



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR**

**Valledupar, veintiséis (26) de abril de dos mil diecinueve (2019)**

**Magistrado Ponente: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA**

**REF.: Acción de Tutela – Impugnación Sentencia**

**Accionante: MAURICIO ISMAEL PALLARES QUINTERO, representado por el Personero Municipal de Valledupar.**

**Demandados: NUEVA EPS y la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR**

**Radicación: 20-001-33-33-004-2019-00070-01**

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por la entidad accionada Nueva E.P.S., contra la sentencia proferida el 13 de marzo de 2019, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, por medio de la cual se ampararon los derechos fundamentales invocados por el accionante.

**I. ANTECEDENTES PROCESALES**

**1. Acción de tutela.**

El señor ALFONSO CAMPO MARTÍNEZ, en su condición de Personero Municipal de Valledupar, presenta acción de tutela en representación del menor MAURICIO ISMAEL PALLARES QUINTERO, en contra de la NUEVA EPS y la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR, en la cual expone que dicho menor se encuentra afiliado a la entidad prestadora de servicio de salud NUEVA EPS-S, quien presenta diagnóstico de Epilepsia Focal Refractaria.

Afirma que viene en tratamiento con los medicamentos LEVETIRACETAM 100 MG y ÁCIDO VALPROICO JARABE de 5 ML, ordenados por el Dr. VÍCTOR GUERRA, Neuropediatra, así como también le ordena fórmula líquida con PEDIASURE por presentar desnutrición aguda moderada.

Indica que los medicamentos en mención venían siendo entregados de manera puntual por parte de la NUEVA EPS-S, pero a partir del 23 de enero del presente año no se le están entregando, toda vez que la farmacia aduce no tener convenio con la EPS.

Señala que con la actitud negligente de la entidad accionada, al no garantizar los medicamentos que requiere el menor, no solo pone en riesgo la salud, sino la vida entendida en la noción amplia de vida digna, toda vez que su salud cada día ha ido deteriorándose.

Considera vulnerados los derechos a la vida, integridad física, dignidad humana, igualdad, salud, seguridad social y los derechos de los niños, por lo tanto, solicita se ordene a la NUEVA EPS-S y a la Secretaría de Salud Departamental, garantizar la entrega de los medicamentos LEVETIRACETAM 100 MG, ÁCIDO VALPROICO SML y la fórmula líquida PEDIASURE DE 237 ML, para el menor MAURICIO ISMAEL PALLARES QUINTERO, y todo lo que llegare a necesitar en forma INTEGRAL de acuerdo a la patología que padece, como lo son exámenes, medicamentos y procedimientos, garantizándole así el derecho a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social, de conformidad a la ley.

## **2. Providencia impugnada.**

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, mediante fallo de 13 de marzo de 2019, concedió el amparo de los derechos fundamentales del menor MAURICIO ISMAEL PALLARES QUINTERO, y ordenó a la NUEVA EPS y a la SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la providencia, suministre al referido menor los medicamentos denominados *levetiracetam 100 mg, ácido valproico jarabe 5 ml y fórmula líquida pediasure de 237 ml*; así mismo, ordena el suministro de todos los medicamentos POS y no POS, controles, citas médicas, terapias, exámenes especializados y demás tratamientos que ordene el médico tratante para la recuperación de su salud.

Señala que respecto del manejo integral solicitado por el actor, y anteriormente enunciado, 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, el mismo estará limitado a lo que el médico tratante valore como necesario para el restablecimiento del estado de salud del paciente.

Radicación 20-001-33-33-004-2019-00070-01

A juicio del juzgado, se encuentra demostrado que el menor MAURICIO ISMAEL PALLARES QUINTERO presenta un diagnóstico de epilepsia focal refractaria y desnutrición aguda moderada; diagnóstico que fue dado por su médico tratante, quien le ordenó los medicamentos denominados *levetiracetam 100 mg, ácido valproico jarabe 5 ml y fórmula líquida pediasure de 237 ml.*

Sostiene que no hay duda que las entidades accionadas están vulnerando los derechos fundamentales a la salud, seguridad y vida digna del menor enfermo, puesto que no le han entregado los medicamentos que los médicos tratantes han ordenado para restablecer su salud, por el contrario pretenden imponer una carga adicional a la familia del menor, cuando sostiene la EPS accionada que deben gestionar ante un comité técnico de la entidad la autorización y entrega de los medicamentos, carga que no tiene que atribuírsele al usuario del servicio y mucho menos en el presente caso cuando el paciente es un menor de edad.

Concluye que la NUEVA EPS y la SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR están obligadas a suministrar los medicamentos y el tratamiento integral al menor, esté o no esté excluido del POS; es decir, no pueden interrumpirle la prestación del servicio, hasta tanto el tratamiento haya finalizado y/o se haya superado la enfermedad objeto de dicho tratamiento.

### **3. La impugnación.**

La entidad accionada (Nueva EPS) impugna el fallo anterior, manifestando frente al tratamiento integral, que al evaluar su procedencia que implique hechos futuros e inciertos respecto de las conductas a seguir con el paciente, es conveniente mencionar lo previsto en el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, el cual señala que la protección de los derechos fundamentales se base en una vulneración o amenaza que provenga de autoridad pública o de los particulares.

Por lo tanto, no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir, órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares.

Radicación 20-001-33-33-004-2019-00070-01

De otro lado, manifiesta que en el evento que el despacho decida conceder el amparo deberá adoptar las medidas necesarias para preservar el equilibrio financiero del sistema, disponiendo el respectivo recobro dentro del menor tiempo posible, dando cumplimiento al principio de celeridad que debe caracterizar dicho trámite.

Se refiere también a la vinculación del Estado para la continuidad en el servicio de salud, alegando que por ser un afiliado al régimen subsidiado, solicita se vincule de manera inmediata a la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, para que se haga responsable del recobro y de la entrega de lo requerido por el afiliado, ya que lo pretendido no se encuentra dentro del plan de beneficios de salud.

Aduce que no ha violado el derecho fundamental a la salud, por cuanto ha autorizado el procedimiento por las coberturas PBS, haciendo claridad que los demás tratamientos o procedimientos que no estén cubiertos por el PBS, si el actor manifiesta no tener la capacidad económica para cubrir con el tratamiento debe dirigirse a la entidad territorial de salud. Que la accionante tiene a su disposición otros mecanismos de defensa, que puede hacer valer.

En consecuencia de lo anterior, solicita se revoque el fallo de tutela en virtud de los fundamentos de hecho y de derecho que esbozó.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por disposición del artículo 86 de la Constitución Política, artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación tiene competencia para conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta contra los fallos de tutela proferidos por los jueces administrativos de esta sección del País.

El artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, consagra en el inciso segundo: *“El Juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo (...) si a su juicio el fallo carece de fundamento procederá a revocarlo de inmediato. Si se encuentra el fallo ajustado a derecho lo confirmará...”*.

La Constitución Política, crea la acción de tutela como un mecanismo especial que tiene toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un

Radicación 20-001-33-33-004-2019-00070-01

procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y de las demás personas particulares en los casos que determine la ley.

El problema jurídico a resolver en esta segunda instancia, consiste en establecer si se revoca o no el fallo de primera instancia, que amparó los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida digna del menor MAURICIO ISMAEL PALLARES QUINTERO, porque en consideración de la NUEVA EPS, no es viable ordenar tratamiento integral por involucrar hechos futuros e inciertos y porque debe vincularse a la Secretaria de Salud del Departamento del Cesar, por tratarse de un accionante vinculado al régimen subsidiado, y en todo caso debe ordenarse el respectivo recobro para preservar el equilibrio financiero del sistema.

**1. La salud como derecho fundamental.**

En relación con el derecho a la salud, lo primero que se debe señalar es que el artículo 49 de la Constitución Política consagra este derecho como una garantía a favor de todos los ciudadanos colombianos y a cargo del Estado. De acuerdo con esa norma, al Estado le corresponde:

- Garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación.
- Organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud, conforme con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como establecer políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer las actividades de vigilancia.
- Procurar que la atención básica de los habitantes sea gratuita y obligatoria.

Con la sentencia T – 760 de 2008, proferida por la Corte Constitucional, el derecho a la salud fue reconocido por la jurisprudencia como un derecho fundamental autónomo, sin quedar despojado del carácter de servicio público esencial, ni de derecho prestacional, condiciones que ya la Constitución le había conferido.

concretas y específicas para garantizar la atención integral en salud a las niñas, los niños y los adolescentes.

Este último principio en mención, adquiere relevancia porque a través de él se pretenden crear acciones afirmativas que promuevan el interés superior de las niñas, los niños y los adolescentes en el sistema de salud colombiano, independientemente del régimen de provisión, cubrimiento o financiamiento al cual se encuentren afiliados, al punto que el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 establece que "*su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica*".

Lo anterior no es otra cosa que la vinculación directa del derecho fundamental a la salud con el *principio de integralidad* (art. 8 *ibidem*), que expresa que las personas deben recibir en el momento adecuado todas las prestaciones que pueden llevar efectivamente a la recuperación de su estado de salud, con independencia que estén incluidos o no en el Plan Obligatorio de Salud<sup>8</sup>, y la realización de los postulados contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ratificada a través de la Ley 12 de 1991, la cual en su artículo 24 establece como derecho de las niñas, los niños y los adolescentes, el disfrute del más alto nivel de salud posible y el acceso a servicios para el diagnóstico, el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud. En ese mismo sentido, el artículo 27 de la Ley 1098 de 2006<sup>9</sup> consagra que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral, entendida como la garantía de la prestación de todos los servicios, bienes y acciones conducentes a la conservación o la recuperación de la salud<sup>10</sup>.

### **3. Reglas jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción de tutela para obtener el suministro de prestaciones excluidas del POS.**

Con el fin de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales que pueden verse afectados con la exclusión de determinados medicamentos y tratamientos médicos del POS, la jurisprudencia del Alto Tribunal en materia Constitucional ha establecido los criterios que debe tener en cuenta el Juez de Tutela para ordenar la prestación de los mismos.

<sup>8</sup> Sentencias T-924 de 2011, T-388 de 2012 y T-887 de 2012 (todas del MP Dr. Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>9</sup> "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia".

<sup>10</sup> Sobre el punto, ver sentencia T-105 de 2014 (MP Dr. Luis Ernesto Vargas Silva).

Radicación 20-001-33-33-004-2019-00070-01

procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y de las demás personas particulares en los casos que determine la ley.

El problema jurídico a resolver en esta segunda instancia, consiste en establecer si se revoca o no el fallo de primera instancia, que amparó los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida digna del menor MAURICIO ISMAEL PALLARES QUINTERO, porque en consideración de la NUEVA EPS, no es viable ordenar tratamiento integral por involucrar hechos futuros e inciertos y porque debe vincularse a la Secretaria de Salud del Departamento del Cesar, por tratarse de un accionante vinculado al régimen subsidiado, y en todo caso debe ordenarse el respectivo recobro para preservar el equilibrio financiero del sistema.

**1. La salud como derecho fundamental.**

En relación con el derecho a la salud, lo primero que se debe señalar es que el artículo 49 de la Constitución Política consagra este derecho como una garantía a favor de todos los ciudadanos colombianos y a cargo del Estado. De acuerdo con esa norma, al Estado le corresponde:

- Garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación.
- Organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud, conforme con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como establecer políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer las actividades de vigilancia.
- Procurar que la atención básica de los habitantes sea gratuita y obligatoria.

Con la sentencia T – 760 de 2008, proferida por la Corte Constitucional, el derecho a la salud fue reconocido por la jurisprudencia como un derecho fundamental autónomo, sin quedar despojado del carácter de servicio público esencial, ni de derecho prestacional, condiciones que ya la Constitución le había conferido.

En consecuencia, cuando proceda el amparo del aludido derecho, éste no debe hacerse en conexión con la vida o con la integridad personal, sino que debe tutelarse como derecho fundamental autónomo.

A partir de la sentencia T-760 de 2008, se ha desarrollado la interpretación y aplicación de la Ley 100 de 1993 y demás decretos reglamentarios. Así, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 100, los asociados pueden integrar el Sistema General de Seguridad Social en Salud bajo dos modalidades: los afiliados que, de acuerdo con la capacidad de pago, hacen parte del régimen contributivo o el subsidiado, y los vinculados que, según la misma norma, *“son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.”*

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado<sup>1</sup> que el ordenamiento jurídico colombiano ha prescrito que el derecho a la salud debe garantizarse conforme con el principio de atención integral. En efecto, en la sentencia T-760 de 2008 se estableció lo siguiente:

*“(...) De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.*

*Así, desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera 'con necesidad' (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un estado social de derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere.*

*Existe pues, una división entre los servicios de salud que se requieren y estén por fuera del plan de servicios: medicamentos no incluidos, por una parte, y todos los demás, procedimientos, actividades e intervenciones, por otra parte. En el primer caso, existe un procedimiento para acceder al servicio (solicitud del médico tratante al*

<sup>1</sup> Por ejemplo en la sentencia T-574 de 2010.

**Radicación 20-001-33-33-004-2019-00070-01**

*Comité Técnico Científico), en tanto que en el segundo caso no; el único camino hasta antes de la presente sentencia ha sido la acción de tutela.*

*En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS. (...)*

Por su parte, el numeral 3° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 enuncia este principio de la siguiente manera:

*“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 obligatorio de salud”.*

El literal c) del artículo 156 de la misma ley dispone 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 obligatorio de salud.”*

Así mismo, en la sentencia T-576 de 2008, la Corte Constitucional dijo que el principio de integralidad o integridad, en materia de salud, debe entenderse como *“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la (sic) paciente<sup>2</sup>.”* (Subraya la Sala).

La Corte Constitucional destacó:

*“17.- El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en*

<sup>2</sup> Consultar Sentencia T-518 de 2006.

*Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento<sup>3</sup>.*

(...)

*A propósito de lo expresado, se distinguen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad 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 proyectan las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional, social, para nombrar sólo algunos aspectos.<sup>4</sup> La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un(a) paciente."*

Entonces, la atención médica que deben prestar las EPS debe ser, en todos los casos, integral y completa, incluso en los eventos en los que el médico tratante no haga una prescripción específica o no sugiera que se lleve a cabo un determinado tratamiento cuando este parece vital<sup>5</sup>.

## **2. El derecho fundamental a la salud de las niñas, los niños y los adolescentes.**

La Constitución Política se refiere al derecho a la salud en distintos artículos. Se encuentra catalogado así como un *derecho fundamental de los niños* (artículo 44), una garantía por parte del Estado para el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de *todas las personas* (artículo 49), un valor que se debe proteger respecto de toda persona conforme con el *principio de solidaridad social* (artículo 95) y un objetivo fundamental a ser satisfecho por el Estado en aras de la consecución *del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población* (artículo 366).

<sup>3</sup> Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en diferentes fallos, dentro de los cuales pueden señalarse a manera de ejemplo los siguientes: T-830 de 2006, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-133 de 2001, T-122 de 2001 y T-079 de 2000.

<sup>4</sup> Sobre el particular, se puede consultar las sentencias T-307 de 2007, T-016 de 2007 y T-926 de 1999, entre otras.

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Magistrado ponente: Dr. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS, Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013), REF.: EXPEDIENTE No. 25000-23-42-000-2012-01661-01, ACCIÓN: TUTELA, ACTOR: ISABEL GÓMEZ RODRÍGUEZ Y OTRO, DEMANDADO: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. – NUEVA E.P.S.

Radicación 20-001-33-33-004-2019-00070-01

El derecho a la salud ha sido definido por la Corte Constitucional como la facultad de *"mantener la normalidad orgánica y funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación"*<sup>6</sup> y, así mismo, desde la sentencia T-760 de 2008, dejó claramente establecido que el derecho a la salud es un *derecho autónomo fundamental* que se debe garantizar a todos los seres humanos igualmente dignos.

Esa fundamentalidad del derecho a la salud se hace más rigurosa cuando se trata de brindar protección y cobertura a un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, cuya situación de vulnerabilidad exige un cuidado singular, impone la primacía de sus derechos sobre los de los demás y obliga a la familia, la sociedad y al Estado a *"asistir[los] y proteger[los] para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos"* (artículo 44 Superior).

Justamente, con la reciente expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015<sup>7</sup>, el derecho a la salud fue reconocido como fundamental por el legislador, dotándolo de una naturaleza autónoma e irrenunciable en lo individual, y de un contenido que comprende el acceso a los servicios que se requieran de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.

A partir de ese reconocimiento legal, el derecho fundamental a la salud goza de unos *elementos esenciales* como son la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional, que deben ser garantizados por el Estado y por las entidades encargadas de prestar directa o indirectamente los servicios de salud. Así mismo, se rige por 14 principios orientadores dentro de los cuales cabe destacar los siguientes: (i) *el de universalidad*, que refiere a que todos los residentes en el territorio colombiano disfrutarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida; (ii) *el de equidad*, que impone al Estado el deber de adoptar políticas públicas de mejoramiento de la salud para personas de escasos recursos y sujetos de especial protección; (iii) *el de oportunidad*, que exige la prestación sin dilaciones de los servicios y tecnologías de salud; y, (iv) *el de prevalencia de derechos*, que propende por implementar medidas

<sup>6</sup> Ver, entre otras sentencias de tutela, las sentencias T-597 de 2003, T-1218 de 2004 y T-361 de 2007.

<sup>7</sup> *"Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones"*.

concretas y específicas para garantizar la atención integral en salud a las niñas, los niños y los adolescentes.

Este último principio en mención, adquiere relevancia porque a través de él se pretenden crear acciones afirmativas que promuevan el interés superior de las niñas, los niños y los adolescentes en el sistema de salud colombiano, independientemente del régimen de provisión, cubrimiento o financiamiento al cual se encuentren afiliados, al punto que el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 establece que *"su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica"*.

Lo anterior no es otra cosa que la vinculación directa del derecho fundamental a la salud con el *principio de integralidad* (art. 8 *ibídem*), que expresa que las personas deben recibir en el momento adecuado todas las prestaciones que pueden llevar efectivamente a la recuperación de su estado de salud, con independencia que estén incluidos o no en el Plan Obligatorio de Salud<sup>8</sup>, y la realización de los postulados contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ratificada a través de la Ley 12 de 1991, la cual en su artículo 24 establece como derecho de las niñas, los niños y los adolescentes, el disfrute del más alto nivel de salud posible y el acceso a servicios para el diagnóstico, el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud. En ese mismo sentido, el artículo 27 de la Ley 1098 de 2006<sup>9</sup> consagra que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral, entendida como la garantía de la prestación de todos los servicios, bienes y acciones conducentes a la conservación o la recuperación de la salud<sup>10</sup>.

### **3. Reglas jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción de tutela para obtener el suministro de prestaciones excluidas del POS.**

Con el fin de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales que pueden verse afectados con la exclusión de determinados medicamentos y tratamientos médicos del POS, la jurisprudencia del Alto Tribunal en materia Constitucional ha establecido los criterios que debe tener en cuenta el Juez de Tutela para ordenar la prestación de los mismos.

<sup>8</sup> Sentencias T-924 de 2011, T-388 de 2012 y T-887 de 2012 (todas del MP Dr. Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>9</sup> *"Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia"*.

<sup>10</sup> Sobre el punto, ver sentencia T-105 de 2014 (MP Dr. Luis Ernesto Vargas Silva).

Así las cosas, en Sentencia T- 269 de 2011 señaló:

*“...Debe emitirse una orden de amparo a favor de la persona que requiera un servicio médico no incluido, cuando concurren las siguientes condiciones:*

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

*En adelante, se observará que una empresa encargada de prestar el servicio de salud viola este derecho, si se niega a autorizarlo por no estar incluido en el POS, si presenta las dos primeras y la última de las condiciones antes referidas (“requiera”); cuando registre la condición (iii), lo será con “necesidad”.*

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cuando mediante acción de tutela el juez constitucional conoce de la presunta vulneración del derecho a la salud por la negativa de una Entidad Promotora de Salud de prestar un servicio médico por el hecho de no estar incluido en el POS, es procedente ordenar el suministro de éste, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos por la H. Corte Constitucional al respecto.

#### **4. Caso Concreto.**

En el presente caso, el Personero Municipal de Valledupar presentó acción de tutela en representación del menor MAURICIO ISMAEL PALLARES QUINTERO, en contra de la NUEVA EPS y la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR, por considerar que estas entidades le han vulnerado al mencionado menor sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, integridad física, dignidad humana, igualdad, seguridad social y los derechos de los niños, al no suministrarle los medicamentos LEVETIRACETAM 100 MG, ÁCIDO VALPROICO SML y la fórmula líquida PEDIASURE DE 237 ML, prescritos por el médico tratante. De igual forma solicita que la prestación del servicio sea integral.

Se encuentra demostrado en el expediente que el menor MAURICIO ISMAEL PALLARES QUINTERO, se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud en el régimen subsidiado ante la Nueva E.P.S., pues así lo admite esta entidad y también se extrae de las pruebas obrantes en el proceso. Igualmente está acreditado que el menor padece de *epilepsia focal refractaria y de desnutrición aguda moderada*. También se evidencia que su médico tratante le recetó los medicamentos *Levetiracetam 100 mg, ácido valproico jarabe 5 ml y la fórmula líquida pediasura de 237 ml*, sin que existan en el expediente pruebas que demuestren que estos medicamentos hayan sido entregados al paciente.

El *A-quo* concedió la protección de los derechos invocados en la tutela, ordenando a la NUEVA EPS y a la SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la providencia, suministren al referido menor los medicamentos denominados *levetiracetam 100 mg, ácido valproico jarabe 5 ml y fórmula líquida pediasura de 237 ml*; así mismo, ordena el suministro de todos los medicamentos POS y no POS, controles, citas médicas, terapias, exámenes especializados y demás tratamientos que ordene el médico tratante para la recuperación de su salud.

Inconforme con la decisión, la NUEVA E.P.S., impugna el fallo manifestando que con respecto al tratamiento integral, no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir, órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares.

Indica que por ser el accionante un afiliado al régimen subsidiado, solicita al señor juez vincular a la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, para que se haga responsable del recobro y de la entrega de lo requerido por el afiliado, ya que lo pretendido no se encuentra dentro del plan de salud. Y por último, dice que el accionante tiene a su disposición otros mecanismos de defensa.

Respecto al argumento de la impugnante de que no se debió ordenar un tratamiento integral por tratarse de eventos que aún no se han presentado, debe señalar la Sala que tal y como lo consagra la jurisprudencia citada, cuando se trata de la protección del derecho a la salud, la orden debe ir

Radicación 20-001-33-33-004-2019-00070-01

orientada a que se preste una atención médica que en todos los casos, debe ser integral y completa, máxime que en este caso la fundamentalidad del derecho a la salud se hace más rigurosa por tratarse de brindar protección y cobertura a un menor de edad, que como tal es sujeto de especial protección constitucional, cuya situación de vulnerabilidad exige un cuidado singular, impone la primacía de sus derechos sobre los de los demás y obliga a la familia, la sociedad y al Estado a asistirlo y protegerlo para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (artículo 44 Superior).

Referente a que debe vincularse a la Secretaría de Salud Departamental del Cesar para que responda por el servicio de salud y el correspondiente recobro, es preciso anotar que la acción de tutela fue dirigida en contra tanto de la NUEVA EPS como de la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR, y ambas entidades fueron notificadas del auto admisorio de la acción de tutela, y la orden dada en el fallo de tutela de primera instancia recayó en estas dos entidades, razón por lo cual carece de sentido la aludida petición formulada por la NUEVA EPS en el escrito de impugnación.

Tampoco se acepta lo afirmado por la impugnante de que el accionante tiene a su disposición otros mecanismos de defensa, porque ello no es cierto, ya que la única vía idónea con que cuenta para la protección de los derechos fundamentales que invoca, es la acción de tutela.

Finalmente, en relación con el recobro de los servicios y medicamentos NO POS, se precisa que es un derecho que la NUEVA E.P.S., adquiere una vez preste el servicio u otorgue el medicamento o procedimiento no incluido en el POS al accionante, el cual tiene origen y fundamento en la Ley 1122 del 2007 y no en la sentencia, pues no es el objeto de la tutela ordenar el pago de sumas de dinero, siendo las EPS las que deberán adelantar los trámites administrativos para efectos del referido recobro según sea el caso<sup>11</sup>.

Por todo, al estar demostrada la vulneración alegada por el accionante, la Sala comparte los argumentos esgrimidos por el *A-quo* para conceder el amparo tutelar, razón por la cual se confirmará la sentencia impugnada.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia T- 269 de 2011, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Radicación 20-001-33-33-004-2019-00070-01

Por lo anterior, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutela impugnado, proferido el 13 de marzo de 2019, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO:** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese a las partes o intervinientes por el medio más expedito y eficaz, personalmente, vía fax o por telegrama, y envíese copia de esta decisión al Juzgado de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 037.

*Doris Pinzón Amado*  
DORIS PINZÓN AMADO  
Magistrada

*Carlos Alfonso Guechá Medina*  
CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA  
Magistrado

JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
Magistrado  
-Ausente con permiso-

472	Motivos de Devolución	Desconocido	No Existe Número
		Rehusado	No Reclamado
	Dirección Errada	Cerrado	No Contactado
	No Reside	Fallecido	Apartado Clausurado
		Fuerza Mayor	
Fecha 1	DA	MES	AÑO
	R	D	
Fecha 2	DA	MES	AÑO
	R	D	
Nombre del distribuidor:	Nombre del distribuidor:		
C.C.	C.C.		
Centro de Distribución:	Centro de Distribución:		
Observaciones:	Observaciones:		
06 MAY 2019	C.C. 1'065.616.305		