAVID CARVAJAL HERNÁNDEZ, por lo cual, se ordenará a NUEVA E.P.S. que en el término de DOS (2) DÍAS contado a partir de la notificación de esta providencia se sirva AUTORIZAR Y REALIZAR LA ENTREGA de los medicamentos "Ácido Ursodesoxicólico 300 mg (tableta) cantidad 30" y soporte nutricional denominado "Estrés Metabólico altas en péptidos y antioxidantes y modificadas en hidratos de carbono y lípidos Monogen Polvo 400 gramos Lata, cantidad 27 latas para tres meses", el que fue ordenado desde el 3 de julio de 2020 y a pesar de haber sido ordenado en forma repetida, la entidad NUEVA EPS, de forma caprichosa y desobligada, ha omitido autorizar el servicio médico al usuario, impidiendo con ello que ejerza en forma debida su derecho a la salud, pues de nada le sirve al usuario contar con una orden médica con la que aparentemente le prestaron el servicio, sin poder acceder al procedimiento ordenado por el galeno, el que finalmente lo llevará a lograr la mejoría en su salud, máxime cuando se trata de un menor de edad de tan solo unos meses de nacido, que requiere de dichos suplementos para garantizar su soporte vital, por lo que de esta manera se cumplen con los parámetros para proceder a la entrega de los medicamentos excluidos del plan obligatorio de salud, dado que los mismos no tienen alternativa en su tratamiento, fueron ordenados por el médico especialista que brinda tratamiento a través de los servicios de la EPS y los padres del menor carecen de los recursos económicos para sufragar dichos costos .

Por todo lo anterior, el Despacho concluye que en este caso se cumplieron todos los requisitos fijados por la jurisprudencia para que proceda la tutela del derecho a la salud, por lo cual, se ordenará a NUEVA E.P.S. proceda a autorizar y realizar la entrega inmediata de los medicamentos "Ácido Ursodesoxicólico 300 mg (tableta) cantidad 30" y soporte nutricional denominado "Estrés Metabólico altas en péptidos y antioxidantes y modificadas en hidratos de carbono y lípidos Monogen Polvo 400 gramos Lata, cantidad 27 latas para tres meses" con el fin de materializar un control efectivo del tratamiento médico, requerido por el menor afectado, quien es un sujeto de especial protección constitucional.

Ahora bien, se tiene que uno de los medicamentos ya había sido ordenado con anterioridad al paciente, esto es, el denominado Monogen Polvo 400 gramos, no obstante, al revisar el fallo judicial proferido el 1 de abril de 2020 por el Juzgado Trece Homologo , se evidencia que tanto en la parte considerativa como en la resolutive de la providencia, se limitó el amparo de derechos fundamentales, a la orden adiada 29 de enero de 2020, por lo que se puede dar lugar a que en un trámite incidental se deseche la teoría de un incumplimiento, al señalarse que se trata de hechos novedosos por cuanto a la orden médica de esa fecha ya se le dio cumplimiento efectivo, tal como se acreditó con la decisión de consulta del Juzgado Quinto Penal del Circuito, por lo que este Despacho amparará el derecho a la salud vida y dignidad humana del menor EDWING David Carvajal Hernández, ordenando la entrega de ambos servicios, pues someterlo a un trámite de incidente de desacato que con alta probabilidad no tenga resultados favorables, sería poner en grave riesgo su salud y vida.

De igual forma, este Estrado estima que en este caso, la intervención del Juez Constitucional se hace necesaria para velar por los derechos fundamentales del menor de edad, toda vez que aquel por encontrarse en esta población, cuenta con especial protección constitucional, quien en este caso no solo es por su edad dicha protección, sino además por pertenecer a la población en condición de discapacidad, quien presenta una grave patología de salud que de no ser tratada oportunamente, puede conllevar a su deceso. Al respecto la Honorable



Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías

Corte Constitucional, ha indicado que dichos pacientes requieren de una atención especial, tal como se expresó en la sentencia T-197 de 2003 al señalar:

"es frecuente que el discapacitado requiera atención médica especializada a fin de mantener o mejorar las habilidades físicas o mentales disminuidas y, en la mayoría de casos, buscar la conservación de la vida en condiciones dignas. De esto se desprende que, en situaciones concretas, el suministro de una adecuada y pronta atención en salud del discapacitado supedita la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y la integridad física, por lo que el amparo constitucional a través de la acción de tutela resulta procedente, más aún si se tienen en cuenta los imperativos que desde la misma Carta Política se extraen sobre la protección reforzada a la que son acreedores los limitados físicos y mentales."
(Subraya fuera de texto)

Bajo este colofón, resulta indispensable realizar un pronunciamiento oficioso en torno al tratamiento integral, entendido como los insumos, procedimientos y tratamientos que se encuentren incluidos en el Plan de Beneficios de Salud que sean ordenados para tratar la patología del aquí menor de edad, deben ser garantizados para la continuidad del mejoramiento en la salud y no poner en riesgo su bienestar, como quiera que es evidente que el restablecimiento de su bienestar se puede prolongar en el tiempo, lo que sin dubitación alguna desencadena en la necesidad de un amparo integral, pues no se puede aguardar los múltiples trámites administrativos que quiera imponer la E.P.S., obstaculizando su tratamiento y retrotrayendo las posibles mejorías que pudiese obtener con el mismo, éste se ha de reconocer pues dado que padece una patología de carácter catastrófico, que posiblemente necesitará de un trasplante, además, se advierte que el suplemento nutricional que ha sido negado en ambas oportunidades que ha sido prescrito, requiere de una administración sucesiva, pues debido a la grave condición de salud del menor, es el único alimento nutricional que puede recibir, por lo que desde la óptica constitucional el afectado es claramente un sujeto de especial protección dada su edad y estado de salud, que requiere una protección amplia de sus derechos fundamentales.

Es así que se ordenará a NUEVA E.P.S. a otorgarle el tratamiento integral al menor de edad con ocasión a su diagnóstico denominado «*CIRROSIS BILIAR NO ESPECIFICADA, ATRESIA DE LOS CONDUCTOS BILIARES y ENFERMEDAD TÓXICA DEL HÍGADO*», y en consecuente autorizar, realizar y entregar todos los procedimientos, cirugías, tratamientos, medicamentos, exámenes, materiales e insumos que se generen a raíz de la patología presentada por EDWING DAVID CARVAJAL HERNÁNDEZ.

Finalmente, respecto al recobro ante la ADRES, es pertinente indicar que el recobro es un derecho legal que les asiste a todas las Entidades Promotoras de Salud conforme lo dispone el Decreto 806 de 1998, por lo que es innecesaria una orden de tutela en tal sentido, es decir se genera por el ministerio de la ley, siendo la acción de tutela inocua para atender aspectos puramente administrativos, en tanto la misma está diseñada para proteger los derechos fundamentales, no para atender pagos o prestaciones económicas que de suyo no deben ser reclamadas por ésta vía *ius fundamental*.

Con fundamento en las razones fácticas y probatorias, el **JUZGADO DIECISEIS (16) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE BUCARAMANGA (S)**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



RESUELVE

PRIMERO. - TUTELAR los derechos fundamentales a la SALUD, VIDA y DIGNIDAD HUMANA de EDWING DAVID CARVAJAL HERNÁNDEZ, identificado con registro civil de nacimiento número 1.098.081.066, conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- ORDENAR al representante legal -o a quien haga sus veces- de NUEVA E.P.S., que en el término de DOS (2) DÍAS contados a partir de la notificación del presente fallo, proceda a autorizar y realizar la entrega de "Ácido Ursodesoxicólico 300 mg (tableta) cantidad 30" y soporte nutricional denominado "Estrés Metabólico altas en péptidos y antioxidantes y modificadas en hidratos de carbono y lípidos Monogen Polvo 400 gramos Lata, cantidad 27 latas para tres meses", a favor del menor EDWING DAVID CARVAJAL HERNÁNDEZ, identificado con registro civil de nacimiento número 1.098.081.066, conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

TERCERO.- ORDENAR a NUEVA EPS que, en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación del fallo y en adelante, garantice el TRATAMIENTO INTEGRAL en favor de EDWING DAVID CARVAJAL HERNÁNDEZ, identificado con registro civil de nacimiento número 1.098.081.066, con ocasión al diagnóstico denominado «*CIRROSIS BILIAR NO ESPECIFICADA, ATRESIA DE LOS CONDUCTOS BILIARES y ENFERMEDAD TÓXICA DEL HÍGADO*», en consecuencia autorice, realice y entregue todos los procedimientos, cirugías, tratamientos, medicamentos, exámenes, materiales e insumos que se generen a raíz de dichas patologías. Conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

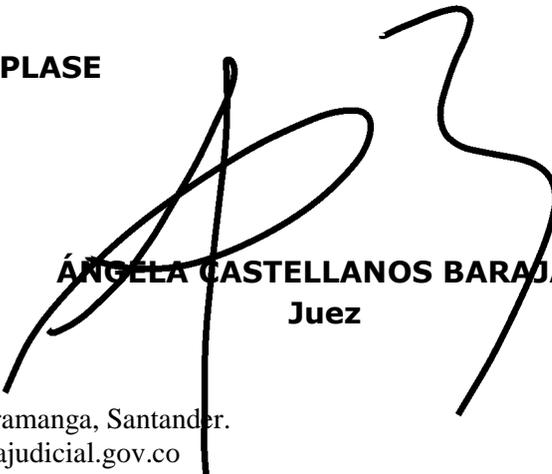
CUARTO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la solicitud de recobro ante el ADRES, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- DESVINCULAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD y a la FARMACIA ETICOS, al no encontrar grado de responsabilidad alguna dentro del trámite de la presente acción constitucional.

SEXTO.- COMUNICAR a las partes que contra este fallo procede la impugnación dentro del término de tres (03) días contados a partir de la notificación de la sentencia. De no impugnarse, envíese al día siguiente de su firmeza, ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

SÉPTIMO.- NOTIFICAR por el medio más idóneo, a las partes el contenido del fallo librando para ello las comunicaciones de ley. Una vez regrese el expediente de la Honorable Corte Constitucional, se ordena el archivo definitivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÁNGELA CASTELLANOS BARAJAS
Juez