

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO

Buenaventura Valle, enero veintitrés (23) de dos mil veinticuatro (2024)

SENTENCIA No. 002

ACCION DE TUTELA:	76-109-31-03-003-2024-00002 00
ACCIONANTE:	Flor Edith Vivas Ortiz en representación de su menor hijo Holman Josué Baltan Vivas
ACCIONADO:	Nueva EPS

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el despacho a emitir la **SENTENCIA** que en derecho corresponda dentro de la "**ACCIÓN DE TUTELA**" promovida por la señora **FLOR EDITH VIVAS ORTIZ** en representación de su menor hijo **HOLMAN JOSUÉ BALTÁN VIVAS** contra **LA NUEVA E.P.S.**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida, vida digna e igualdad.

ANTECEDENTES

Manifiesta la accionante que su menor hijo fue un bebé prematuro que nació con una patología denominada encefalopatía con deficiencia en su sistema neuromusculoesquelético que lo limita en actividades de desarrollo psicomotor.

Señala que la medica tratante ordenó un suplemento nutricional para ayudar con el desarrollo de su menor hijo y le prescribió **FORTINI POLVO 400G/LATA**.

Dice que el 23 de noviembre de 2023 fue programada la cita para control del mes y el suministro de medicamentos, pero que la Nueva EPS le informó que no podía seguir entregándolo porque el MIPRES presentaba una inconsistencia.

Agrega que no cuenta con los medios económicos para asumir la compra de dicho suplemento nutricional y suspenderlo atenta contra el desarrollo del menor, por lo que solicita se le ampare los derechos de su menor hijo.

TRÁMITE

El conocimiento de la acción de tutela le correspondió a este Despacho por reparto efectuado por la Oficina de Apoyo Judicial de Buenaventura el día 18 de enero de 2024, siendo admitido a través del auto No. 018 del mismo día. En

dicha providencia se avocó el conocimiento de la presente actuación y se ordenó correrle traslado de la tutela y anexos a la entidad accionada y vinculadas para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES, a través de su apoderado judicial, manifiesta que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio a sus afiliados, para lo cual puede conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso puede dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que ponga en riesgo su vida o su salud máxime cuando el sistema de salud contempla varios mecanismos de financiación de sus servicios, los cuales están plenamente garantizados a la EPS.

Explica que a partir de la promulgación del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, reglamentado a través de la Resolución 205 de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos para para que las EPS o EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por una autoridad competente del país que no se encuentren financiados por la UPC.

Por lo anterior, la nueva normativa fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente era objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las entidades promotoras de los servicios EPS.

Solicita su desvinculación porque no ha desplegado ninguna conducta que vulnere los derechos fundamentales del accionante.

En cuanto a **LA NUEVA EPS**, y las entidades vinculadas **SECRETARÍA DE SALUD DISTRITAL DE BUENAVENTURA, SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA y MINISTERIO DE SALUD** dentro del término para contestar, optaron por guardar silencio.

CONSIDERACIONES

La Acción de Tutela es una figura consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentada en el Decreto 2591 de 1991. Está concebida como un mecanismo de defensa y protección inmediata de los Derechos Fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad o de los particulares en los casos previstos en el Artículo 42 ibidem.

Estos requisitos se cumplen a cabalidad, puesto que la señora Flor Edith Vivas Ortiz en representación de su menor hijo HOLMAN JOSUÉ BALTÁN VIVAS invoca la protección de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida, la vida digna e igualdad y en cuanto a la entidad accionada **NUEVA EPS**, es la llamada a responder por los cargos allí endilgados, existiendo legitimación en las partes; y en lo que atañe a los

derechos invocados, hacen parte de aquellos considerados como fundamentales por nuestra Constitución Política.

El análisis por realizar se enfoca en determinar si la NUEVA EPS ha vulnerado los derechos fundamentales enunciados al no autorizar la entrega del suplemento nutricional que requiere el menor de edad para su desarrollo conforme a la prescripción del facultativo tratante.

Para ello, se estudiará el principio de integralidad del Sistema de Seguridad Social en Salud, la protección al derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida para el suministro de tratamientos o medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado y la competencia de las Secretarías Departamentales y Municipales de Salud dentro del régimen subsidiado, como la importancia de la prescripción médica para ordenar por el Juez de tutela la entrega de medicamentos e insumos a los pacientes que padecen patologías ya definidas.

Tratándose de atenciones y servicios contemplados en el Acuerdo 360 de 2005, las prestaciones requeridas corresponden, tanto en su financiación como en su prestación efectiva, a la E.S.S. a la cual se encuentra afiliada la accionante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215 de la Ley 100 de 1993¹ y en virtud de que los recursos del subsidio han sido asignados a dichas entidades previamente por las entidades territoriales², correspondiendo por lo tanto a las E.S.S. la afiliación de los beneficiarios del subsidio y prestación, directa o indirecta, de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (Acuerdo 306 de 2005).

En cuanto a las exclusiones del POS-S, su financiamiento corresponde a la entidad territorial quien ha recibido del Sistema General de Participaciones lo correspondiente para atender a la población pobre en lo no cubierto con los subsidios de la demanda conforme a lo dispuesto en el numeral 43.2 del artículo 43 de la Ley 715 de 2001³. De igual manera, corresponde a la entidad territorial, en nuestro caso a la **SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL VALLE DEL CAUCA**, las prestaciones en salud de segundo y tercer nivel de complejidad no cubiertas por el POS-S conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998⁴, el artículo

¹ Ley 100 de 1993. Artículo 215. Administración del Régimen Subsidiado. Las direcciones locales, Distritales o Departamentales de salud suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. Las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el Plan de Salud Obligatorio. PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional establecerá los requisitos que deberán cumplir las Entidades Promotoras de Salud para administrar los subsidios.

² Decreto 806 de 1998 Art. 14. El Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado será financiado con los recursos que ingresan a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, destinados a subsidios a la demanda, situado fiscal, participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación y demás rentas ordinarias y de destinación específica, de conformidad con lo establecido en la ley.

³Ley 715 de 2001. Art. 43. Competencias de los departamentos en salud. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

(...) 43.2. De prestación de servicios de salud

43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.

43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental.

⁴ Decreto 806 de 1998 . Art. 31. Cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.

6 de la Ley 10 de 1990⁵ y el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007⁶. De allí que, en principio, corresponde a la entidad territorial los servicios no incluidos en el POS-S⁷.

“Además, la ley 1122 de 2007 no derogó de manera alguna las competencias de la entidad territorial en la financiación de los servicios de salud, máxime cuando la Ley 715 de 2001, señala que las competencias de la entidad territorial corresponde a una ley orgánica que goza de primacía constitucional, es así como el literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 contempla una sanción a las EPS. respecto a la facultad de recobro que eventualmente les llegara a asistir frente al FOSYGA si se trata del régimen contributivo o frente a la entidad territorial pertinente tratándose del régimen subsidiado y conforme a la inteligencia y alcance que la sentencia C-463 de 2008 dio a dicha disposición⁸, lo cual no implica de manera alguna que las entidades territoriales se encuentren sustraídas de la obligación de financiación y gestión para la prestación de los servicios no contemplados en el POS-S, lo cual, *contrariu sensu*, corresponde a la regla general”⁹.

Lo anterior sin olvidar que el motivo de la presente acción es que la accionante busca protección constitucional para su menor hijo y por lo general, desconoce las normas que regulan el régimen subsidiado y el funcionamiento del sistema, por lo que no debe sujetarla a diferentes tramites y negativas de asumir competencia, que de manera alternativa y muchas veces irreflexiva, realizan tanto las E.S.S. como los entes territoriales, frente a las prestaciones médicas requeridas; máxime cuando la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha reconocido su carácter fundamental *per se*.¹⁰

Así el Derecho a la salud tiene una protección reforzada que debe ser reconocida, por quienes están en la obligación, legal o contractual, de garantizar a través de los distintos planes de salud las prestaciones que deriven de las contingencias y sin que puedan socavar, esgrimiendo múltiples pretextos, el contenido del derecho señalado.

⁵ Ley 10 de 1990. Artículo 6o.. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1o., de la presente Ley, y sin perjuicio de la aplicación de los principios de subsidiariedad y complementariedad, de que trata el artículo 3o. de esta Ley, y de las funciones que cumplen las entidades descentralizadas del orden nacional, cuyo objeto sea la prestación de servicios de previsión y seguridad social, y las que presten servicios de salud, adscritas al Ministerio de Defensa, asignanse las siguientes responsabilidades en materia de prestación de servicios de salud:

b) A los Departamentos (...), directamente, o a través de entidades descentralizadas directas, o indirectas, creadas para el efecto, o mediante sistemas asociativos la dirección y prestación de los servicios de salud del segundo y tercer nivel de atención que comprende los hospitales regionales, universitarios y especializados. La Nación continuará prestando servicios de atención médica, en el caso del Instituto Nacional de Cancerología.

⁶ Las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas.

⁷ Extracto Jurisprudencial emanado de las múltiples decisiones del H. Tribunal Superior de Guedalajara de Buga, M.P. BARBARA LILIANA TALERO ORTIZ. Exp. 1909 de 2009.

⁸ Respecto de este condicionamiento impuesto por esta Corte, la Sala se permite aclarar: (i) en primer lugar, que el contenido normativo que se analiza y se condiciona como quedó expuesto, contiene el supuesto normativo de que existe una orden judicial proferida por un juez de tutela que ordena la entrega de medicamentos, procedimientos quirúrgicos, intervenciones, o cualquier otro servicio médico, todos ellos excluidos del Plan Obligatorio de Salud –POS-, y que como consecuencia de dicha orden judicial, cualquier controversia quedará saldada; (ii) en segundo lugar, que a lo que tienen derecho las EPS, de conformidad con las disposiciones legales en salud, es a recuperar lo que está excluido del POS, por cuanto respecto de las prestaciones en salud que se encuentran incluidas en el POS, las EPS no pueden repetir contra el Fosyga.

Con la incorporación de la interpretación realizada por la Corte para la exequibilidad condicionada de la disposición que se analiza, ésta deviene en constitucional, de manera tal que los usuarios tanto del régimen contributivo como del subsidiado podrán presentar solicitudes de atención en salud ante las EPS en relación con la prestación de servicios médicos -medicamentos, intervenciones, cirugías, tratamientos, o cualquiera otro-, ordenados por el médico tratante y no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. En el caso de que las EPS no estudien oportunamente los requerimientos del médico tratante para los usuarios del Régimen Contributivo respecto de servicios excluidos del POS y sean obligados a su prestación mediante acción de tutela, la sanción que impone la disposición demandada a las EPS es que los costos de dicha prestación serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. En el caso del Régimen Subsidiado ésta disposición deberá entenderse en el sentido de que los costos de la prestación ordenada via de tutela serán cubiertos por partes iguales entre las **EPS y las entidades territoriales**, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 del 2001.

⁹ Ut supra.

¹⁰ Sentencia T – 657 de 2008

Aunado a lo anterior, el artículo 131 del Decreto Ley 019 de 2012, reglamenta el deber de las Entidades Promotoras de Salud de hacer la entrega de medicamentos oportunamente, señalando:

“Las Entidades Promotoras de Salud tendrán la obligación de establecer un procedimiento de suministro de medicamentos cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados, a través del cual se asegure la entrega completa e inmediata de los mismos.

En el evento excepcional en que esta entrega no pueda hacerse completa en el momento que se reclamen los medicamentos, las EPS deberán disponer del mecanismo para que en un lapso no mayor a 48 horas se coordine y garantice su entrega en el lugar de residencia o trabajo si el afiliado así lo autoriza.” (Subrayas fuera del texto)”.

La anterior regulación ha sido complementada por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional¹¹, donde además precisa que la Ley 1751 de 2015 reitera “la prevalencia del derecho fundamental a la salud de los menores de edad y se dispone su atención integral, ordenando al Estado implementar las medidas necesarias para ello, las cuales deben adoptarse de acuerdo con los diferentes ciclos vitales. Además, por medio de esta ley también se determinó que la atención en salud de los niños, niñas y adolescentes no puede estar limitada bajo ninguna restricción administrativa o económica”.

Descendiendo al caso puesto a consideración, se establece el vínculo que subsiste entre las partes, por lo que la entidad accionada se encontraba en el deber de garantizar la prestación oportuna del servicio a la accionante a través de su red de prestadores y garantizar la atención de sus afiliados, sin retraso alguno, pues pondría en riesgo los derechos fundamentales invocados.

Se establece además que la entidad accionada y las vinculadas (Secretaría De Salud Distrital De Buenaventura, secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca y Ministerio de Salud) se notificaron a los correos institucionales, y que, a pesar de ello, no arrimaron al plenario pronunciamiento alguno frente a los hechos endilgados en la presente acción constitucional.

En efecto su silencio da por sentado como cierto los hechos que dieron origen a la presente acción, en razón a la falta de respuesta a los cargos aquí endilgados en su contra, por lo que se hace necesario dar aplicación a lo contemplado en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 , constituyendo una presunción de veracidad sustentada en la necesidad de resolver con prontitud las acciones Constitucionales de Tutela, dado que están de por medio derechos fundamentales, así como la obligatoriedad de las providencias judiciales en el transcurso de una acción inminentemente perentoria y expedita, que al desatenderse, corre la suerte de tener por cierto los hechos indagados en la acción, en razón a su desatención.

En efecto, ante dicha conducta se puede establecer que ha existido demora en

¹¹ Sentencia T-513 de 2020

la entrega del mencionado suplemento por parte de la Entidad Promotora de Salud, lo que ocasiona una conculcación en sus derechos fundamentales del menor.

En ese sentido, aplicando los anteriores criterios al caso presente, concluye el Despacho que en este evento se configuran los presupuestos para ordenar a la NUEVA EPS que suministre al menor el suplemento nutricional **FORTINI POLVO 400G/LATA**, que requiere para su desarrollo, pues así lo exige su médico tratante debido a la enfermedad **ENCEFALOPATÍA CON DEFICIENCIA EN SU SISTEMA NEUROMUSCULOESQUELETICO** que demanda una especial atención médica y nutricional, y no poner en riesgo su integridad física, más cuando su representante legal (madre del menor) alegó carecer de los medios económicos para asumir dicho rubro, afirmación que de ninguna manera fue desvirtuada por la promotora de salud.

Además, teniendo en cuenta la manifestación de la tutelante y en armonía con la interpretación reiterada de la Corte Constitucional respecto del especialísimo cuidado que se le debe brindar a los menores de edad máxime que se encuentren en una notoria situación de debilidad manifiesta en razón de su patología **ENCEFALOPATÍA CON DEFICIENCIA EN SU SISTEMA NEUROMUSCULOESQUELETICO** y a fin de evitar alguna interrupción del tratamiento del niño **HOLMAN JOSUÉ BALTÁN VIVAS**, se ordena la **ATENCIÓN DE MANERA INTEGRAL** a fin de que la NUEVA EPS le autorice la entrega oportuna de todos los servicios e insumos que provengan de orden médica de los profesionales adscritos, en todo lo que se desprenda de su enunciada patología, infiriéndose que los derechos fundamentales invocados se ven altamente afectados de no proporcionar el cuidado integral.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA VALLE**, Administrando Justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E:

PRIMERO. – TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del menor **HOLMAN JOSUÉ BALTÁN VIVAS** invocados por su señora madre **FLOR EDITH VIVAS** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. – ORDENAR a la **NUEVA EPS** que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas desde la fecha de notificación de la presente sentencia, entregue el suplemento nutricional denominado **FORTINI POLVO 400G/LATA**, conforme a lo ordenado por el médico tratante, sin dilaciones de ninguna índole.

TERCERO: ORDENAR a la **NUEVA EPS** brindar la atención integral que requiera el menor **HOLMAN JOSUÉ BALTÁN VIVAS**, para hacerle frente a la patología que padece **ENCEFALOPATÍA CON DEFICIENCIA EN SU SISTEMA**

NEUROMUSCULOESQUELETICO, conforme a las prescripciones de los facultativos tratantes.

CUARTO: NOTIFIQUESE a las partes este pronunciamiento en la forma más rápida y expedita de conformidad con el Art. 30 del decreto 2591/91, como también por estado.

QUINTO: - ORDENAR el envío de la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta providencia no fuere impugnada (Decreto 2591/91, ART. 31).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Con firma electrónica)

ERICK WILMAR HERREÑO PINZÓN

Juez

Firmado Por:

Erick Wilmar Herreño Pinzon

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Civil 003

Buenaventura - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **de222ef6ebe0d397be8640d699d1e90d3d78f1fd2ad5653a6969bd1d9dc4cdcd**

Documento generado en 23/01/2024 11:52:43 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>