



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO TRANSITORIO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE DUITAMA**

Duitama, dos (02) de agosto de dos mil diecinueve (2019))

**ASUNTO:** ACCIÓN DE TUTELA  
**ACCIONANTE(S):** JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO  
**ACCIONADO(S):** NUEVA EPS  
**RADICACIÓN:** 15238-3333-003-2019-00072-00

### 1. ASUNTO

Decide el despacho sobre la acción de tutela instaurada por JOSÉ GREGORIO JIMÉNEZ PAREDES en calidad de agente oficioso de su hijo menor de edad JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO, en contra de la Entidad Promotora de Salud NUEVA EPS, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad personal.

### 2. ANTECEDENTES

#### 2.1. Pretensiones:

La parte actora solicitó que se tutelaran sus derechos y, en consecuencia, se ordenara a la NUEVA EPS la autorización y entrega de lo ordenado por el médico tratante, a saber *"PEDIASUR (sic) LÍQUIDO X237 ML BOTELLA CANTIDAD 180 (2 UNIDADES DIARIAS POR TRES MESES)"* (fl. 1). Asimismo, solicitó que se prescribiera la atención integral en salud respecto del accionante.

#### 2.2. Hechos:

El agente oficioso de JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO informó que él es un paciente, menor de edad, con desnutrición proteico-calórica severa -no especificada-.

Dijo que el día 23 de mayo de 2019, el médico tratante del menor de edad le había prescrito *"PEDIASUR (sic) LÍQUIDO X237 ML BOTELLA CANTIDAD 180 (2 UNIDADES DIARIAS POR TRES MESES)"* (fl. 1).

Indicó que se había dirigido a la NUEVA EPS y un funcionario de la citada entidad le informó que la entrega de la fórmula se realizaría en 08 días hábiles. Transcurrido tal término, regresó a la entidad nuevamente y, esta vez, se le indicó *"que eso se tardeaba de 12 a 15 días porque estaba en junta de profesionales"*, agregando que *"cuando volví me dijeron que eso todavía estaba en junta"* (fl. 1).

Refirió los varios intentos en los cuales había acudido a la NUEVA EPS para reclamar lo que había sido ordenado por el médico tratante, precisando que todos y cada uno de esos intentos, siempre obtuvo una respuesta negativa por parte de la entidad.

Señaló que una funcionaria de la NUEVA EPS le había dicho que se acercara a la IPS donde le habían prescrito el insumo requerido al niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO y, en ésta última institución, le había informado que los responsables del suministro *“de esos medicamentos eran (sic) la NUEVA EPS”* (fl. 1). Por lo anterior, nuevamente se acercó a la entidad accionada y *“ahí me manifestaron venga y escaneamos enviamos de nuevo a ver qué le respondían, al otro día me acerqué y me dijeron vuelvan (sic) dentro de ocho días”*.

Adujo que retornó el día 17 de julio del año en curso a las instalaciones de la NUEVA EPS, no obstante, no tuvo ningún tipo de respuesta por parte de la entidad accionada; y señaló que el niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO se había desmallado en su colegio por falta del suministro de lo que, en su momento, fue ordenado por el médico tratante.

### **3. TRÁMITE PROCESAL**

La acción de tutela fue presentada y asignada a este el día 22 de julio de 2019 (fl. 19).

El día 23 de julio de 2019 se profirió auto mediante el cual se resolvió admitir la solicitud de tutela; se ordenó notificar al Representante Legal y al Director Regional de la NUEVA EPS para que dieran respuesta a la misma y aportaran los medios de prueba del caso; se requirió cierta información que debía ser proporcionada por parte de la entidad accionada; y se reconoció a JOSÉ GREGORIO JIMÉNEZ PAREDES como agente oficioso del accionante, en su calidad de padre del menor de edad (fls. 21-21v.).

#### **3.1. La contestación:**

##### **3.1.1. NUEVA EPS (fls. 28-32 y 42-48):**

Indicó que la responsable de cumplir el fallo de tutela era la Gerente Zonal de Boyacá de la NUEVA EPS, señora MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA.

Informó que la NUEVA EPS había venido asumiendo todos los servicios médicos que, hasta el momento, había requerido el niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO *“siempre que la prestación de dichos servicios médicos se encuentre dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad (...) según lo ordenado por el médico tratante y de acuerdo con la Resolución 5857 de 2018”* (fl. 42).

Con respecto al estado de afiliación del accionante, indicó que la misma estaba vigente, encontrándose en el régimen subsidiado SISBEN-1, pudiendo acceder a todos los servicios contemplados en el PBS; y acotó que, en lo no cubierto por el PBS-S, correspondía a la respectiva entidad territorial gestionar la prestación del servicio de salud requerido.

Dijo que no se había vulnerado derecho fundamental alguno de JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO y que, prueba de ello, era la ausencia de cartas de negación de servicios de salud en el expediente.

Se refirió al modelo de atención en salud de la NUEVA EPS y, en lo relativo al ‘complemento alimenticio’ prescrito al accionante, indicó que los ‘medicamentos para nutrición’ se encontraban excluidos del PBS. En tal sentido, señaló que las

coberturas de sustancias nutricionales del PBS eran -únicamente-: (i) Los aminoácidos (esenciales y no esenciales y con y sin electrolitos); (ii) Los medicamentos parenterales descritos en el anexo N° 1 de la Resolución N° 5857 de 2018; (iii) La fórmulas lácteas, pero exclusivamente para las personas menores de 12 meses de edad y que sean hijos de madres con diagnóstico de infección por el VIH/SIDA; y (iv) Los alimentos en polvo con vitaminas, hierro y zinc, según guía OMS y siempre que sean para personas de entre seis (6) y veinticuatro (24) meses de edad.

Solicitó que se ordenara el recobro a la Secretaría de Salud Departamental del 100% de los servicios no PBS a los que se viera obligada a suministrar la NUEVA EPS y aclaró que, por pertenecer el niño accionante al régimen subsidiado, todos los servicios no PBS debían ser responsabilidad de la mentada Secretaría.

Se refirió a la solicitud de tratamiento integral y precisó que *“los servicios que son ordenados al usuario por parte de los Médicos de la Red de Nueva EPS son y serán cubiertos con base en la normatividad vigente, incluyendo el acceso al Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC de que habla la Resolución 5857 de 2018”* (fl. 46).

Asimismo, dijo que el fallo de tutela no podía ir más allá de la amenaza o vulneración actual e inminente de los derechos fundamentales del accionante, no pudiéndose proteger a futuro un derecho que aún no había sido conculcado, en virtud de lo considerado en las sentencias T-677 de 1997 y T-178 de 2011 de la Corte Constitucional.

Finalmente, refirió que el Juez no estaba facultado para ordenar prestaciones o servicios de salud, ya que tal responsabilidad únicamente recaía en la figura del ‘médico tratante’.

En consecuencia, solicitó que se denegara por improcedente la acción de tutela *“por no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio”* (fl. 48); pidió que se vinculara a la Secretaría de Salud Departamental para que se pronunciara sobre los hechos de la tutela; y requirió que se expidiera copia auténtica de la providencia que se emitiera -junto con su constancia de ejecutoria-.

De manera subsidiaria, en caso de que se concediera la acción de tutela, solicitó que se ordenara expresamente en la parte resolutive de la sentencia al FOSYGA (hoy ADRES) o a la entidad territorial correspondiente que pagara a la NUEVA EPS el 100% del costo de los servicios que estén por fuera del PBS y sean suministrados al accionante; indicando -además- que *“el servicio no PBS (...) deberá ser autorizado y cubierto por la entidad”* (fl. 48).

#### 4. CONSIDERACIONES

##### 4.1. Problema jurídico:

Corresponde al Despacho determinar si existe vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad personal de los que es titular el niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO dado que, según los hechos alegados en la acción de tutela, hay renuencia por parte de la NUEVA EPS para suministrarle el siguiente insumo que fue prescrito por su médico tratante: ‘PEDIASURE LÍQUIDO BOTELLA X 237 ML EN CANTIDAD 180 (2 UNIDADES DIARIAS POR TRES MESES)’.

#### 4.2. De la legitimación en la causa por activa:

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, toda persona cuenta con la acción de tutela para reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, lo cual indica que la legitimidad o interés en el ejercicio de esta acción constitucional radica, precisamente, en cabeza del titular de tales derechos.

El Decreto 2591 de 1991, el artículo 10 consagró:

*"ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERÉS. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.*

*También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.*

*También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales."*

El mencionado Decreto 2591 de 1991, ha indicado cuatro vías procesales para que el titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados interponga acción de tutela<sup>1</sup>: i) por sí mismo, pues no se requiere abogado, ii) necesariamente a través de representante legal en el caso de menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y personas jurídicas; ii) por intermedio de un abogado titulado con poder expreso, si así se desea; iv) mediante agente oficioso, es decir, por un tercero indeterminado sin necesidad de poder, "cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa". Agregando que, en este último caso, se debe manifestar tal situación en la solicitud de tutela, esto es, se debe poner de presente que se actúa en calidad de agente oficioso y cuáles son las circunstancias que hacen que el titular de los derechos esté imposibilitado para interponer la acción.

En el caso bajo estudio, la tutela fue presentada por JOSÉ GREGORIO JIMÉNEZ PAREDES en representación de su hijo menor de edad JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO (fls. 1-2), alegando que ésta última no podía interponer por sí misma la presente acción debido a su corta edad; aspecto que está debidamente soportado en la documental allegada (fls. 5-6).

Por lo tanto, el Despacho concluye que el estado de salud del agenciado es prueba suficiente para demostrar que se encontraba imposibilitado para ejercer su propia defensa, y en consecuencia, se reitera que se tendrá como agente oficioso del mismo a su padre JOSÉ GREGORIO JIMÉNEZ PAREDES, cumpliendo los requisitos de legitimación por activa.

#### 4.3. Naturaleza de la acción:

La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000 Y 1069 de 2015 - modificado por el Decreto 1983 de 2017- como mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales, permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos, cuando quiera que

<sup>1</sup> Al respecto, ver las sentencias T-301 de 2007, T- 947 de 2006, T-798 de 2006, T-552 de 2006, T-492 de 2006 y T- 531 de 2002, entre otras.

resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

Este tipo de derechos, que se diferencian de los demás por ser indispensables para el desarrollo de la personalidad<sup>2</sup>, gozan de este mecanismo constitucional ágil, breve, preferente y sumario, puesto al alcance de todas las personas, para la protección real y efectiva cuando se consideran vulnerados, lesionados o amenazados por las autoridades públicas o por particulares en circunstancias específicas.

#### 4.4. Del derecho a la salud:

La Constitución Política en su artículo 48, establece que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado; más adelante, el artículo 49 *ibídem*, señala que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud<sup>3</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, desde sus inicios, fue abriendo paso a la consolidación del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo. A través de la sentencia T-760 de 2008<sup>4</sup>, al detectar problemas estructurales del sistema de salud, fijó una serie de parámetros y órdenes a diferentes entidades para propender por la efectiva protección al derecho a la salud, entendido como de naturaleza fundamental.

En la misma línea, la citada Corte ha protegido el derecho fundamental a la salud de la población pobre y vulnerable que pertenece al régimen subsidiado. Así en sentencia T-020 de 2013<sup>5</sup> se indicó:

*“La Corte Constitucional ha desarrollado el carácter fundamental de la salud como derecho autónomo, definiéndolo como 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”, y garantizándolo bajo condiciones de “oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad”. Además ha dicho que el derecho a la salud obedece a la necesidad de abarcar las esferas mentales y corporales de la personas y a la de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales”.*

Más adelante la misma sentencia manifestó que:

*“Se vulnera el derecho a la salud a una persona vinculada al régimen subsidiado cuando se niega la prestación de un servicio de salud que no se encuentra dentro de la cobertura del Plan de Beneficios y el mismo es necesario para garantizar la vida e integridad personal, no pueda ser sustituido por otro que se encuentra dentro del Plan de Beneficios en Salud y no se desvirtúe la presunción de incapacidad económica”.*

La ley estatutaria en Salud, Ley 1751 de 2015, recoge en gran medida lo establecido en la sentencia T-760 de 2008. Así, a modo de síntesis el artículo 2°

<sup>2</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-538 de 1992. Magistrado Ponente. Dr. SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

<sup>3</sup> Sentencia T-121 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>4</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>5</sup> M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

reitera el carácter fundamental del derecho a la salud indicando que es autónomo e irrenunciable en lo individual y colectivo.

En lo que respecta a la integralidad, el artículo 8° dice 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 (...)"<sup>6</sup>.*

Lo anterior, con fundamento en el artículo 15° de la Ley 1751 de 2015, que a continuación se transcribe:

*"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.*

*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.*

*Parágrafo 1°. El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá hasta dos años para implementar lo señalado en el presente artículo. En este lapso el Ministerio podrá desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud. (...)"<sup>7</sup>.*

Se tiene entonces que todas las prestaciones en salud están cubiertas por el nuevo Plan de Beneficios en Salud, salvo los que expresamente estén excluidos; o que no cumplan con los criterios citados en la referida norma. En cumplimiento del

<sup>6</sup> Sentencia T-399 de 2017 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

<sup>7</sup> Mediante el boletín de prensa del 7 de febrero de 2017, el Ministerio de Salud y Protección Social informó sobre los avances en relación con la implementación de la Ley Estatutaria de Salud. (...). De esta manera, precisó que las novedades en materia de salud, a la fecha, son: (i) la eliminación de los comités técnico-científicos (CTC) y la puesta en marcha del aplicativo en línea Mi Prescripción (Mipres), mediante el cual el médico tratante elabora la prescripción y la envía a la EPS para que realice el suministro al paciente y este pueda reclamar los servicios o tecnologías así no se encuentren incluidos en el POS, sin necesidad de que la opinión del galeno esté sometida a otra instancia. (<https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Ley-Estatutaria-de-Salud-la-Implementacion.aspx>).

parágrafo 1° del citado artículo, el Ministerio de Salud y Protección Social ha expedido las resoluciones del caso.

De esta manera, uno de los cambios introducidos fue la eliminación del Plan de Beneficios en Salud establecido inicialmente en la Resolución 5261 de 1994 (también conocido como MAPIPBS), por el nuevo Plan de Beneficios en Salud adoptado por la Resolución 5269 de 2017 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social. Más recientemente, fue expedida la Resolución 5857 de 2018 y en su artículo 2 definió el Plan de Beneficios en Salud de la siguiente manera:

*“El Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC es el conjunto de servicios y tecnologías en salud contenidos en el presente acto administrativo, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluye la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad y que se constituye en un mecanismo de protección al derecho fundamental a la salud para que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) o las entidades que hagan sus veces, garanticen el acceso a los servicios y tecnologías en salud bajo las condiciones previstas en esta resolución”.*

Entonces, bajo el nuevo régimen de la Ley Estatutaria en Salud, se desprende que el sistema de salud garantiza el acceso a todos los medicamentos, servicios, procedimientos y tecnologías cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud, salvo los que expresamente estén excluidos, de conformidad con lo dictado en el artículo 15 de la Ley Estatutaria en Salud.

Como quiera que las coberturas del régimen subsidiado son las mismas que las del régimen contributivo, debido a la unificación del hoy llamado Plan de Beneficios en Salud a través de la expedición de diferentes Acuerdos proferidos por la extinta Comisión de Regulación en Salud-CRES entre los años 2009 a 2012<sup>8</sup>, hoy en día, en aras del principio de equidad, existe un único e idéntico Plan de Beneficios en Salud para el régimen contributivo y subsidiado.

Con el objetivo de facilitar el acceso de los medicamentos, servicios, procedimientos y tecnologías no cubiertas expresamente por el Plan de Beneficios, conforme a la reglamentación del artículo 5° de la citada ley estatutaria, se eliminó la figura del Comité Técnico Científico para dar paso a la plataforma tecnológica Mi Prescripción –MIPRES–, que es una herramienta diseñada para prescribir servicios y tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios, de obligatorio cumplimiento para los usuarios del sistema de salud, garantizando que las Entidades Promotoras de Servicios de Salud (EPS) e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) presten los servicios de la salud sin necesidad de aprobación por parte del Comité Técnico-Científico (CTC)<sup>9</sup>.

#### **4.5. Efectividad del servicio de salud bajo la óptica de la seguridad social, también considerada como derecho fundamental:**

<sup>8</sup> Se trata del Acuerdo 04 de 2009 que unifica el POS para los niños de 0 a 12 años, Acuerdo 011 de 2010 que unifica el POS para los niños y adolescentes menores de 18 años, Acuerdo 027 de 2011 que unifica el POS para los adultos de 60 y más años y Acuerdo 032 de 2012 que unifica el POS para los adultos entre 18 y 59 años.

<sup>9</sup> Boletín de prensa No. 071 de 2017. Ministerio de Salud y Protección Social. Ahora bien, para el régimen subsidiado, el MIPRES tiene una limitación para su aplicabilidad, toda vez que el ente territorial es completamente autónomo en decidir si adopta o no este mecanismo de gestión, pues el MIPRES, por expresa disposición normativa no es obligatoria para las entidades territoriales del régimen subsidiado, tal y como lo dispone el artículo 91 de la Resolución 3951 de 2016. En el supuesto de que no se haya migrado al nuevo mecanismo de gestión, deberá el médico tratante impartir la orden médica correspondiente y ponerla a consideración del Comité Técnico Científico, para que en los términos de la Resolución 5395 de 2013, se le imprima el trámite correspondiente. Como corolario de lo expuesto, si el ente territorial no adopta voluntariamente el mecanismo del MIPRES, a efectos de aprobar tratamientos, servicios, procedimiento o medicinas expresamente excluidas del Plan de Beneficios en Salud, éste continuará rigiéndose bajo la normatividad anterior, obrante en el título II de la Resolución 5395 de 2013

La seguridad social, además de ostentar el carácter de derecho fundamental<sup>10</sup>, también es un servicio público cuya prestación radica en cabeza del Estado, bajo los principios de eficiencia, integralidad y solidaridad, tal como lo establece el artículo 48 de la Constitución Política, como pasa a verse.

#### **4.5.1. Organización y objetivos del sistema de salud:**

De conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 1º de la Ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social Integral que comprende el servicio de salud, se encuentra orientado a garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, con el fin de lograr una calidad de vida acorde con la dignidad humana. El sistema incluye las obligaciones del Estado y la sociedad, así como las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y los servicios complementarios.

Para permitir el acceso al servicio de salud a todas las personas, se estructuraron dos regímenes: El contributivo para quienes cuentan con capacidad de pago, y el subsidiado para quienes no tienen recursos.

Ahora bien, en el marco del Sistema General de Seguridad Social, las Entidades Promotoras de Salud son las responsables de la afiliación y el registro de los afiliados, así como del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica es organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Beneficios en Salud (PBS) a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía<sup>11</sup>.

Para garantizar el Plan de Beneficios en Salud a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud deben prestar directamente los servicios, o contratarlos con las Instituciones Prestadoras y los profesionales debidamente habilitados para el efecto. Cada Entidad Promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de Instituciones Prestadoras de Salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida<sup>12</sup>.

Por su parte, las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, como su nombre lo indica, son las encargadas de prestar los servicios de salud requeridos por los afiliados a las empresas promotoras de salud, de acuerdo con el nivel de atención respectivo, bajo los principios de calidad y eficiencia<sup>13</sup>.

#### **4.5.2. Obligación de garantizar el tratamiento integral:**

En este punto, se resalta que el Juez de tutela tiene el deber de garantizar la prestación del servicio de salud atendiendo al principio de integralidad contemplado especialmente en los artículos 153 (numeral 3º), 162 y 156 (literal c) de la Ley 100 de 1993, máxime en aquellos casos en los que el paciente es de aquellos que requieren especial protección, como en el caso de las personas de la tercera edad.

<sup>10</sup> Sobre el carácter fundamental del derecho a la seguridad social en salud, puede consultarse entre otras providencias, la sentencia T-848 de 2013 de la Corte Constitucional.

<sup>11</sup> Artículo 177 Ley 100 de 1993.

<sup>12</sup> Artículo 179 Ley 100 de 1993.

<sup>13</sup> Artículo 185 de la Ley 100 de 1993.



En efecto, la Corte Constitucional se refirió al citado principio en sentencia T-091 de 2011 y, reiterando sus distintos pronunciamientos jurisprudenciales, indicó lo siguiente:

*“El legislador consagró este principio en el numeral 3° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 cuando señaló que: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan de Beneficios en Salud”. De igual forma, el literal c) del artículo 156 del estatuto en comento expresa que, “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el Plan de Beneficios en Salud.”*

*En este orden de ideas, “existen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integralidad de la garantía del derecho [a] la salud. Una relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que tienen las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir necesidades preventivas, educativas, informativas, fisiológicas, psicológicas, entre otras”.<sup>14</sup>*

*La otra perspectiva, que interesa particularmente en el presente caso, “es la que da cuenta de la necesidad de proteger el derecho fundamental a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud sean garantizadas de manera efectiva. Esto es, que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación particular de un(a) paciente<sup>15</sup>. Por lo tanto, el derecho fundamental a la salud no solo incluye el reconocimiento de la prestación del servicio que se requiere (PBS y no PBS); sino también su acceso oportuno, eficiente y de calidad.*

*La prestación del servicio en salud es oportuna cuando el paciente recibe la atención en el momento adecuado, a fin de que recupere su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. De forma similar, el servicio en salud es eficiente cuando los trámites administrativos a los que está sujeto son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no son una excusa para dilatar la protección del derecho a la salud.<sup>16</sup> Así mismo, el servicio público de salud se reputa de calidad cuando las prestaciones en salud requeridas por el afiliado o beneficiario contribuyen, en la medida de las posibilidades, a mejorar la condición del enfermo<sup>17</sup>.*

*La jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de integralidad impone su prestación continua, la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud. La determinación y previsión de los servicios requeridos para la plena eficacia del derecho a la salud, como reiteradamente se ha señalado, no corresponde al usuario, sino al médico tratante adscrito a la E.P.S. (...)*

*Así, la integralidad en la prestación del servicio de salud está encaminada a “(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”<sup>18</sup>. Adicionalmente, la protección del derecho fundamental a la salud, no se agota con la sola prestación del servicio, sino que, además, implica que el costo que éste demande deba ser asumido por la entidad encargada de proporcionar la atención médica cuando se encuentra en el PBS o una vez prestado el servicio presentara repetición contra el FOSYGA cuando la atención se excluya de los planes obligatorios de salud. Ello de conformidad con el principio de integralidad que rige el Sistema de Seguridad Social en Salud<sup>19</sup> (Resaltado fuera de texto).*

<sup>14</sup> Sentencia T 531 de 2009.

<sup>15</sup> Sentencia T 398 de 2008 y T 531 de 2009.

<sup>16</sup> Sentencia T-760 de 2008.

<sup>17</sup> Sentencia T 922 de 2009.

<sup>18</sup> Sentencia T-103 de 2009.

<sup>19</sup> Sentencia T-919 de 2009.

De esta manera, puede decirse que el derecho a la salud no solo implica el suministro de medicamentos y procedimientos médicos, sino que también implica su prestación oportuna, eficiente, continua y de calidad.

Además, dada la condición de especial protección que ostentan algunos sujetos, como ocurre con los niños, niñas y adolescentes, el juez de tutela debe propender por garantizar la atención integral en salud, para evitar la interposición de nuevas acciones de tutela para el tratamiento de una misma patología.

Por consiguiente, en la sentencia deben ordenarse todos los cuidados requeridos por el paciente, incluyendo el suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones, siempre estableciendo parámetros que permitan delimitar la prestación, como es el caso de los suministros requeridos para una determinada patología.

#### **4.6. Protección del derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes:**

En jurisprudencia reciente, frente a la protección de salud de los niños, niñas y adolescentes y su relación con la dignidad humana, la Corte Constitucional afirmó en la sentencia T-010 de 2019 que:

*"(...) 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 pelagra 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"<sup>20</sup>. Resaltando que la misma es "es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas"<sup>21,22</sup>*

*(...) 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<sup>23</sup>, 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."*

*(...) 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. (...)*

*(...) 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*

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencias de reiteración T-1384 de 2000, T-365A de 2006, T- 361 de 2014, entre otras.

<sup>22</sup> Al respecto, la sentencia T-270 del 11 de abril de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, afirmó que el concepto de vida, no se encuentra limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte o a la vida biológica, sino que se consolida como un concepto amplio que preserva las condiciones vitales de manera digna y saludable

<sup>23</sup> Corte Constitucional, sentencias de reiteración T-397 de 2004; T-943 de 2004; T-510 de 2003; T-864 de 2002; T-550 de 2001; T-765 de 2011 y T-610 de 2013

*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<sup>24</sup> 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".*

#### **4.7. El Plan de Beneficios en Salud: principios, coberturas y criterios de exclusión:**

Si bien, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, en aplicación del principio de integralidad analizado, le otorga al afiliado una garantía de acceso al contenido del Plan de Beneficios en Salud en todas las fases de la enfermedad, al existir unos criterios de exclusión, habrán ciertas prestaciones que quedarán por fuera de éste.

El PBS procura dar cobertura a los servicios y tecnologías necesarios para la protección efectiva del derecho a la salud y excluye de forma expresa aquellos a los que les aplicaron los criterios establecidos en la norma en mención<sup>25</sup>.

Como se indicó en líneas anteriores, con la nueva normatividad, se debe advertir que los términos PBS y NO PBS, dejaron de existir y fueron reemplazados por el PBS. Así, ha de hacerse una delimitación en relación con su cobertura, ya que es de 3 tipos:

a) Inclusión explícita de medicamentos, insumos o procedimientos, que es aquella que se menciona en la resolución que contiene el Plan de Beneficios (en el año 2018, era la Resolución 5269 de 2017, derogada por la hoy vigente Resolución 5857 de 2018, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social) financiadas con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación (UPC), si es del régimen contributivo o a la Unidad de Pago por Capacitación subsidiado (UPC-S) si es del régimen subsidiado;

b) Inclusión implícita, que recoge los medicamentos, insumos o procedimientos que no se mencionan dentro del PBS pero tampoco se excluyen expresamente, y que en el régimen contributivo se soportan económicamente con cargo al ADRES<sup>26</sup> (antes Fosyga y que se encuentra adscrito al Ministerio de Salud), o en el régimen subsidiado se respaldan con cargo a los recursos del ente territorial; y

c) Las expresamente excluidas en la Resolución 5267 de 2017, hoy, Resolución 244 de 2019<sup>27</sup>.

#### **4.8. Responsabilidad excepcional de las EPS del régimen subsidiado de satisfacer la obligación de suministro de medicamentos excluidos del Plan de Beneficios en Salud:**

La Corte Constitucional ha definido en diversos pronunciamientos<sup>28</sup> que, cuando se refiere al suministro de servicios médicos excluidos del Plan de Beneficios en Salud del Régimen Subsidiado, la obligación principal, esto es, su satisfacción

<sup>24</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>25</sup> Ver sentencia T-439 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

<sup>26</sup> Administradora de los Recursos del Sistema de Salud.

<sup>27</sup> Expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

<sup>28</sup> T-864-10, T-972-10 entre otras.

directa, recae principalmente en el Estado, dada la precaria situación económica y social en la que se encuentra la población afiliada a dicho régimen.

En tal sentido, jurisprudencialmente a las EPS encargadas del régimen subsidiado se les ha impuesto la obligación de acompañar al paciente y coordinar con las entidades públicas o privadas con las que el Estado tiene convenio para el efectivo suministro de los requerimientos excluidos del Plan de Beneficios en Salud<sup>29</sup>.

En todo caso, y cuando la afectación del derecho a la salud exija medidas urgentes, la EPS del régimen subsidiado, de manera excepcional<sup>30</sup>, tiene el deber de garantizar el procedimiento requerido, manteniendo ésta la facultad de recobrar al Estado los gastos en que incurra por la prestación del servicio no comprendidos en el Plan de Beneficios en Salud<sup>31</sup>. En la sentencia T-115 de 2013, el Alto Tribunal Constitucional consideró:

*"La exigencia a la EPS-S del suministro de los servicios de salud excluidos del PBS que requiere sus afiliados, se deriva precisamente de la relación contractual que tiene con el paciente, la que implica que su recuperación se encuentra bajo su cuidado y su responsabilidad<sup>32</sup>, más aún cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional<sup>33</sup>, y también cuando en el caso de las personas afiliadas al régimen subsidiado, éstas se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y pobreza".*

#### 4.9. Facultad de recobro:

Sobre el particular, basta con recordar que, sin necesidad de sentencia judicial que así lo disponga, en aquellos eventos que las entidades promotoras de salud se vean obligadas a suministrar servicios excluidos del Plan de Beneficios en Salud, están facultadas para efectuar el respectivo recobro ante el ADRES cuando se trata del Régimen Contributivo, o ante las entidades territoriales en los eventos

<sup>29</sup> T-250-06, T-385-07.

<sup>30</sup> Por regla general la EPS del Régimen Subsidiado no tienen la obligación de suministrar los procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Así, la Resolución 3384 de 2000 en su artículo 8 dice lo siguiente: *"Responsabilidad de las administradoras del régimen subsidiado frente a los procedimientos y suministros NO POS-S incluidos en las guías de atención. De conformidad con el artículo 4º del Acuerdo 72 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, las actividades, procedimientos e intervenciones establecidos en las guías de atención y no incluidos en el POS-S, no son de carácter obligatorio para las ARS y en consecuencia ellas no serán responsables de la realización ni financiación de los mismos. Éstas tendrán prioridad para ser atendidas en forma obligatoria en las instituciones públicas o en las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios, para el efecto con cargo a los recursos del subsidio a la oferta".*

<sup>31</sup> Antes de la sentencia T- 760 de 2008 los recobros de la EPS del Régimen Subsidiado por los servicios de salud que se suministraran y que se encontraran excluidos del POS se hacían ante el Fosyga, muestra de esta tendencia se dio en la sentencias T-1048-03, T-165-07, T-799-06. De igual forma antes de la referida sentencia también se facultaba a la EPS el recobro a la dirección territorial de salud del respectivo departamento T-799-06. En la sentencia del año 2008 se definió *"que cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales asuman su costo por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda"*. Igual consideración se tomó en la sentencia C- 463-08 al señalar que *"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 del Régimen Subsidiado ésta disposición deberá entenderse en el sentido de que los costos de la prestación ordenada vía 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"*. Tesis reiterada en la T- 922-09. En lo que respecta a los procedimientos para recobrar, el Ministerio de la Protección Social expidió la Resolución 3099 de 2008 en el que se reguló el procedimiento de recobro a Fosyga y se reconoció que los recobros cuando se trata del régimen subsidiado corresponde efectuarlos a las respectivas entidades territoriales, sin determinar el procedimiento que se debe seguir antes éstas, este factor sumado a que las entidades territoriales no cuentan con una asignación de recursos para cubrir el gasto en que se incurre por el suministro de servicios en salud que no se encuentran en el Plan Obligatorio de Salud, conduce a que el recobro se siga efectuando ante el Fosyga como se ve en sentencia T-864-10 y T-972-10 entre otras.

<sup>32</sup> T-864-10, T- 593 y 1048-03.

<sup>33</sup> T-799-06.

relacionados con el Régimen Subsidiado<sup>34</sup>. Con tal propósito deben tenerse en cuenta los parámetros establecidos en las Resoluciones N° 1885 y 2438 de 2018 del Ministerio de Salud.

#### 4.10. Caso concreto:

De conformidad con el material probatorio allegado al expediente, el Despacho encuentra acreditado lo siguiente:

- Que JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO es un niño de 11 años, 4 meses y 25 días de edad al momento de interposición de la acción de tutela (fl. 5).
- Que según la historia clínica de JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO (fls. 7-11 y 14-17):

<sup>34</sup> En Sentencia T-727/11 la Corte sostuvo textualmente lo siguiente: "... La Ley 1122 de 2007 y las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, definen las condiciones para que se cumpla satisfactoriamente el recobro de los costos adicionales en que puedan incurrir las EPS en la prestación de servicios excluidos del POS, determinando el procedimiento que debe seguirse y los montos que se reconocen y pagan por concepto de los servicios suministrados. Al respecto, el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 le asignó a las E.P.S. la obligación de llevar a consideración del CTC las solicitudes relativas a medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del Régimen Contributivo para que estos sean cubiertos por el FOSYGA. El mismo artículo, en el segundo apartado, estableció una sanción para las E.P.S. consistente en asumir el 50% del costo de los servicios excluidos del Pos cuando la prestación de los mismos sea ordenada mediante fallos de tutela, siempre que se compruebe que la E.P.S. omitió el trámite respectivo ante el CTC. La norma citada fue sometida al control de constitucionalidad y, en Sentencia C-463 de 2008<sup>34i</sup> se declaró su exequibilidad condicionada, de manera que se entienda que el reembolso a que son obligadas las E.P.S. como consecuencia de un fallo de tutela, también se aplica respecto de todos los medicamento y servicios médicos ordenados por el médico tratante no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes de seguridad social en salud vigentes.

De tal manera que, de conformidad con la mencionada norma, tanto el régimen contributivo como el subsidiado pueden presentar solicitudes de atención en salud ante las E.P.S. respecto de cualquier servicio excluidos del POS (medicamentos, intervenciones, cirugías o tratamientos), y en caso de que la E.P.S. no las someta al CTC para que determine su viabilidad y de ser ordenado dicho servicio por vía de tutela, la sanción que imponía la citada disposición era la de que los costos de dicha prestación debía ser cubiertos por partes iguales: entre las EPS y el FOSYGA, tratándose del Régimen Contributivo, y entre la E.P.S.-S y las Entidades Territoriales, tratándose del Régimen Subsidiado.

Es de precisar que el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 fue derogado, el 19 de enero de la presente anualidad, al entrar en vigencia la Ley 1438 de 2011 y, en consecuencia, determinó que el recobro al FOSYGA por prestación de servicios médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, actualmente, opera en un 100% y no por partes iguales entre la E.P.S. o E.P.S.-S y el Fondo de Solidaridad Social FOSYGA y las entidades territoriales respectivamente, cuando omitan someter a estudios del CTC los requerimientos excluidos del POS, pues la norma citada impuso en término perentorio de dos (2) días calendarios a la E.P.S. o E.P.S.-S para que el CTC estudie las solicitudes de medicamentos, tratamientos o procedimientos que se encuentran excluidos del POS, lo que desencadenó en la derogatoria de la carga impuesta por la anterior normatividad.

A la luz de los anteriores criterios se analizará el caso concreto objeto de revisión. (...) en relación con la orden del recobro al FOSYGA sostiene la Sala, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente fallo, que la entidad demandada, Salud Total E.P.S., tiene la posibilidad de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, si hubiere lugar, por el valor de los gastos en los que incurra por el suministro de servicios médicos excluidos del POS, en los términos de la ley 1438 de 2011, es decir por el 100% de los costos de los servicios excluido del POS.

**De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta lo expresado por esta Corporación en la Sentencia T-760 de 2008, no le es dable al FOSYGA negar el recobro que las EPS presenten, en los eventos en que éstas tengan que asumir procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS, por el simple hecho de no estar reconocido de manera expresa en la parte resolutive del correspondiente fallo de tutela, es decir, basta, para que proceda dicho recobro, con que se constate que la EPS no se encuentra en la obligación legal ni reglamentaria de asumir su costo o valor, de acuerdo con lo que el plan de beneficios de que se trate establezca para el efecto<sup>35j</sup>. (Resaltas fuera de texto).**

Así las cosas, la Sala se abstendrá de autorizar de manera expresa, a Salud Total E.P.S., para que recobre ante el FOSYGA el valor de los procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS que requiera el paciente y, para el efecto, será suficiente que se establezca que no está obligada ni legal ni reglamentariamente a asumirlos".

- El niño tiene un diagnóstico de “DESNUTRICIÓN PROTEICOCALORICA SEVERA, NO ESPECIFICADA”, al encontrarse que el mismo “SE ENCUENTRA EN UNA DELGADEZ” que hace necesario que se le prescriba “UNA DIETA HIPERPROTEICA Y SE LE DA SUPLENCIA DE MACRONUTRIENTES CON ENSOY NIÑOS DOS VECES AL DÍA POR ESPACIO DE 3 MESES AL CABO DE LOS CUALEES (sic) SE EVALUARÁ LA CONTINUIDAD DE LA NECESIDAD DEL SUPLEMENTO NUTRICIONAL” (fl. 7).
- Que, además, el niño es un paciente con “PARAPLEJIA ESPÁSTICA<sup>35</sup> (DE) MIEMBROS INFERIORES BILATERAL, PIE EQUINO VARO BILATERAL<sup>36</sup>, PBS IBLE LUXACIÓN CADERA DERECHA (Y) MARCHA PARETICA EN EQUINO” (fl. 8).
- Que, según examen físico practicado sobre la humanidad de JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO el día 08 de mayo de 2019, el paciente tiene “DEFORMIDADES CONGÉNITAS DE LA CADERA” (fl. 9).
- Que el paciente tiene como antecedentes quirúrgicos una operación de hernia umbilical y ocho operaciones “DE LOS PIES”, además de que “SUFRÍA DE ASMA”, resaltándose que el ‘peso usual’ del niño está entre los 20 a 22 kilogramos (fl. 11).
- Que JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO es un niño que al día 30 de mayo de 2019 medía 140 centímetros y pesaba 24 kilogramos, con un índice de masa corporal de 12,24 Kg/m<sup>2</sup>, es decir, dos puntos por debajo del límite mínimo de lo que es considerado ‘delgadez’ (fl. 14).
- Que, en virtud de su cuadro médico, el paciente también ha sido remitido a las especialidades de neurología, ortopedia y traumatología (fl. 17).
- Que el día 23 de mayo de 2019, la médica tratante de JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO, doctora Ana Francisca Vargas Rojas adscrita a la IPS Famedic de la ciudad de Duitama, prescribió al paciente 180 botellas de “FÓRMULAS ESPECIALES PARA NIÑOS (LACTANTES, NIÑOS DE

<sup>35</sup> “La paraplejía espástica (...) es un grupo de enfermedades degenerativas genéticas de la médula espinal, caracterizado por debilidad progresiva es decir, paraplejía o paraparesia y rigidez, es decir, espasticidad con un excesivo tono muscular o hipertonia, o con sobreactividad muscular con aumento de la resistencia al estiramiento de los músculos de las piernas”. Consultado en <https://www.medicina21.com/especialidades/ver2/653>

Con respecto a su tratamiento, se lee en <https://www.msdmanuals.com/es-co/hogar/enfermedades-cerebrales,-medulares-y-nerviosas/trastornos-de-la-m%C3%A9dula-espinal/paraparesia-esp%C3%A1stica-hereditaria>: “El tratamiento de la paraparesia espástica hereditaria se centra en aliviar los síntomas. La fisioterapia y el ejercicio ayudan a mantener la movilidad y la fuerza muscular, aumentan la amplitud de movimiento y la resistencia, reducen la fatiga y evitan los calambres y los espasmos. El baclofeno (un relajante muscular) es el fármaco de elección para reducir la espasticidad. Alternativamente puede utilizarse toxina botulínica (una toxina bacteriana usada para paralizar los músculos o para tratar las arrugas), clonazepam, dantroleno, diazepam o tizanidina. Algunas personas se benefician del uso de férulas, un bastón o muletas. En algunos casos poco frecuentes es necesario usar una silla de ruedas”.

<sup>36</sup> “El pie equino varo describe una variedad de anomalías del pie que por lo general están presentes al momento del nacimiento (congénitas) en las que el pie de tu bebé presenta una forma o posición torcida. En el pie equino varo, los tejidos que conectan los músculos al hueso (tendones) son más cortos que lo habitual. El pie equino varo es un defecto congénito frecuente y por lo general es un problema aislado para un recién nacido saludable en los demás aspectos”. Consultado en <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/clubfoot/symptoms-causes/syc-20350860>

CORTA EDAD Y NIÑOS) - PEDIASURE LÍQUIDO 237 ML /BOTELLA" para una dosis diaria de 2 unidades por un periodo -inicial- de tres meses "AL CABO DE LOS CUALES SE EVALUARÁ LA CONTINUIDAD DEL SUPLEMENTO" (fl. 12).

- Que, en la misma data indicada en la viñeta anterior, también le fue prescrito un control en tres meses con la especialidad de nutrición al niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO (fl. 13).
- Que JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO y su padre, JOSÉ GREGORIO JIMÉNEZ PAREDES son personas desplazados en virtud del conflicto armado interno colombiano (fl. 18).

Ahora bien, la Corte Constitucional ha establecido ciertas reglas para la inaplicación de las disposiciones del Plan Obligatorio de Salud -POS- (hoy día: Plan de Beneficios en Salud), como son: (i) que el tratamiento o procedimiento sea prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS, (ii) que no exista medicamento, procedimiento o tratamiento análogo incluido en el PBS, que pueda suplir el requerido, (iii) que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar los costos del tratamiento, medicamento o procedimiento prescrito, (iv) la ausencia de dichos medicamentos ponga en riesgo la vida digna e integridad del paciente<sup>37</sup>. En virtud de lo cual, corresponde al juez constitucional puede aplicar directamente la Constitución Política y ordenar el suministro de una prestación médica excluida expresamente del PBS<sup>38</sup>.

En jurisprudencia reiterada la Corte Constitucional ha señalado que cuando los servicios médicos que no están contemplados en el POS (hoy día PBS) sean requeridos con necesidad, las EPS tiene el deber constitucional de garantizar su suministro. Tal como lo expuso la sentencia T-760 de 2008 "*una entidad de salud viola el derecho a la salud si se niega a suministrar un servicio que no está incluido en el Plan de Beneficios en Salud, cuando el mismo se requiera con necesidad*".<sup>39</sup>

A continuación el Despacho verificará la existencia de cada uno de los ítems señalados por parte de la Corte Constitucional con el fin de establecer si en el caso concreto se reúnen todos los requisitos y condiciones que hagan eventualmente procedente la acción de tutela frente a los derechos fundamentales que se aducen vulnerados.

#### **4.10.1. Que la falta del medicamento, implemento o servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere:**

Sobre este punto, los diferentes medios probatorios allegados al expediente dan cuenta que el niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO cuenta con menos de 12 años de edad, pertenece al régimen subsidiado en salud, está afiliado a la NUEVA EPS, él y su núcleo familiar han sido víctimas del desplazamiento forzado y, finalmente, padece secuelas de deformidades congénitas en la cadera con una paraplejia espástica en sus dos miembros inferiores y pie equino varo.

Asimismo, del material probatorio recaudado, también se puede concluir que los médicos tratantes del niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO, en el mes de

<sup>37</sup> Sentencia T-523 de 2011.

<sup>38</sup> Sentencia T-970 de 2010.

<sup>39</sup> Numeral 4.4.3.2.2. del apartado 4.4.3 de la sentencia T-760 de 2008.

mayo del presente año, le diagnosticaron una desnutrición proteico-calórica severa. En consecuencia, con el ánimo de asegurar un estado de salud aceptable, manejar las patologías que padece y evitar riesgos que atenten contra la integridad de la infante en aras de reforzar la protección de su derecho fundamental a la vida digna, le fue prescrito el suministro de 180 botellas de "FÓRMULAS ESPECIALES PARA NIÑOS (...) PEDIASURE LÍQUIDO 237 ML / BOTELLA" para una dosis diaria de 2 unidades por un periodo -inicial- de tres meses (fl. 12).

En tal sentido, como se demuestra en el proceso, existe una clara amenaza al derecho a la salud y la vida del paciente<sup>40</sup> JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO. Por lo anterior, sin que se pueda hacer ningún tipo de conjeturas, para el Despacho es claro que el no suministro del insumo prescrito acarrearía graves perjuicios para la salud del paciente, por el cuadro clínico que padece.

Adicional a lo anterior, el médico tratante indicó que la prescripción del medicamento se justificaba como medida idónea ya que -se reitera- el paciente "SE ENCUENTRA EN UNA DELGADEZ" que hace necesario que se le prescriba "UNA DIETA HIPERPROTEICA" (fl. 7).

**4.10.2. Que el servicio, medicamento o procedimiento no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Plan de Beneficios en Salud:**

En este punto debe indicarse que la Corte Constitucional ha reiterado que en el Sistema de Salud, la persona idónea para decidir si un paciente requiere algún servicio médico, es el médico tratante, pues es quien cuenta con criterios médico-científicos, y conoce ampliamente el estado de salud de su paciente, así como los requerimientos especiales para el manejo de su enfermedad<sup>41</sup>.

En el mismo sentido ha dicho la Corte, que el concepto del médico tratante es vinculante para las EPS cuando se reúnen los siguientes requisitos:

- (i). - Cuando se autorice un servicio y/o tratamiento basado en información científica
- (ii). - Cuando se tuvo en cuenta la historia clínica particular de la persona para autorizarlo.
- (iii). - Cuando se ha valorado adecuadamente a la persona, y ha sido sometida a consideración de los especialistas en el manejo de dicha patología<sup>42</sup>.

Igualmente, dicho Tribunal Constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, obligan a una EPS cuando ésta ha admitido a dicho profesional como "médico tratante" y quien provee las recomendaciones de carácter médico que requiere el paciente. Esas recomendaciones no pueden ser objetadas por la EPS, cuando aquella tuvo noticias de dicha opinión médica, pero no la contravirtió con base en criterios científicos; o bien sea porque el Comité Científico de la entidad valoró inadecuadamente la historia clínica del paciente, pero no sometieron el caso al estudio de un especialista<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-753 de 2001; T-632 de 2002; T-492 de 2004 y T-1069 de 2004.

<sup>41</sup> Sentencia T-882 de 2013 M.P. Dr. LUIS GUILLERMO GUERRERO

<sup>42</sup> sentencias T-378 de 2000 MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; T-741 de 2001 MP Marco Gerardo Monroy Cabra y T-476 de 2004 MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

<sup>43</sup> Sentencia T-760/2008 MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA



En el caso en concreto, se observa que revisadas las Resoluciones N° 244 de 2019<sup>44</sup> y N° 5857 de 2018<sup>45</sup> (ambas expedidas por el del Ministerio de Salud y Protección Social) se observa que *prima facie* el insumo requerido no cuentan con otros artículos sustitutos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud que puedan reemplazarlos funcionalmente.

De hecho, obsérvese que, según lo indicado en el primero de los actos administrativos que acaban de evocarse, el insumo prescrito<sup>46</sup> no está por fuera de lo que puede ser financiado con recursos públicos, al menos tratándose de menores de edad con cuadros médicos y patologías como la del niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO; esto, ya que solamente están excluidos los suplementos dietarios, pero en caso de que se trate de personas sanas:

*"Artículo 1. Adáptese el listado de servicios y tecnologías que serán excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud, el cual se encuentra contenido en AJ el 'Anexo Técnico' que forma parte integral del presente acto administrativo.*

(...)

No.	SERVICIO O TECNOLOGÍA	ENFERMEDAD ASOCIADA AL O AL SERVICIO O TECNOLOGÍA	CONDICIÓN O
(...)	(...)	(...)	(...)
50	SUPLEMENTOS DIETARIOS	PARA PERSONAS SANAS	

Además, la NUEVA EPS en su contestación jamás indicó que el criterio del médico tratante del hoy accionante no hubiera sido admitido por la misma.

Por el contrario, nótese que la entidad accionada no descartó las fórmulas médicas con base en consideraciones de carácter técnico y científico, sino que simplemente se limitó a citar el contenido del artículo 54 de la Resolución N° 5857 de 2018 sin que se indicara si las "FÓRMULAS ESPECIALES PARA NIÑOS (...) PEDIASURE LÍQUIDO 237 ML / BOTELLA" eran de aquellas sustancias nutricionales que "no se financian con recursos de la UPC"<sup>47</sup> o de aquellas que sí están cubiertas por el PBS, como lo son los "aminoácidos esenciales y no esenciales con o sin electrolitos utilizados para alimentación enteral o parenteral", o los "medicamentos parenterales en cualquier concentración, descritos en el Anexo 1" del mentado acto administrativo, o las "fórmulas lácteas"<sup>48</sup> o los "alimentos en polvo con vitaminas, hierro y zinc, según guía OMS"<sup>49</sup>.

#### 4.10.3. Que el interesado no puede costearlo directamente:

La Corte Constitucional, en sentencia T-096 de 2016, señaló que es posible presumir la incapacidad de pago en los casos en que la persona esté vinculada al régimen subsidiado. Sobre el particular, la Corte señaló lo siguiente:

*"(...) Así, paralelamente a las iniciales cinco reglas expresadas en la Sentencia T-017 de 2013, que descargan de una labor probatoria exhaustiva a quien se halla en circunstancias*

<sup>44</sup> "Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud"

<sup>45</sup> "Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)"

<sup>46</sup> FÓRMULAS ESPECIALES PARA NIÑOS (...) PEDIASURE LÍQUIDO 237 ML / BOTELLA.

<sup>47</sup> Parágrafo del artículo 54 de la Resolución N° 5857 de 2018.

<sup>48</sup> Que, según la norma en cita, "se encuentra(n) cubierta(s) exclusivamente para las personas menores de 12 meses de edad, que son hijos de madres con diagnóstico de infección por el VIH/SIDA, según posología del médico o nutricionista tratante"

<sup>49</sup> Que, al tenor de la norma en cita, solo están cubiertos para personas menores entre seis (6) y veinticuatro (24) meses de edad.

*de debilidad y realiza una afirmación indefinida de carencia de recursos, esta Corporación ha asociado la imposibilidad de pago al riesgo de afectación del mínimo vital, la cual, a su vez, no debe ser estimado a partir de la falta de sumas dinerarias específicas sino de la asunción de cargas desproporcionadas o que impliquen un desequilibrio económico ostensible para la persona o su familia. La vinculación al régimen subsidiado en salud, de igual forma, es un criterio que da lugar prácticamente a una presunción de incapacidad de pago, pues es en virtud de esta circunstancia, debidamente acreditada, que el Estado debe proporcionarles asistencia directa y gratuita (...)*<sup>50</sup>  
(Resaltado fuera de texto).

De otra parte, en materia de incapacidad económica, la mentada Corporación judicial ha establecido que: (i) no existe una tarifa legal para su prueba, pues, ya que puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo la presunción legal de la incapacidad, y (ii) se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de nuestra Carta Política.

Las reglas probatorias en materia de incapacidad económica son las siguientes:

*"(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad"*<sup>51</sup>.

Analizada la documental que reposa en el expediente, se presume que el núcleo familiar del niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO no cuenta con los recursos económicos suficientes para costear directamente el valor de las tecnologías en cuestión, en la medida que son personas en condición de desplazamiento forzado, en razón del conflicto armado interno (fl. 18); destacándose que tal hecho no fue controvertido por parte de la NUEVA EPS.

Aunado a lo anterior, se encuentra que conforme a la afirmación realizada por la misma entidad accionada (fl. 43), JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO pertenece al Régimen Subsidiado en Salud Categoría SISBEN - 1, de lo que se presume su incapacidad económica para pagar el medicamento formulado por su médico tratante que no se encuentra en el PBS, sin que haya algún elemento de prueba dentro del plenario que demuestre lo contrario.

Se insiste sobre este punto dado que, según el criterio jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional, en hipótesis como las que nos ocupa en el presente caso, correspondía a la entidad demandada<sup>52</sup> desvirtuar las mismas, razones por las cuales se reitera que este Despacho encuentra probada la incapacidad económica del accionante y su núcleo familiar para pagar de su propio peculio los insumos

<sup>50</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-0096 de 25 de febrero de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>51</sup> Sentencia T- 683 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>52</sup> Ibídem

prescritos por su médico tratante que no se encuentran incluidos en el plan de beneficios del PBS.

**4.10.4. Que el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo:**

Con relación a la necesidad de que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la que se encuentra afiliado el paciente, es necesario traer de presente lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia T-924 de 2011 en donde refirió:

*"(...) Dentro del Sistema de Seguridad Social de Salud, la persona facultada para determinar qué servicio requiere un paciente, es el médico tratante porque<sup>53</sup>: (i) ejecuta tal competencia sustentado en criterios científicos; y (ii) es el profesional que se encuentra en contacto con el enfermo, quien tiene la mayor posibilidad de establecer cuál es el tratamiento más eficaz e idóneo para la enfermedad del convaleciente<sup>54</sup>. Por consiguiente, en principio el criterio "vinculante para la orden del servicio médico es el del profesional adscrito a la E.P.S, pues esta es la encargada de la prestación de las asistencias en Salud"<sup>55</sup> (...)*

*(...) El último requisito establecido por esta Corporación, se refiere a que el servicio médico debe ser ordenado por un profesional adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de la atención clínica al solicitante. No obstante, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte este requisito no es absoluto y puede flexibilizarse en pro de la satisfacción del derecho a la salud y el cumplimiento del principio de integralidad manifestado en la asistencia completa del servicio requerido por un paciente, **que ostente la calidad de sujeto de especial protección constitucional** como son los niños, los adultos mayores o los discapacitados (supra 6.2.). En este mismo sentido, la Corte inaplicó esta regla cuando el procedimiento médico fuera prescrito por un profesional de salud reconocido por el sistema de seguridad social que no se encuentre adscrito a la EPS, siempre que no sea desvirtuado por la entidad, con sustento en criterios técnicos, científicos y en las circunstancias médicas que constan en la historia clínica del paciente (...)" (Resaltado fuera de texto).*

El Despacho encuentra que la orden de suministrar 180 botellas de "FÓRMULAS ESPECIALES PARA NIÑOS (LACTANTES, NIÑOS DE CORTA EDAD Y NIÑOS) - PEDIASURE LÍQUIDO 237 ML /BOTELLA" para una dosis diaria de 2 unidades por un periodo -inicial- de tres meses "AL CABO DE LOS CUALES SE EVALUARÁ LA CONTINUIDAD DEL SUPLEMENTO" (fl. 12), fue expedida el día 23 de mayo de 2019 por la médica tratante de JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO, doctora Ana Francisca Vargas Rojas; profesional de la medicina que se encuentra adscrita a la IPS Famedic de la ciudad de Duitama.

En su informe, la NUEVA EPS no indicó que la citada IPS no fuera parte de su red de servicios, razón por la cual se presume que el insumo prescrito al niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO fue ordenado por un médico adscrito a la EPS a la que se encuentra afiliado el paciente. Por lo tanto, y atendiendo las directrices jurisprudenciales, el requisito del presente subnumeral se encuentra superado.

**4.10.5. Conclusión acerca de la vulneración de los derechos fundamentales del accionante y órdenes a emitir para proteger los mismos:**

Siguiendo los derroteros de lo expuesto en la sentencia T-445 de 2017 de la Corte Constitucional, en la cual dicha Corporación Judicial tuvo que resolver un caso con

<sup>53</sup> Sentencia T-184 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>54</sup> Sentencia T-271 de 1995, SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002 y T-760 de 2008.

<sup>55</sup> Sentencias T-378 de 2000, T-741 de 2001, T-476 de 2004 y T-760 de 2008.

idénticos presupuestos fácticos al que ahora ocupa al Despacho<sup>56</sup>, este Despacho tutelaré los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad personal del niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO.

En consecuencia, se ordenará a la NUEVA EPS que suministre al niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO lo ordenado el día 23 de mayo de 2019 por la médica tratante, consistente en 180 botellas de "FÓRMULAS ESPECIALES PARA NIÑOS (LACTANTES, NIÑOS DE CORTA EDAD Y NIÑOS) - PEDIASURE LÍQUIDO 237 ML /BOTELLA" (fl. 12) por el término de 3 meses (para una dosis diaria de 2 unidades diarias).

Una vez cumplido el trimestre, según lo prescrito por el galeno a cargo del caso del menor de edad, deberá autorizarse y programarse una cita con la respectiva especialidad médica para evaluar "LA CONTINUIDAD DEL SUPLEMENTO" (fl. 12); actuación que estará a cargo de un médico que conozca de primera mano el estado de salud del paciente, el cual deberá (dentro de los parámetros y criterios médicos posibles) establecer si la fórmula médica debe renovarse y, en caso de que la respuesta sea positiva, deberá fijar la condiciones de modo, uso y tiempo en que deben ser proveídos los insumos que demanden el cuadro clínico y las enfermedades del niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO.

De otro lado, en relación con el manejo o tratamiento integral solicitado por el agente oficioso del accionante, con el fin de hacer determinable la orden, evitar la interposición de una acción de tutela por cada servicio, medicamento, procedimiento o insumo que sea requerido; y no desconocer la buena fe que debe presumirse de las actuaciones futuras de la entidad demandada, se precisará que el mismo estará limitado a lo que los galenos tratantes valoren como necesario para el restablecimiento del estado de salud del niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO, y se entenderá concedido solamente en torno al siguiente padecimiento: Desnutrición proteico-calórica severa.

Aunado a lo anterior, se advertirá a la NUEVA EPS: (i) que las órdenes decretadas tendrán efectos hasta que persistan los supuestos de hecho que dieron origen a la tutela de los derechos fundamentales; y (ii) que, en todo caso, cualquier interrupción de las tecnologías en salud decretadas deberá estar sustentada en razones científicas, las cuales tendrán que ser expuestas ante el juez de tutela, quien, de acuerdo con el inciso 4° del Artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, será el encargado de suspender, o no, la provisión de las tecnologías en salud concedidas.

<sup>56</sup> En la providencia evocada de la Corte Constitucional se lee: "1.1.1. La menor Sofía Buitrago Montoya tiene 9 años, pertenece al régimen subsidiado de salud, está afiliada a Savia Salud EPS, padece secuelas de parálisis cerebral, retraso mental e incontinencia urinaria y fecal y, además, el 29 de septiembre de 2015 fue diagnosticada con desnutrición proteico calórica y una disfagia que le impedía tolerar alimentos sólidos y la exponía a un riesgo alto de bronco aspiración, así como a un deterioro progresivo de su estado nutricional. Razón por la cual, en esa fecha la nutricionista le prescribió siete latas mensuales de una fórmula polimérica Pediasure, y el 24 de noviembre del mismo año la médica general suscribió una orden por tres meses en la que le formuló el uso diario de cinco pañales desechables etapa cuatro. 1.1.2. La señora María Angélica Osorio Salazar, quien actuó como agente oficioso en el proceso de tutela y adujo ser hermana de la abuela de Sofía, indicó que la menor no ha podido obtener oportunamente el suministro de aquellos insumos, pues mientras que en unas ocasiones la EPS accionada no los proporcionó a tiempo, o no realizó su entrega, en otras su estado de salud le impidió reclamarlos en el momento indicado y nadie de su familia lo hizo. 1.1.3. Con fundamento en lo anterior, la Señora Osorio Salazar interpuso acción de tutela el 4 de febrero de 2016, en la que indicó que ella y el núcleo familiar de Sofía Buitrago no cuentan con los recursos económicos suficientes para continuar adquiriendo los insumos referidos. Motivo por el cual, la agente oficioso solicitó al juez constitucional ordenar a Savia Salud EPS, primero, autorizar la entrega indefinida de los pañales desechables etapa cuatro y de la fórmula polimérica Pediasure en el municipio en el que reside la agenciada, es decir en Rionegro-Antioquia, y, segundo, garantizar un tratamiento integral a la menor".

Por último, en lo referente a la petición de la NUEVA EPS según la cual requiere que se ordene el recobro a la Secretaría de Salud Departamental del 100% de los servicios no PBS a los que se viera obligada a suministrar al paciente, este estrado judicial señala que no es necesario que el juez de tutela emita un pronunciamiento en relación con la facultad que tienen las entidades prestadoras de servicios de salud para ejercer la acción de recobro frente a la autoridad legalmente obligada a suministrar aquellos que no hacen parte del plan de beneficios. Lo anterior, ya que ello no es un requisito que se les pueda exigir para obtener su reconocimiento y en esas condiciones, se denegará la mentada solicitud. En la sentencia T-727 de 2001 la Corte Constitucional dijo sobre este punto:

*“Por último, en relación con la orden de recobro al Fosyga sostiene la Sala, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente fallo, que la entidad demandada, Salud Total EPS, tiene la posibilidad de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del sistema general de seguridad social en salud, si hubiere lugar, por el valor de los gastos en los que incurra por el suministro de servicios médicos excluidos del PBS, en los términos de la ley 1438 de 2011, es decir por el 100% de los costos de los servicios excluido del PBS. // De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta lo expresado por esta Corporación en la sentencia T-760 de 2008, no le es dable al Fosyga negar el recobro que las EPS presenten, en los eventos en que estas tengan que asumir procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del PBS, por el simple hecho de no estar reconocido de manera expresa en la parte resolutive del correspondiente fallo de tutela, es decir, basta, para que proceda dicho recobro, con que se constate que la EPS no se encuentra en la obligación legal ni reglamentaria de asumir su costo o valor, de acuerdo con lo que el plan de beneficios de que se trate establezca para el efecto. // Así las cosas, la Sala se abstendrá de autorizar de manera expresa, a Salud Total EPS, para que recobre ante el Fosyga el valor de los procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del PBS que requiera el paciente y, para el efecto, será suficiente que se establezca que no está obligada ni legal ni reglamentariamente a asumirlos (...).”*

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Transitorio Oral del Circuito Judicial de Duitama, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

**PRIMERO.- TUTELAR** los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad personal del niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO.- ORDENAR** a la Gerente Zonal de Boyacá de la NUEVA EPS, MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA y/o quien haga sus veces que si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, suministre al niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO lo ordenado el día 23 de mayo de 2019 por la médica tratante, consistente en 180 botellas de “FÓRMULAS ESPECIALES PARA NIÑOS (LACTANTES, NIÑOS DE CORTA EDAD Y NIÑOS) - PEDIASURE LÍQUIDO 237 ML /BOTELLA” (fl. 12) por el término de 3 meses (para una dosis diaria de 2 unidades diarias).

Del cumplimiento de esta orden, la entidad accionada deberá informar a este Despacho en el término indicado en el acápite anterior y, para acreditar el cabal acatamiento de la misma, la NUEVA EPS deberá allegar los medios de prueba necesarios que den fe del suministro de lo prescrito por el médico tratante.

**TERCERO.- ORDENAR** que, una vez cumplido el trimestre descrito en el numeral anterior y según lo prescrito por el galeno a cargo del caso del menor de edad, la

Gerente Zonal de Boyacá de la NUEVA EPS, MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA y/o quien haga sus veces, autorice y programe una cita con la respectiva especialidad médica para evaluar "LA CONTINUIDAD DEL SUPLEMENTO" (fl. 12) a favor del niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO. Se precisa que tal actuación estará a cargo de un médico que conozca de primera mano el estado de salud del paciente, el cual deberá (dentro de los parámetros y criterios médicos posibles) establecer si la fórmula médica debe renovarse y, en caso de que la respuesta sea positiva, deberá fijar la condiciones de modo, uso y tiempo en que deben ser proveídos los insumos que demanden el cuadro clínico y las enfermedades del accionante.

**CUARTO.- ORDENAR** a la Gerente Zonal de Boyacá de la NUEVA EPS, MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA y/o quien haga sus veces, que según las indicaciones y prescripciones de los médicos tratantes adscritos a la Entidad, suministre el tratamiento integral en salud que requiera el niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO y, en tal sentido, garantice la entrega de los demás elementos, suministros, medicamentos, tratamientos y procedimientos que le sean prescritos al niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO para el manejo, la recuperación o estabilización de la siguiente patología: Desnutrición proteico-calórica severa. Lo anterior, aun cuando los mismos no se encuentren incluidos en el PBS.

**QUINTO.- ADVERTIR** a la Gerente Zonal de Boyacá de la NUEVA EPS, MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA y/o quien haga sus veces: (i) Que las órdenes decretadas tendrán efectos hasta que persistan los supuestos de hecho que dieron origen a la tutela de los derechos fundamentales; y (ii) que, en todo caso, cualquier interrupción de las tecnologías en salud decretadas deberá estar sustentada en razones científicas, las cuales tendrán que ser expuestas ante el juez de tutela, quien será el encargado de suspender o no, la provisión de las tecnologías en salud concedidas para el para el manejo, la recuperación o estabilización de la siguiente patología que sufre el niño JESÚS ANTONIO JIMÉNEZ HURTADO: Desnutrición proteico-calórica severa

**SEXTO.- NOTIFICAR** esta decisión a los interesados, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**SÉPTIMO.-** En caso de no ser impugnada oportunamente esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

  
NILSON IVAN JIMÉNEZ LIZARAZO  
Juez

IRC