



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA
POPAYÁN – CAUCA**

SENTENCIA DE TUTELA Nro. 061

Septiembre treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

Proceso: Acción de tutela
Radicado: 19001-31-10-002-2021-00286-00
Accionante: Maira Alejandra Avila Rep. legal de David Tróchez
Accionada: Nueva E.P.S. Subsidiado

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede este Despacho a emitir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela instaurada por la señora MAIRA ALEJANDRA AVILA MARULANDA representante legal del menor DAVID SANTIAGO TROCHEZ AVILA, identificado con TI No. 1.061.751.310, en contra de la NUEVA EPS RÉGIMEN SUBSIDIADO por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida, la salud, integridad personal y dignidad humana del menor en cita, consagrados en los artículos 11, 49 y 1° de la Carta Política de Colombia.

HECHOS:

Refiere la tutelante que el menor DAVID SANTIAGO se encuentra afiliado a la NUEVA EPS en el régimen subsidiado, que desde los cinco (5) años de edad padece del denominado “SINDROME DE HIPER IGD” y a la fecha se le ha diagnosticado con “síndrome de fiebre recurrente no especificado” diagnóstico por el cual el reumatólogo pediátrico le ha recetado “*canakinumab vial 150 MG cada 4 semanas*”. Que con la prescripción referida, la madre del menor se acerca a la EPS en donde le manifiestan que el medicamento ha cambiado de presentación por lo cual el médico deberá realizar un nuevo MIPRES (*herramienta tecnológica que permite a los profesionales de salud reportar la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios.*).

Que dicho trámite fue realizado por el médico tratante, adicionando a la prescripción “solución inyectable”, la cual fue presentada nuevamente ante la EPS donde le informan a la usuaria, que el MIPRES no está registrado ante el Ministerio por lo que deberá generar nuevamente el documento. Cambiado nuevamente y presentado ante la entidad, le refieren que el MIPRES se encuentra vencido, por lo que debe acudir nuevamente al médico tratante para genere un cuarto MIPRES, que a pesar de contar con todo lo que se indicó por parte de la entidad, no se ha dispensado el medicamento prescrito, el cual le viene siendo suministrado al menor desde hace un (1) año y su suspensión agrava su condición.

PETICIÓN

Con fundamento en los anteriores supuestos fácticos, solicita:

ORDENAR a NUEVA EPS, brinde tratamiento integral al menor para el diagnóstico de *“fiebre recurrente no especificada”*., incluidas las citas médicas con especialistas, exámenes y medicamentos en la cantidad y concentración ordenados por los médicos tratantes.

MEDIDA PROVISIONAL

Solicitó la actora, se ordenara a la entidad suministrar a favor del menor, el medicamento CANAKINUMAB VIAL X 150 MG, cada 4 semanas por espacio de 6 semanas.

El juzgado acorde a las circunstancias referidas en el escrito promotor y documentos allegados, accede al decreto de la medida provisional solicitada, en atención a que la carencia del mismo podría eventualmente agravar la condición del menor DAVID SANTIAGO, por lo que se ordenó a la tutelada, que en el breve término que se indicó (1 día), entregara el medicamento CANAKINUMAB DE 150 MG en la cantidad y presentación ordenada por el especialista en el registro MIPRES, teniendo en cuenta que la madre del menor había agotado todos los trámites administrativos que había exigido la encartada, no obstante a la fecha de proferir el presente fallo no se había dado cumplimiento a la orden.

PRUEBAS APORTADAS POR LA ACCIONANTE

- Copia de la Historia Clínica de DAVID SANTIAGO de fecha 11/08/2021
- Copia del documento de identidad de la accionante y de su representado
- Prescripción médica (MIPRES), expedida por el médico tratante especialista, en las cuatro (4) oportunidades.

TRÁMITE PROCESAL

La acción de tutela fue admitida mediante auto Nro. 1651 del 17 de septiembre de este año (2021), ordenándose la notificación del auto admisorio de la misma a NUEVA EPS régimen subsidiado.

La entidad accionada fue oportunamente notificada del adelantamiento de la presente acción, mediante oficio Nro. 1100, traslado que fue oportunamente descrito.

DERECHO DE CONTRADICCIÓN

NUEVA EPS-SUBSIDIADA

Descorre el traslado a través de la abogada LAURA VANESA GIRALDO OSORIO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.053.830.790 de Manizales, quien actúa como apoderada especial de NUEVA EPS S.A.

Señala que se ha dado traslado al área de salud, para que remitan concepto respecto de la situación actual generada para la entrega y dispensación de los medicamentos objeto de la acción de tutela. Manifiesta que la NUEVA EPS, se encarga de afiliar a los usuarios a los servicios de salud, por lo tanto, son los encargados de la parte administrativa y comercial del proceso, además se encarga de la articulación de las IPS para hacer efectivo el acceso a los servicios de

salud, por lo tanto, se están realizando las respectivas gestiones con la farmacia para la dispensación del medicamento, pues de acuerdo con el decreto 780 del 2016, capítulo 10, las obligaciones y objetivos de las droguerías y servicio farmacéutico es suministrar los medicamentos y dispositivos médicos e informar a los pacientes sobre su uso adecuado.

De igual manera señala, que el procedimiento (sic) requerido no hace parte de los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) (resolución 2481 del 2020) por lo tanto, afirma que una vez se realice el procedimiento MIPRES a cargo del profesional de la salud, se genera la autorización de acuerdo con la pertinencia del medicamento, procedimiento definido en la resolución 2438 del 12 de junio de 2018.

En relación con la solicitud de brindar un tratamiento integral, futuro e incierto al afiliado, dice que el mismo está limitado a la prestación de tecnologías en salud, entendiendo por ello, actividades, intervenciones, insumos, medicamentos, dispositivos, servicios y procedimientos usados en la prestación de servicios de salud, así como los sistemas organizativos y de soporte con los que se presta esta atención.

De otra parte, afirma que en atención al artículo 154 de la Ley del Plan No. 1450 de 2011 los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud –SGSSS- no pueden financiar prestaciones: suntuarias, exclusivamente cosméticas, las experimentales sin evidencia científica, aquellas que se ofrezcan fuera del territorio de la salud y las que no sean propias del ámbito de la salud, y que acorde a las normas citadas la orden de tutelar un servicio indeterminado, futuro e integral en ningún caso significa que deben cubrirse por cuenta de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud servicios que la ley prohíbe se asuman con recursos de la salud y si el Despacho así lo determina, deberá ordenarse en forma expresa en el fallo de tutela.

Hace argumentaciones respecto de la procedencia de la orden judicial para el servicio integral en salud, acorde a los lineamientos jurisprudenciales y a las normas respectivas, recalando que solamente pueden suministrarse servicios que provengan de una orden del médico tratante, realizando disertaciones sobre la reglada y concreta destinación de los recursos del sistema general en salud.

De igual manera se refiere a las funciones y responsabilidades dentro de la entidad, derivadas de la estructura administrativa, y que para el caso, en el departamento de Cauca, el encargado de cumplir es la Gerente Zonal Cauca y en calidad de superior jerárquico la Gerente Regional Sur Occidente.

Finalmente, como petición principal, solicita:

1. No conceder la acción de tutela en contra de la entidad a la cual representa.
2. Se niegue la solicitud de tratamiento integral, toda vez que se está frente a un hecho futuro e incierto, y para el caso la entidad no está vulnerando ningún derecho fundamental de la representada.
3. Que NOTIFIQUE el fallo de manera TOTAL (es decir completo y no solo su parte resolutoria a Nueva E.P.S a fin de ejercer a plenitud el derecho de defensa

Como petición subsidiaria solicita:

1. En caso que el despacho ordene tutelar los derechos invocados, solicita al despacho que en virtud de la Resolución 205 de 2020, por medio de la cual se establecieron unas disposiciones en relación

al presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPS, se ordene al ADRES y/o ENTE TERRITORIAL reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios

2. En el evento de que la decisión sea favorable al accionante, se indique concretamente los servicios y tecnologías de salud que no están financiados con recursos de la UPC que deberá ser autorizado y cubierto por la entidad, y que este sea especificado literalmente dentro del fallo.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Este Despacho Judicial es competente para conocer y fallar la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 en concordancia con lo prescrito en el artículo 1° del Decreto 333 del 6 de abril de 2021.

PROBLEMA JURÍDICO

Dados los presupuestos fácticos atrás anotados, corresponde al Despacho determinar si la accionada NUEVA EPS-SUBSIADIADO, está vulnerando los derechos fundamentales a la vida, la salud, integridad personal y dignidad humana del menor de edad DAVID SANTIAGO TROCHEZ AVILA, consagrados en los artículos 11, 49 y 1° de la Carta Política de Colombia, invocados por su representante legal, ante la omisión de la encartada de suministrar el medicamento ordenado por el médico tratante denominado CANAKINUMAB X150 MG cada 4 semanas por espacio de seis (6) meses, dado que el mismo es indispensable para el tratamiento de la enfermedad de *fiebre recurrente no especificado*, que se le ha diagnosticado.

JURISPRUDENCIA Y NORMATIVA APLICABLE AL CASO

Para la solución del anterior problema jurídico, el Juzgado abordará la normativa y jurisprudencia aplicable al caso en cuestión, para con base en el material jurídico y las pruebas obrantes en la actuación, definir la procedencia o no del amparo solicitado.

La dignidad humana de los niños, niñas y adolescentes como componente esencial del derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia- Sentencia T 010 de 2019

Como ya se dijo, el orden constitucional y legal vigente ha sido claro en reconocer que la salud reviste la naturaleza de derecho fundamental autónomo e irrenunciable, susceptible de ser protegido por vía de acción de tutela. Este derecho, ha establecido la jurisprudencia, debe ser interpretado de forma amplia, de manera que su ejercicio solo no se predica cuando peligra la vida como mera existencia, sino que por el contrario, ha considerado la propia jurisprudencia que “(...) *salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad*”¹⁴⁶. Resaltando que la misma es “*es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas*”.

Al respecto, en sentencia T - 562 de 2014 la Corte precisó que “(...) *algunas enfermedades o padecimientos no solamente se originan en una disfunción física o funcional, sino que también se generan por presiones del medio social, que producen baja autoestima, aislamiento, inconformidad con la propia imagen, depresión, etc. Dichas presiones deben evitarse, para garantizar la faceta preventiva del derecho a la salud*

e impedir que se llegue a situaciones probablemente irreversibles, que impliquen altos costos económicos, sociales y emocionales”.

Lo anterior, adquiere particular relevancia tratándose de niños, niñas y adolescentes, teniendo éstos un carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política, en el cual se establecen como derechos fundamentales de estos sujetos *“la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social”*, precisando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de *“asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”*. Precisa la misma disposición constitucional que *“los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”*

5.3 En el ámbito internacional los derechos fundamentales de los niños gozan igualmente de un amplio reconocimiento y de una especial protección. Por un lado, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 establece que *“[e]l niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”*. Todo esto reflejado en los mismos términos en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales los cuales prevén en su articulado disposiciones orientadas a salvaguardas de manera prioritaria los derechos de los menores.

Por su parte, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (1989) en su artículo 3.1 se refiere al principio de interés superior de los niños, al exigir que en *“todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Así las cosas, la protección que la Constitución Política y las normas internacionales le confieren a los niños es una manifestación de la necesidad social de garantizar las mejores condiciones para el desarrollo integral de estos sujetos, fomentando ambientes propicios para que pueden ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias, de maltratos, de abandonos y de abusos, ajenos a las presiones y a las agresiones y las burlas, capaces de tener una buena imagen de sí mismos que les permita trabar relaciones sanas con sus familiares y amigos. Así lo señaló la Corte en sentencia T - 307 de 2006^[51] donde la Sala Séptima de Revisión conoció de una acción de tutela promovida por la madre de un menor de 7 años de edad que nació con un defecto en sus orejas - *apéndices preauriculares*^[52]- razón por la cual el niño era constantemente objeto de burlas, afectando ello, su normal desarrollo espiritual, emocional y social.

En dicha oportunidad, la Corte tuteló el derecho fundamental del menor a la salud integral y a la dignidad humana recordando que la Constitución compromete de manera solidaria a la familia, a la sociedad y al Estado para que, de consuno, colaboren con la debida realización de los derechos fundamentales de los niños. Así, en lo que se refiere concretamente al desarrollo integral de los niños y niñas consideró esta Corporación que su materialización se proyecta *“(...) en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural)”* haciendo especial hincapié en que *“(...) el desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos”*^[53].

Bajo la misma línea se pronunció la Corte en sentencia T - 562 de 2014 donde, en un caso análogo al anteriormente reseñado, en el que se veían igualmente comprometidos los derechos fundamentales de un menor de 14 años que padecía de “*orejas de pantalla de carácter bilateral*”, consideró que “*(...) la protección al derecho a la salud no implica únicamente el cuidado de un estado de bienestar físico o funcional, incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos permiten configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. Dicho en otras palabras, el derecho a la salud se verá vulnerado no sólo cuando se adopta una decisión que afecta física o funcionalmente a la persona, sino cuando se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud*”.

En este orden, resulta evidente la importancia que la jurisprudencia de esta Corporación le ha conferido al carácter protector que asumen los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Ha sido clara la Corte en señalar que “*(...) las obligaciones en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado confluyen para garantizar a los niños una vida digna y de calidad, ajena a los abusos, a los maltratos y a las arbitrariedades*”. Al respecto, resaltó este Tribunal en sentencia C-507 de 2004^[54] que “*el Estado debe apoyar a la familia y a la sociedad en el desempeño de sus tareas. En aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de los menores, le corresponde al Estado hacerlo. Tal como lo dispone la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, el Estado debe asegurar plenamente el derecho de los menores a un nivel de vida adecuado, incluidos el derecho a la vivienda, a la alimentación y al más alto nivel posible de salud*”.

En suma, ha considerado la propia jurisprudencia que el despliegue integral de la personalidad de un menor incluye el plano físico, psíquico, intelectual, emocional, espiritual y social. Sobre el particular, en la referida sentencia T - 307 de 2006 esta Corporación concluyó que “*(...) un niño capaz de tener una imagen positiva de sí mismo se relacionará de mejor manera con su pares, con su padres y con la sociedad que lo rodea. Sabrá enfrentar los obstáculos que le vida le ponga y podrá superarlos*”^[55].

Principio de integralidad en salud.

De acuerdo con el artículo 2º, literal d) de la Ley 100 de 1993 la integralidad, en el marco de la Seguridad Social, debe entenderse como “*la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley*”.

Dicho criterio fue posteriormente reiterado en la Ley 1122 de 2007^[56] y actualmente desarrollado en la Ley Estatutaria de Salud^[57], la cual en su artículo 8º dispuso que:

“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, cabe señalar que en sentencia C-313 de 2014 mediante la cual se llevó a cabo el control previo de constitucionalidad de la referida Ley Estatutaria de Salud, la Corte precisó que el principio de integralidad irradia el sistema de salud y determina su lógica de funcionamiento. De allí, que 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 por este Tribunal en los varios pronunciamientos en que se ha estimado su vigor*”

En ese contexto, sostuvo este Tribunal en reciente sentencia T-171 de 2018^[59] que el principio de integralidad que prevé la ley 1751 de 2015 opera en el sistema de salud 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. En ese sentido, destacó la Corte que el servicio “*se debe encaminar a la protección constitucional del derecho fundamental a la salud, es decir que, a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que el entorno [del paciente] sea tolerable y digno*”.

En suma, ha considerado la propia jurisprudencia que el principio de integralidad, a la luz de la Ley Estatutaria de Salud, envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de garantizar la autorización completa de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología, así como para sobrellevar su enfermedad^[60].

La procedencia de la acción de tutela para acceder al suministro de insumos, servicios y tecnologías expresamente excluidos del Plan de Beneficios en Salud

Como bien se anotó, la Ley 1751 de 2015 desarrolló, entre otros, el principio de integralidad que había sido inicialmente reconocido por la Ley 100 de 1993 para la prestación del servicio de salud en el territorio nacional. Sin embargo, la referida ley estableció en su artículo 15 criterios de exclusión, que restringen la financiación de algunos servicios y tecnologías con recursos públicos en los siguientes términos:

“El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) **Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;***
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;*
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;*
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la*

autoridad competente ;e) Que se encuentren en fase de experimentación; f) Que tengan que ser prestados en el exterior.(Subrayado fuera del texto original).

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente (...).

En desarrollo de lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social diseñó el nuevo Plan de Beneficios en Salud PBS y mediante las Resoluciones 5267 y 5269 del 22 de diciembre de 2017 definió los servicios y tecnologías expresamente incluidos y excluidos del mismo, respectivamente.

En lo que corresponde a las exclusiones contempladas en las precitadas resoluciones, es preciso señalar que las mismas, no son de ninguna manera absolutas, en efecto, la jurisprudencia de la Corte, mediante sentencia C - 313 de 2014 (en donde como se advirtió se realizó la revisión previa de constitucionalidad del proyecto de ley Estatutaria de Salud) se refirió categóricamente a la posibilidad de inaplicar las disposiciones normativas que regulan la materia. Sobre este punto, precisó que cuando se trate de aquellos elementos expresamente excluidos del plan de beneficios, deben verificarse los criterios que han orientado a esta Corporación para resolver su aplicabilidad o inaplicabilidad. En palabras de la Corte:

“(...) el juez constitucional, en su calidad de garante de la integridad de dichos derechos (Art. 2º C.P.), está en la obligación de inaplicar las normas del sistema y ordenar el suministro del procedimiento o fármaco correspondiente, siempre y cuando concurren las siguientes condiciones:

a. *Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.*

b. *Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.*

c. *Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.*

d. *Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.”.*

En este sentido, mediante el precitado fallo de constitucionalidad, este Tribunal matizó las exclusiones previstas dentro del nuevo Plan de Beneficios en Salud, en tanto le atribuyó al juez constitucional la facultad de aplicar o inaplicar, en razón de los criterios desarrollados por la jurisprudencia, las normas que proscriben el suministro de determinado servicio o tecnología.

Adicionalmente, sobre el Plan de Beneficios en Salud, cabe advertir que una de las resoluciones que se ocupó de reglamentar el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas explícitamente por el PBS (pero tampoco excluidas expresamente) reconoció algunos *servicios o tecnologías complementarias* que si bien no pertenecen propiamente al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo de este derecho, al promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad.

En consecuencia, el legislador estableció un procedimiento específico para su suministro. A saber:

“(…) Prescripciones de servicios o tecnologías complementarias. Cuando el profesional de la salud prescriba alguno de los servicios o tecnologías complementarias, deberá consultar en cada caso particular, la pertinencia de su utilización a la Junta de Profesionales de la Salud que se constituya de conformidad con lo establecido en el siguiente capítulo y atendiendo las reglas que se señalan a continuación: 1. La prescripción que realice el profesional de la salud de estos servicios o tecnologías, se hará únicamente a través del aplicativo de que trata este acto administrativo. 2. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud — IPS, una vez cuenten con el concepto de la Junta de Profesionales de la Salud, deberán registrar la decisión en dicho aplicativo, en el módulo dispuesto para tal fin. 3. Cuando la prescripción de servicios o tecnologías complementarios se realice por un profesional de una Institución Prestadora de Servicios de Salud — IPS que cuente con Juntas de Profesionales de la Salud, la solicitud de concepto se realizará al interior de la misma. 4. Cuando la prescripción de servicios o tecnologías complementarios se realice por un profesional de una Institución Prestadora de Servicios de Salud — IPS que no cuente con Juntas de Profesionales de la Salud, o por un profesional habilitado como prestador de servicios independiente, deberá dar aplicación a lo dispuesto en la presente resolución y la entidad encargada del afiliado solicitará el concepto de una Junta de Profesionales de la Salud de su red de prestadores.”

De este modo, aquellos servicios y tecnologías complementarias podrán ser suministrados a los afiliados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y/ o las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), a través de la plataforma virtual denominada “MIPRES” y estas a su vez, podrán realizar el recobro correspondiente de manera posterior a la prestación del servicio. Esto último, en atención a si se encuentra en el régimen contributivo, donde el recobro se realizará directamente ante la EPS o ante la Entidad territorial a la que haya lugar, en el caso del régimen subsidiado

En ese orden, ha sostenido la Corte que en el marco del amparo constitucional las exclusiones previstas en el Plan de Beneficios en Salud no son una barrera inquebrantable, pues le corresponde al juez de tutela verificar, a partir de las particularidades del caso concreto, cuándo se reúnen los requisitos establecidos por la propia jurisprudencia para aplicar o inaplicar una exclusión o cuándo, ante la existencia de un hecho notorio, surge la imperiosa necesidad de proteger el derecho a la salud y a la vida digna de quién está solicitando la prestación del servicio, insumo o procedimiento excluido.

El derecho a la salud. Derechos de los niños y personas que padecen enfermedades huérfanas como sujetos de especial protección constitucional- Sentencia T 413/2020

4. El artículo 49 Superior dispone que la atención en salud es un servicio público y un derecho económico, social y cultural que el Estado debe garantizar a las personas asegurando el acceso a su promoción, protección y recuperación. Adicionalmente, el artículo 44 constitucional establece que *“son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...)”*, y la prevalencia de estos frente a los derechos de los demás.

5. Lo anterior es concordante con lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es, que ningún infante debe ser privado de su derecho al disfrute de los servicios sanitarios y los Estados deben asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria necesaria a todos los niños, haciendo énfasis en la atención primaria de salud.

6. En sede jurisprudencial, la Corte ha establecido en diversas ocasiones el carácter de fundamental del derecho a la salud de los niños pues este contiene un núcleo esencial con aplicación inmediata independiente del estado de su desarrollo legislativo. En este sentido sostuvo la Corte en sentencia SU-225 de 1998 que:

“Del artículo 44 se deriva claramente que, la Constitución, respetuosa del principio democrático, no permite, sin embargo, que la satisfacción de las necesidades básicas de los niños quede, integralmente, sometida a las mayorías políticas eventuales. Por esta razón, la mencionada norma dispone que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares. (...) Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela.”

Como puede verse, desde sus inicios la Corte ha reconocido la fundamentalidad del derecho a la salud de los niños por mandato directo del artículo 44 de la Carta, de manera que es exigible través de la acción de tutela.

7. Ahora bien, esta protección especial otorgada a los niños se justifica en que *“la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables”*¹⁶¹¹. Esto es así, pues el constituyente buscó promover un Estado Social de Derecho donde se atendieran especialmente las necesidades de las personas más vulnerables, entre las que se encuentran los niños.

8. En concreto, el carácter de debilidad manifiesta implica un mandato directo del inciso 3° del artículo 13 constitucional como protección a las personas que requieren de la protección del Estado, la sociedad y la familia -en el caso de los niños-, para la satisfacción de sus derechos. Así, la Corte ha reconocido en diversas ocasiones que una persona en situación de debilidad manifiesta implica para el Estado la adopción de acciones afirmativas^[62] o la generación de prohibiciones específicas a las autoridades o particulares para intervenir en sus derechos^[63].

De cara a los niños, la debilidad manifiesta implica que estos son acreedores de una protección reforzada de parte de las autoridades públicas, la comunidad y su núcleo familiar no “*se explica exclusivamente por la fragilidad en la que se encuentra frente a un mundo que no conoce y que no está en capacidad de enfrentar por si solo*”^[64], sino que también al buscar el efectivo acceso de los niños a los derechos consagrados en la Constitución al garantizar las “*condiciones que les permitieran crecer en libertad e igualdad*”^[65].

9. Posteriormente, con la expedición de la Ley 1751 de 2015^[66] se reiteró en el literal f) del artículo 6°^[67] la prevalencia del derecho fundamental a la salud de los menores de edad y se dispuso su atención integral, ordenando al Estado implementar las medidas necesarias para ello, las cuales deben adoptarse de acuerdo a 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. En estudio de la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de salud, la Corte sostuvo en sentencia C-313 de 2014:

“El artículo 44 de la Carta, en su inciso último, consagra la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Este predominio se justifica, entre otras razones, por la imposibilidad para estos sujetos de participar en el debate democrático, dado que sus derechos políticos requieren para su habilitación de la mayoría de edad.

Esta consideración de los derechos del niño, igualmente encuentra asidero en el principio rector del interés superior del niño, el cual, ha sido reconocido en la Convención de los derechos del niño, cuyo artículo 3, en su párrafo 1, preceptúa que en todas las medidas concernientes a los niños, se debe atender el interés superior de estos (...)”

10. Así, el carácter de fundamental del derecho a la salud de los niños, que era reconocido así desde 1991, adquiere una protección adicional en la ley estatutaria de salud. Esto se ve reforzado por pronunciamientos posteriores en la materia por parte de la Corte, como la sentencia T-117 de 2019 donde indicó que:

“Cualquier afectación a la salud de los menores reviste una mayor gravedad, pues compromete su adecuado desarrollo físico e intelectual. En palabras de la Corte: ‘En una aplicación garantista de la Constitución, y de los distintos instrumentos que integran el Bloque de Constitucionalidad. La jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes debe ser garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita, sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud’”^[68].

Como puede verse, la Corte continúa ampliando la línea jurisprudencial respecto al derecho a la salud de los niños, enfocándose en la importancia de su adecuado desarrollo físico y mental y realizando una interpretación garantista del derecho interno e internacional.

11. En este sentido, cualquier consideración en lo referente a la atención en salud de los niños debe verse determinada por la fundamentalidad de su derecho, la prevalencia de este sobre los derechos de los demás y la amplia jurisprudencia de la Corte en la materia encaminada a reconocer la protección reforzada de los menores de edad en lo referente a la satisfacción de sus derechos.

La especial protección constitucional de las personas que padecen enfermedades huérfanas

12. La Corte se ha pronunciado sobre la naturaleza de las enfermedades huérfanas y las ha entendido de la mano de los criterios expertos del Ministerio de Salud y Protección Social. Así, en la sentencia T-402 de 2018 se refirió que:

“El artículo 2º de la Ley 1392 de 2010, modificado por el artículo 140 de la ley 1438 de 2001, define las enfermedades huérfanas como aquellas crónicamente debilitantes, graves, que amenazan la vida y con una prevalencia menor de 1 por cada 5.000 personas, las cuales se catalogan como enfermedades raras, ultra huérfanas y olvidadas.

El Ministerio de Salud y Protección Social ha precisado que las denominadas enfermedades raras son aquellas que afectan a un número pequeño de personas en comparación con la población general y que, por su rareza, plantean cuestiones específicas. Estas enfermedades se caracterizan por ser potencialmente mortales o debilitantes a largo plazo, de baja prevalencia y alto nivel de complejidad. La mayoría de ellas son enfermedades genéticas, otras son cánceres poco frecuentes, enfermedades autoinmunitarias, malformaciones congénitas o enfermedades tóxicas e infecciosas, entre otras categorías. Particularmente, las enfermedades ultra huérfanas son aquellas extremadamente raras, con una prevalencia estimada entre 0.1-9 por cada 100.000 personas. Por su parte, las enfermedades olvidadas o desatendidas son un conjunto de patologías infecciosas, muchas de ellas parasitarias, que afectan principalmente a las poblaciones en condición de extrema vulnerabilidad y con limitado acceso a los servicios de salud.”^[69]

Así, en los últimos años, mediante las providencias T-402 de 2018 y T-399 de 2017, la Corte ha reconocido la especial protección constitucional de las personas que padecen enfermedades huérfanas. En estas decisiones procedió a exonerar de copagos y cuotas moderadoras que excedían la capacidad económica de los accionantes, esto por las dificultades que afrontan quienes padecen estas enfermedades^[70].

En efecto, para la Sala es evidente que la existencia de tales circunstancias ubica a las personas que padecen estas enfermedades en una situación de debilidad manifiesta pues el sistema de salud presenta una serie de obstáculos para su tratamiento, así como un constante estado de riesgo de deficiencias en su atención por la incertidumbre asociada a su enfermedad, como lo ha reconocido el Ejecutivo ante este Tribunal en ocasiones anteriores.

13. Actualmente, se encuentra vigente la Resolución 5265 de 2018 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la cual se fijó el listado de enfermedades huérfanas aplicable en el país.

Ahora bien, los tratamientos correspondientes a las enfermedades huérfanas se realizan con cargo a la cuenta de alto costo de conformidad con el artículo 4º del Decreto 1954 de 2012, lo cual no implica que dichas patologías sean asimilables con las denominadas “enfermedades de alto

costo^[71], aunque en algunos pronunciamientos jurisprudenciales se les haya dado un trato equiparado^[72].

14. Con la expedición de la ley estatutaria de salud, el ordenamiento jurídico ha reconocido también una especial protección para las personas que padecen enfermedades huérfanas y que, por tanto, requieren atención preferencial y calificada para sus patologías, así como el establecimiento de mejores condiciones de atención en salud. En este sentido, el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 determinó:

“Artículo 11. Sujetos de Especial Protección. *La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. (...)*” (Subrayado propio)

Esta disposición reconoce que las personas que padecen una enfermedad huérfana son titulares de una especial protección constitucional que debe otorgar el Estado para garantizar la satisfacción de sus derechos. En sentencia C-313 de 2014 la Corte señaló sobre el particular:

“Así las cosas, no existe duda de que el precepto en estudio i) es una materialización de la protección reforzada que tanto el Texto Superior como la normatividad nacional e internacional han reconocido a los grupos vulnerables, la cual ii) propugna por la erradicación de la discriminación de los grupos poblacionales y personas menos favorecidas que se encuentran en las estructuras sociales y, iii) constituye una medida que el Estado adopta en favor de ellos, por ende, la Corte no encuentra reparo alguno frente a su constitucionalidad.”

Por tanto, la Corte ha avalado la calificación de ciertos sujetos o grupos poblacionales como sujetos de especial protección constitucional en materia de salud, entre ellos quienes han sido diagnosticados con enfermedades huérfanas.

15. En conclusión, las consideraciones en torno al derecho a la salud deben analizarse a la luz de la tutela reforzada que el Estado tiene respecto a las personas diagnosticadas con enfermedades huérfanas, debido a la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentran dadas las características de sus patologías, las dificultades de su tratamiento y el riesgo al que se encuentra expuesta su vida e integridad.

CASO CONCRETO

En el caso *sub examine*, se tiene que la señora MAIRA ALEJANDRA AVILA MARULANDA en representación de su menor hijo DAVID SANTIAGO acude a la presente acción constitucional, con la finalidad de que se protejan los derechos fundamentales de su agenciada a la vida, la salud, integridad personal y dignidad humana del citado niño, consagrados en los artículos 11, 49 y 1° de la Carta Política de Colombia, los cuales considera vulnerados por NUEVA E.P.S-SUBSIDIADO, entidad que omite suministrar al paciente el medicamento *CANAKINUMAB POR 150 MG cada 4 semanas por espacio de seis (6) meses*, acorde a los hechos expuestos en el escrito de amparo constitucional.

Frente al reclamo de la actora, la accionada NUEVA EPS-SUBSIDIADO descurre el traslado a través de apoderada judicial de la entidad, en cuyo escrito la citada profesional alude a las competencias de la empresa, señalando que la dispensación de medicamentos no es una de ellas, así mismo refiere la necesidad del trámite de MIPRES frente a los insumos o procedimientos excluidos del PBS, y señala la inconveniencia de ordenar la atención integral del paciente, cuando no se sujeta la entidad, en este caso su representada NUEVA EPS, al marco normativo y jurisprudencial que regula la prestación del servicio de salud, cuando se aparta de la destinación específica de los recursos en dicha materia, o a la prestación del servicio sin orden del médico tratante, recordando finalmente la necesidad que tiene como actor del sistema, de garantizar los principios de efectividad y calidad de aquellos, así como los fines preventivos y de recuperación del servicio de salud, junto con los demás argumentos expuestos en su contestación, que se dejaron reseñados en aparte previo de este fallo.

Visto lo anterior y como acontece en otras ocasiones, este estrado se encuentra frente a respuestas descontextualizadas, que denotan en la accionada, la ausencia de un verdadero examen del caso concreto y sus particularidades, pues se vierten argumentos defensivos que no concuerdan con los hechos y la situación planteada en la acción tutelar, lo que puede evidenciarse sin mayor esfuerzo, cuando refiere la apoderada que la entidad accionada, que la parte interesada deberá cumplir con la presentación del MIPRES¹, cuando de las pruebas y sustento fáctico de la demanda, se acredita que el mismo se realizó en cuatro (4) oportunidades, cada una de ellas por solicitud de la EPS, y también por parte de ésta, se expuso a la actora cada vez, una excusa u obstáculo administrativo que la obligaron a requerir su trámite y expedición en 4 ocasiones, esto es: **i)** por cambio de presentación del medicamento, **ii)** por falta de registro en la presentación prescrita (solución inyectable), **iii)** por vencimiento y finalmente y aunque se expidió por cuarta vez, la accionante ha tenido que acudir al presente amparo constitucional, por cuanto no obstante contar nuevamente con dicho requisito, la entidad tutelada ha omitido el servicio, concretado en el suministro del medicamento que requiere el menor para el tratamiento de su enfermedad.

La anterior situación es claramente desgastante y revela una falta absoluta de consideración y respeto por la dignidad de las personas, lo cual resulta más censurable, si tenemos en cuenta que el menor DAVID SANTIAGO, padece una enfermedad huérfana la cual se encuentra registrada bajo el código E850 según listado contenido en la Resolución 5265 DE 2018, lo que hace que la etiología de dicha afectación no se encuentre definida, como tampoco existan parámetros médicos para su manejo, dada la rareza del padecimiento, por ello, lo ordenado por el médico es un paliativo orientado a que el niño lleve una vida en condiciones dignas, sin la presencia de los efectos colaterales de su enfermedad y aunque la apoderada refiere que su representada “*tiene claro*” el fin del servicio que le compete como actor del sistema y el destino de los recursos asignados a la salud, como también que la atención reclamada debe obedecer al criterio médico por ser quien conoce el estado del paciente, parecen ser pregones sin sustento real, pues no se encuentra otra explicación para el actuar de la tutelada, cuando de manera intempestiva interrumpe el tratamiento del niño, omite dar cumplimiento a la medida provisional ordenada por esta judicatura y sus argumentos de defensa solo dejan al descubierto el desamparo en que se encuentra éste como afiliado al SGSS, pues no se evidencia el interés de la entidad

1 **MIPRES** es una herramienta tecnológica que permite a los profesionales de salud reportar la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios.

en cumplir con los fines que para los cuales fue creada, pues a pesar de tener muy claros los trámites administrativos para que el usuario acceda a los servicios, no tiene la misma efectividad al momento de transmitirlos a éste, ya que se torna inverosímil que se haya rechazado en tres oportunidades un formato del cual era posible establecer todas las falencias desde el primer momento y que no obstante haberse radicado por cuarta vez en debida forma, como se anotó párrafos atrás, se siga vulnerando los derechos del menor, al no entregar el medicamento ordenado bajo argumentos contradictorios entre lo que predica y lo que aplica, porque se supone que ante el diligenciamiento del MIPRES no resta ningún trámite adicional que deba cumplir el paciente para acceder al servicio o insumo que ha ordenado el médico, por lo que se debe concluir que las trabas colocadas al paciente son caprichosas e injustificadas y que hacen que este estrado condene tal actitud, siendo patente el viacrucis del usuario, pues no otra palabra se amolda al caso, si el medicamento fue ordenado para ser aplicado cada mes por espacio de seis meses desde el mes de agosto cuando el paciente acudió a consulta y hoy un mes después ni siquiera se ha dado cumplimiento a la entrega de la primera dosis, pese a que como dice la togada de la entidad accionada, su representada tiene claro las leyes que rigen la prestación del servicio de salud, así como la normativa y la jurisprudencia relacionada con ella, sin embargo, desconoce abiertamente el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 que consagra: **“Sujetos de Especial Protección.** *La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en **salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.** Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. (resaltado del juzgado).*

Debe reiterarse, que la entidad ha permitido que transcurra algo más de un mes, sin suministrar el medicamento prescrito al menor por el médico tratante, pese a que lleva alrededor de un (1) año, bajo el manejo del fármaco en cita, situación que se presenta, no obstante que la madre ha agotado todos los trámites administrativos para tal fin, entre tanto la salud del menor se ha desmejorado, pues en correo remitido a este juzgado el día de ayer, la citada señora da cuenta que aun a la fecha no han entregado el medicamento y que su hijo menor ha empezado a padecer dolores en diferentes partes del cuerpo, notándose una afectación en su vida diaria, tomando en cuenta que su enfermedad le perjudica de manera ostensible y le impide retomar su cotidianidad, como es volver a las actividades académicas, y ello es causado por la conducta omisiva de la accionada, que en confrontación con lo previsto por el derecho internacional, la Constitución Nacional y la jurisprudencia en la materia, así como las disposiciones legales en relación con las personas que padecen enfermedades huérfanas, conlleva de una forma clara y manifiesta a la vulneración del derecho a la salud en conexidad con la dignidad humana del menor, por cuanto la omisión de la encartada se proyecta de modo negativo en su bienestar emocional y psicológico, amén que como se itera, la actora ya agotó los trámites dispuestos por la entidad para acceder al suministro de medicamento ordenado por el médico tratante, sin que algún resultado haya obtenido en el servicio reclamado.

Cabe agregar, que para una efectiva protección del derecho a la salud, las remisiones médicas deben agotarse en el término dispuesto por el médico tratante, es decir, cuando el paciente las requiera y no cuando las EPS o IPS lo dispongan, tal dilación conlleva a colocar en riesgo la salud de los afiliados, máxime como es el caso, donde el servicio pretendido se ciñe estrictamente a lo ordenado por el médico tratante.

Lo anterior lleva a concluir que existe sin duda una flagrante vulneración de los derechos fundamentales del menor, por lo que la acción de amparo es el mecanismo adecuado e idóneo para la protección de ellos, siendo entonces procedente la tutela interpuesta.

En relación con la prestación del tratamiento integral al citado niño, que fue objeto de reparo por parte de NUEVA EPS-subsidiada, al respecto la Corte Constitucional en sentencias T 062/2017 y T 081/2019 consideró que en virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud, deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos, que requiera el paciente por razón de su(s) patologías(s) y que *no se puede imponer obstáculo alguno para que el paciente acceda a todas aquellas prestaciones que el médico tratante considere que son las indicadas para combatir sus afecciones, de manera oportuna y completa., “(...) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”* Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias, que para el presente caso encuentra más asidero frente a la protección reforzada que la legislación ha realizado de las personas que padecen enfermedades huérfanas como es el caso de David Santiago.

Al mismo tiempo ha señalado esa corporación, que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse **(i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte;** y **(ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente.** *La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes (resalto del juzgado)*

Ha considerado el Alto Tribunal, que cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS demandada, la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el facultativo tratante prescriba, para que el paciente restablezca su salud y mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constantes acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine.

Con base en lo anterior considera el Despacho que en el presente asunto se configuran las circunstancias reseñadas por la Corte, al encontrarse evidencia de una demora injustificada, inexcusable y por ello una conducta negligente en la EPS, respecto de proporcionar lo necesario al menor para que tenga una existencia en condiciones dignas, por lo que la tutela para garantizar el tratamiento integral también procede, máxime ante la omisión deliberada de la encartada en cumplir con la medida provisional que fuera decretada en favor del paciente, ello tomando en cuenta que el tratamiento prescrito por el médico tratante está presupuestado para seis (6) meses, con aplicación de una dosis cada mes y sin que a la fecha se le haya suministrado la primera, lo que ha conllevado a la interrupción del tratamiento que el menor venía recibiendo hace alrededor de un (1) año.

De igual manera, se da lugar a la segunda condición, ya que el tratamiento y manejo del paciente está claramente señalado y se evidencia que hay renuencia de la accionada para cumplir con los deberes que la ley le impone. Así las cosas, se ordenará el tratamiento integral en favor del menor, que guarde relación con su diagnóstico de “SINDROME DE HIPER IGD-FIEBRES RECURRENTES NO ESPECIFICADAS”, de conformidad con las razones preanotadas.

Respecto del recobro solicitado por la apoderada de la NUEVA EPS ante la eventualidad de tutela a favor de la actora, en el presente asunto se tiene que el medicamento ordenado al menor se encuentra por fuera del PBS y por ello se debe cumplir con el registro del MIPRES, no obstante, este estrado judicial competente para ordenar recobro alguno, pues al respecto ya hay sentado un criterio jurisprudencial y legal acerca de la facultad del juez de tutela para ordenar recobros, tal como se evidencia en pronunciamiento de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Popayán, que en auto de fecha 20/10/2020, proferido dentro de la impugnación de la acción de tutela 19001311000220200014200, consideró que el juez constitucional no puede facultar a la EPS a realizar ante la ADRES, el recobro de la prestación de servicios médicos, no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, hoy PBS pues las entidades accionadas deben tener presente, que la facultad de las entidades promotoras de salud para realizar un recobro ante la ADRES-ENTE TERRITORIAL, en relación con la prestación de servicios médicos no incluidos en el PBS, recae exclusivamente en la ley, por lo que ningún Juez Constitucional puede subrogarse dicha potestad, lo anterior en virtud de las Resoluciones No. 1885 y 2438 de 2018 del Ministerio de Salud y Resolución No. 2707 de 2020, que reglamentan el procedimiento de reembolso ante la entidad en cita.

Así mismo, a partir de la promulgación de las Resoluciones 205 y 206 de 2020 proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las 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 la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y que no se encuentren excluidos de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos. 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-ENTE TERRITORIAL, quedaron a cargo absoluto de las entidades promotoras de los servicios, por consiguiente, los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios, de la misma forma cómo funciona la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Lo anterior significa que ADRES ya transfirió a las 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, así las cosas, es claro que no procede el pronunciamiento de este estrado frente a recobro ante la ADRES-ENTE TERRITORIAL.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE POPAYÁN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos constitucionales fundamentales a la a la vida, la salud, integridad personal y dignidad humana, consagrados en los artículos 11, 49 y 1° de la Carta Política de Colombia, de los cuales es titular el menor DAVID SANTIAGO TROCHEZ AVILA, identificado con TI Nro1.061.751.310, acorde con las razones vertidas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **ORDENAR** a la NUEVA EPS-SUBSIDIADA, proceda a **AUTORIZAR** en un término no mayor a dos (2) días, contado a partir de la notificación de esta sentencia, sin dilaciones injustificadas y ante el proveedor idóneo, el servicio ordenado por el médico tratante, consistente en CANAKINUMAB * 150 MG CADA CUATRO (4) SEMANAS POR ESPACIO DE SIES (6) MESES, garantizando los demás servicios que en razón a dicha prescripción y la patología del menor TROCHEZ AVILA lo requiera, para el restablecimiento de su salud física y psicológica.

TERCERO: ORDENAR el tratamiento integral en salud en favor de DAVID SANTIAGO TROCHEZ AVILA y a cargo de NUEVA EPS-SUBSIDIADA, que guarde relación con sus diagnósticos de “SINDROME DE HIPER IGD-FIEBRES RECURRENTES NO ESPECIFICADAS”, de conformidad con las motivaciones de este fallo.

CUARTO: SIN LUGAR a ordenar recobro ante el ente territorial, de conformidad con las razones expresadas con antelación.

QUINTO: ADVERTIR a NUEVA EPS que el desacato injustificado a los ordenamientos aquí emitidos, podrá ser sancionado conforme a lo previsto en los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991

SEXTO: NOTIFICAR esta decisión a los interesados por el medio más eficaz, advirtiéndoles que cuentan con un término de tres (3) días para impugnarla, si a bien lo consideran.

SÉPTIMO: Si este fallo no es impugnado, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, en la forma dispuesta en los Acuerdos 11567, 11594 y circular 29 de 2020 expedidos por el CSJ.

NOTIFÍQUESE

BEATRIZ M. SANCHEZ PEÑA

Juez

Firmado Por:

Beatriz Mariu Sanchez Peña

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Familia 002 Oral

Popayan - 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:

**70a890a7b261bbc64b7bfba50ad9cdb99924f5317eeba6aecf7a9cddc
7e9cecc**

Documento generado en 30/09/2021 11:29:47 p. m.

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**