

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DECISIÓN



Magistrada Ponente:
LAURA JULIANA TAFURT RICO

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
SENTENCIA	GENERAL N° 60 – SEGUNDA INSTANCIA N° 49
ACCIONANTE	S.F.M.
AGENTE OFICIOSO	YERIMAR MORA CÁCERES
ACCIONADOS	NUEVA E.P.S.
VINCULADO	HOSPITAL DEL SARARE E.S.E.
RADICADO	81-736-31-04-001-2022-00148-01
RADICADO INT.	2022-00130
TEMAS Y SUBTEMAS	REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA SALUD Y VIDA - LA PROTECCIÓN REFORZADA A LA SALUD EN SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL – MENORES DE EDAD - ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD -

Aprobado por Acta de Sala **No. 216**

Arauca (Arauca), dos (2) de junio de dos mil veintidós (2022)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la *impugnación* interpuesta por la autoridad accionada Nueva E.P.S., frente al fallo proferido el veintisiete (27) de abril de 2022 por el Juzgado Penal del Circuito Saravena (Arauca), que concedió el amparo de los derechos fundamentales a la *seguridad social, salud y vida* invocados por Yerimar Mora Cáceres, agente oficiosa de la menor S.F.M., dentro de la acción de tutela que instauró contra la entidad impugnante.

II. ANTECEDENTES

Expuso Yerimar Mora Cáceres que su hija S.F.M. está afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado, cuyos servicios son prestados por la Nueva E.P.S.; que la menor tiene un diagnóstico de «*DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA MODERADA*» con «*riesgo de talla baja,*

riesgo de desnutrición global», razón por la que se encuentra en tratamiento con «*FÓRMULAS ESPECIALES PARA NIÑOS DE CORTA EDAD - INFATRINI POLVO CANT 10*», suplemento alimenticio que fue autorizado el 18 de febrero de 2022 por la Junta de Profesionales de la Salud MIPRES.

Manifestó que la calidad de vida de su hija se ha deteriorado debido al incumplimiento de la Nueva E.P.S., por no entregar oportunamente el suplemento nutricional; a su vez, reprochó que la entidad pone barreras en la continuidad del tratamiento, pues este ha sido suspendido hasta por treinta (30) días, lo que ha dificultado el mejoramiento de su patología.

Con base en lo anterior, pidió como medida provisional que se ordene a la Nueva E.P.S. proporcionar «*FÓRMULAS ESPECIALES PARA NIÑOS DE CORTA EDAD INFATRINI POLVO CANT 10*» y, en consecuencia, se amparen los derechos fundamentales a la *seguridad social, salud y vida*, garantizando una atención integral, oportuna y eficaz cada vez que lo requiera su menor hija.

Como soporte de sus pretensiones aportó **(i)** historia clínica de S.F.M. de 17 de febrero de 2022¹, que registra un diagnóstico de «*DESNUTRICIÓN PROTEICO-CALÓRICA MODERADA*» con «*riesgo de talla baja, riesgo de desnutrición global*»; **(ii)** fórmula médica de la misma data², expedida por la especialista en nutrición del Hospital del Sarare E.S.E., que ordenó complementar alimentación con «*FÓRMULAS ESPECIALES PARA NIÑOS DE CORTA EDAD INFATRINI POLVO ADMINISTRAR 1 TOMA CADA 12 HORAS PARA TRATAMIENTO DE 90 DÍAS. REQUIERE 19 LATAS POR 400GR*»; y **(iii)** Acta de la Junta de Profesionales de la Salud MIPRES de 18 de febrero de 2022,³ que aprobó suministro de «*FÓRMULAS ESPECIALES PARA NIÑOS DE CORTA EDAD INFATRINI POLVO ADMINISTRAR 1 TOMA CADA 12 HORAS PARA TRATAMIENTO DE 90 DÍAS. REQUIERE 19 LATAS POR 400GR*».

¹ Cuaderno del Juzgado. 03TutelayAnexos. F. 10

² *Ibíd.* F. 9.

³ *Ibíd.* F. 8.

2.1. Sinopsis procesal

Presentada el 12 de abril de 2022 la acción constitucional⁴, esta fue asignada por reparto al Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), autoridad judicial que mediante auto de la misma fecha⁵ la admitió contra la Nueva E.P.S., vinculó al Hospital del Sarare E.S.E. y decretó la medida provisional pedida por la accionante.

Notificada la admisión, las entidades llamadas al proceso se pronunciaron en los siguientes términos:

2.1.1. NUEVA E.P.S.⁶

Señaló que la menor S.F.M. ciertamente se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado.

Indicó que el área técnica de salud se encuentra en revisión de las ordenes médicas allegadas y que una vez emitido tal concepto, se brindará la información respectiva al despacho, además, deberá ser el médico tratante, quien determine la gestión del usuario en cuanto a solicitud de citas, medicamentos y en general, lo que se requiera para tratar su condición.

Respecto al tratamiento integral, dijo que ha venido garantizando sin dilación alguna los servicios médicos que hasta el momento la usuaria ha requerido, por lo que no es factible decretar la integralidad, dado que ello implicaría presumir la mala fe de la entidad sobre hechos futuros, sumado a que no se advierte un perjuicio irremediable en su salud.

Por lo anterior, pidió declarar la improcedencia de la acción, por no acreditarse la vulneración de derechos, asimismo, negar la atención integral puesto que la misma implica un prejuzgamiento de un hecho futuro; en caso de otorgarse el amparo *ius* fundamental, se le faculte recobrar ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en

⁴ Cuaderno del Juzgado. 02ActaReparto.

⁵ Cuaderno del Juzgado. 05AutoAdmite.

⁶ Cuaderno del Juzgado. 07RespuestaNuevaEps.

Salud – ADRES, los gastos en que deba incurrir para el cumplimiento del fallo y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de prestaciones.

2.2.2. Hospital del Sarare E.S.E.⁷

El asesor jurídico de la E.S.E. manifestó que el 20 de enero, 10 y 17 de febrero de 2022 prestó una atención médica integral a la menor en relación a su diagnóstico «*CONTROL DE SALUD DE RUTINA DEL NIÑO, OTRO PESO BAJO AL NACER, OTROS TRASTORNOS DEL DESARROLLO Y CRECIMIENTO ÓSEO, DESNUTRICIÓN PROTEICO-CALÓRICA AGUDA MODERADA*» y que corresponde la entidad promotora de salud garantizar el cumplimiento de los insumos prescritos por el médico tratante.

2.2. La decisión recurrida⁸

Mediante providencia del veintisiete (27) de abril de 2022, el Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), luego de hacer un recuento fáctico y citar la jurisprudencia aplicable al tema, amparó los derechos fundamentales invocados por Yerimar Mora Cáceres, en calidad de agente oficioso de S.F.M. y, en consecuencia, dispuso:

«(...) **SEGUNDO: ORDENAR** a la empresa NUEVA EPS, a través de su representante o quien haga sus veces o lo reemplace, para que si no lo ha hecho, proceda dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, disponga, garantice y autorice y entregue el complemento alimentario «*FÓRMULAS ESPECIALES PARA NIÑOS DE CORTA EDAD INFATRINI POLVO CANT 10*», y «*CITA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR NUTRICIÓN Y DIETETICA*», en atención al diagnóstico de: «*DESNUTRICIÓN PROTEICOCALORICA LEVE, OTROS TRASTORNOS DEL DESARROLLO Y CRECIMIENTO OSEO*», padecida por la menor [...], ordenados por el médico tratante. Así también deberá la NUEVA EPS proporcionar los demás procedimientos, consultas especializadas y/o medicamentos PBS o NO PBS que requiera para la recuperación de la salud del accionante con ocasión al diagnóstico presentado objeto de la presente acción constitucional.

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA EPS, que en adelante preste toda la ATENCIÓN MÉDICA, EFICAZ Y PRIORITARIA a la menor [...] para el tratamiento de la patología de «*DESNUTRICIÓN PROTEICOCALORICA LEVE, OTROS*

⁷ Cuaderno del Juzgado. 08RespuestaHospitalSarare.

⁸ Cuaderno del Juzgado. 09Fallo.

TRASTORNOS DEL DESARROLLO Y CRECIMIENTO OSEO», por ella sufrida y que es motivo de la presente acción constitucional, teniendo en cuenta el presupuesto máximo trasferido por la Administradora de los Recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud –ADRES, en consideración a lo regulado en las Resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, que empezaron a regir desde el primero de marzo de 2020.

CUARTO: DESVINCULAR de la presente acción de tutela al HOSPITAL DEL SARARE E.S.E., por las razones expuestas en la parte motiva.

Para adoptar la anterior determinación, el Juzgado resaltó que la accionada con su respuesta confirmó que no ha garantizado la prestación de los insumos solicitados pese al diagnóstico padecido por la menor, resultando evidente que persiste una vulneración por parte de la E.P.S., pues el suministro de medicamentos constituye una de sus principales obligaciones, que no se reducen solo hacer entrega efectiva de lo prescrito por el médico tratante, sino también adoptar medidas especiales que no impidan su acceso, ya sea por circunstancias administrativas o económicas.

2.3. La impugnación

Inconforme con la decisión, la Nueva E.P.S. la *impugnó*, oportunidad en la que se opuso a la orden de tratamiento integral, manifestó que no es dable al fallador constitucional 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. Determinarlo de esta manera es presumir la mala actuación de esta institución por adelantado*»⁹.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

Es competente este Tribunal para desatar la *impugnación* formulada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Carta Política.

⁹ Cuaderno del Juzgado. 11ImpugnacionNuevaEPS. F. 3.

3.2. Problema jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si es procedente ratificar la orden del *a quo* que amparó los derechos fundamentales a la *seguridad social, salud y vida* del menor S.F.M., o si, por el contrario, como lo sostiene la Nueva E.P.S., se debe revocar la protección.

3.3. Examen de procedibilidad de la acción de tutela

3.3.1. Legitimación por activa

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

De otra parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, regula la legitimación para el ejercicio de la acción constitucional de tutela, así: **(i)** a nombre propio; **(ii)** a través de representante legal; **(iii)** por medio de apoderado judicial; o **(iv)** mediante agente oficioso. El inciso final de esta norma, también establece que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden ejercerla directamente.

En el presente caso, no hay duda que está dada la *legitimación en la causa* por activa de la señora Yerimar Mora Cáceres, quien manifestó actuar como agente oficioso de su hija S.F.M., debido a que es una menor de edad.

3.3.2. Legitimación por pasiva

De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública e incluso contra particulares, por lo que se encuentra acreditada la legitimación en la causa por pasiva en relación con la Nueva E.P.S., entidad encargada de prestar el servicio de salud a la accionante en atención a su afiliación.

3.3.3. Trascendencia *Ius-fundamental*

Tiene adoctrinado el máximo tribunal de justicia constitucional, que este requisito se supera cuando la parte accionante demuestra que en el caso objeto de estudio se involucra algún *debate jurídico* que gire en torno del contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental; aspecto que se cumple en el asunto sometido a consideración, toda vez que la reclamante funda su amparo ante la urgencia de un suplemento alimenticio y *atención integral* que propenda por garantizar los derechos fundamentales a la *salud* y *vida* de su agenciada. Lo que en principio admite su estudio de fondo.

3.3.4. El principio de *inmediatez*

Refiere a la interposición de la solicitud de amparo dentro de un término razonable, posterior a la ocurrencia de los hechos, para garantizar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, aspecto igualmente acreditado, por cuanto no transcurrieron más de dos (2) meses desde la fórmula médica expedida el dieciocho (18) de febrero de 2022 y hasta la presentación de la solicitud de amparo, doce (12) de abril de 2022, lo que constituye sin duda, un lapso prudente, que lleva a considerar el cumplimiento del *principio de inmediatez*.

3.3.5. Presupuesto de *subsidiariedad*

En cuanto a esta exigencia, como ha sido reiterativo por la jurisprudencia constitucional, el principio general es el empleo del juez ordinario, como vía de solución frente a la transgresión o amenaza del derecho, como lo tiene previsto el artículo 86 CP y el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Puesto que la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela circunscribe la procedencia del amparo a tres escenarios: **(i)** la parte interesada no dispone de otro medio judicial de defensa; **(ii)** existen otros medios de defensa judicial, pero son *ineficaces* para proteger derechos fundamentales en el caso particular, o **(iii)** para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En relación con la protección del derecho fundamental a la *salud*, el mecanismo jurisdiccional de protección que la Ley 1122 de 2007, modificada

por la Ley 1949 de 2019, asignó a la Superintendencia Nacional de Salud no resulta idóneo ni eficaz en las circunstancias específicas de la tutelante, dado que S.F.M. por ser menor de edad, es sujeto de especial protección constitucional que está requiriendo un suplemento alimenticio desde febrero de 2022, y con el ánimo de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, consistente en que la salud de la infante se agrave dada la “*desnutrición aguda moderada*” y retardo en el «*desarrollo y crecimiento óseo*» que padece, la Sala encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad.

3.4. Supuestos jurídicos

3.4.1. Del derecho fundamental a la salud y su goce efectivo, reiteración jurisprudencial.

Conforme se estableció en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, entre otros, la *salud* y el *bienestar*, misma garantía establecida en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando se instituyó que el ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de *salud física y mental*.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 48 de la Constitución Política que la seguridad social es «*un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley (...)*». Y con fundamento en el artículo 49 Superior, todas las personas tienen el derecho de acceder a los servicios de salud cuando así sea requerido, existiendo a cargo de las entidades prestadoras la carga de suministrar los tratamientos, medicamentos o procedimientos requeridos por el paciente, con el fin preservar su vida en condiciones dignas.

Por ello, desde antaño la Corte Constitucional definió el derecho a la salud 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».¹⁰

Así, con la Ley 100 de 1993, que estructuró el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y reglamentó el servicio público de salud, se estableció un acceso igualitario a la población en general al implementar al margen del régimen contributivo, un régimen subsidiado para las personas que no contaban con la posibilidad de gozar de este tipo de servicios. En aras de cumplir con este objetivo, la Ley 1122 de 2007 y la Ley 1438 de 2011 han realizado modificaciones dirigidos a fortalecer el Sistema de Salud a través de un modelo de atención primaria en salud y del mejoramiento en la prestación de los servicios sanitarios a los usuarios. Actualmente la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, elevó a la categoría de fundamental el derecho a la salud, cuyo artículo 2 fue revisado previamente en sede de constitucional mediante sentencia C-313 de 2014, en la que se dijo:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

Esta preceptiva normativa, al igual que los distintos pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional en torno a la naturaleza y alcance de este derecho, permiten establecer que la acción de tutela es procedente cuando está en riesgo o se ve afectada la salud del paciente.

3.4.2. La protección reforzada a la salud en sujetos de especial protección constitucional. Niños, niñas y adolescentes.

Tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, discapacitados y

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-597 del quince (15) de diciembre de 1993, criterio reiterado en los pronunciamientos T-454 del trece (13) de mayo de 2008, T-331 del veintitrés (23) de junio, entre otras.

adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47), la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que en tratándose de los niños, niñas y adolescentes tienen un carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, por virtud del artículo 44 de la Carta Política, en el cual se establecen como derechos fundamentales *“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”* y que *“los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”*

Fue así, que el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, radicó en cabeza del Estado *“implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años”*.

En el campo internacional los derechos fundamentales de los niños gozan igualmente de un amplio reconocimiento y de una especial protección. Por un lado, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 consagra que *“[e]l niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”*, lo cual, a su vez, está establecido en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales que prevén en su contenido disposiciones orientadas a salvaguardar de manera prioritaria los derechos de los menores.

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

Bajo ese panorama, respecto de los menores de edad, el derecho a la salud exige una protección especial y reforzada en atención a su temprana edad y la situación de indefensión en la que se encuentran; y por tal razón, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política, la naturaleza *ius fundamental* de este derecho, expresa y prevalente, requiere un nivel de garantía superior por parte de las EPS, debido a la etapa vital en la que se encuentran, dado que cualquier retraso o negación en la prestación del servicio puede llegar a afectar de manera irreversible su condición médica.

En otras palabras, en tratándose de los niños y niñas, las EPS tienen una carga mayor cuando se trata de remover obstáculos administrativos para asegurarles la prestación del servicio en términos de prontitud, eficacia y eficiencia. En ese sentido, ha dicho la Corte Constitucional, que cuando se afecta la atención de un paciente con fundamento en situaciones extrañas a su propia decisión y correspondientes al normal ejercicio de las labores del asegurador, se conculca el derecho fundamental a la salud, en tanto se está obstaculizando por cuenta de cargas administrativas que no deben ser asumidas por el usuario¹¹, porque:

*“(i) no se puede gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud (oportunidad), (ii) los trámites administrativos no están siendo razonables (eficiencia), (iii) no está recibiendo el tratamiento necesario para contribuir notoriamente a la mejora de sus condiciones de vida (calidad) y (iv) no está recibiendo un tratamiento integral que garantice la continuidad de sus tratamientos y recuperación (integralidad)”.*¹²

Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica oportuna o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro o fuera del PBS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de vulnerabilidad -como la falta de capacidad económica, graves padecimientos en enfermedad catastrófica o se trate de discapacitados, niños y adultos mayores-, son circunstancias que han de ser consideradas para decidir sobre la concesión del correspondiente amparo. Por lo tanto, obligan al juez constitucional a no limitarse por barreras formales en un caso determinado,

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-256 de 2018.

¹² Corte Constitucional, sentencia T-745 de 2013.

por el contrario, en aras de la justicia material su función constitucional es proteger los derechos fundamentales.

3.4.3. Del tratamiento integral.

El tratamiento integral tiene como objetivo garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante. “*Las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos*”¹³. En otras palabras, el derecho a la *salud* no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada o parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos y procedimientos que, en forma *concurrente, armónica e integral*, propenden por la mejoría, hasta el mayor nivel posible, de las condiciones de sanidad del paciente¹⁴.

Por lo general, se ordena cuando **(i)** la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente¹⁵. Igualmente, se reconoce cuando **(ii)** el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas **(iii)** personas que «*exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas*».

Ahora bien, se requiere que sea el médico tratante quien precise el diagnóstico y emita las órdenes de servicios que efectivamente sean necesarias para la recuperación del paciente, así como el que determine el momento hasta el que se precisan dichos servicios. Lo dicho teniendo en consideración que no resulta viable dictar órdenes indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas; pues, de hacerlo, implicaría presumir la mala fe de la EPS en

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-124 de 2016.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-201 de 2014.

¹⁵ Corte Constitucional sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011, posición reiteradas en la Sentencia T-092 de 2018.

relación con el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones con sus afiliados, en contradicción del artículo 83 Superior¹⁶.

Para el caso específico, la integralidad del sistema de seguridad social en salud implica realizar efectivamente el derecho a la alimentación adecuada de los menores de 18 años, desde el cual deben ofrecerse los servicios, procedimientos y/o suplementos nutricionales que tengan a su disposición ante el diagnóstico de desnutrición -crónica, aguda, global, etc- o riesgo de encontrarse en dicha circunstancia. A través de la atención integral en este tipo de eventos, se concreta el principio de prevalencia de los derechos de los niños y niñas sobre los de los demás que exigen una respuesta inmediata y preferente por parte de la familia, la sociedad y todas las autoridades estatales en sus diferentes niveles y funciones,

3.4.3.1. Reglas para el acceso a medicamentos, tratamientos, procedimientos, servicios y/o insumos, excluidos del Plan de Beneficios de Salud

El artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 establece que, el derecho fundamental a la salud deberá garantizarse 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”*, integralidad en la prestación del servicio que fue ratificada por la Corte Constitucional, mediante análisis de constitucionalidad del proyecto de la Ley, en sentencia C-313 de 2014.

Ahora bien, ha dicho esa Alta Corte que, para reclamar servicios asistenciales o elementos que no hacen parte del Plan de Beneficios en Salud, con el fin de constatar si se pueden ordenar o no, que la entidad promotora de salud los suministre, es preciso evidenciar que *“(i) la falta del servicio médico o el medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio o medicamento 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*

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-259 de 2019.

encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”¹⁷.

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 Ley 1751 de 2015, 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)*”¹⁸.

Fue así que se expidió la Resolución 1885 de 10 de mayo 2018 “*Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones*”, cuyo artículo 5, parágrafo 2 establece que toda prescripción que se efectuó a través de esta herramienta tecnológica MIPRES se tendrá como equivalente a la orden o fórmula médica, para ello el artículo establece que el respectivo médico tratante que prescribe el medicamento no financiado con UPC, deberá diligenciar los datos solicitados en el reporte previsto en dicho aplicativo *Web* para su consecuencia aprobación o no por la Junta de Profesionales en la Salud cuando a ello hubiere lugar.

Por su parte, el artículo 30 preceptúa que las EPS deben consultar la herramienta tecnológica MIPRES, para garantizar el suministro efectivo de la tecnología en la salud no financiadas con recursos de la UPC, “*sin que se requieran autorizaciones administrativas o de pertinencia médica de terceros, excepto cuando se trate de la prescripción de tecnologías en salud o servicios*

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-905 de 2010, reiterada en la T-471 de 2018.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-001 de 2018.

complementarios que requieren análisis por parte de la Junta de Profesionales de la Salud, en cuyo caso la aprobación estará dada por ésta y en el evento de ser aprobado deberá suministrarse, en el término de veinticuatro (24) horas a partir de la fecha de la prescripción cuando esta sea de carácter ambulatorio priorizado y de cinco (5) días calendario cuando esta sea ambulatorio no priorizado (numeral 1 y 2 del artículo 33).

3.5. Caso concreto

Como quedó expresado en acápites anteriores, la menor S.F.M. de 2 años de edad, tiene un diagnóstico de «*desnutrición proteico-calórica aguda moderada*» con retraso en el «*desarrollo y crecimiento óseo*», por el cual se encuentra en tratamiento nutricional y complementario con «*FÓRMULAS ESPECIALES PARA NIÑOS DE CORTA EDAD INFATRINI POLVO ADMINISTRAR 1 TOMA CADA 12 HORAS PARA TRATAMIENTO DE 90 DÍAS. REQUIERE 19 LATAS POR 400GR*»¹⁹, cuya orden médica data del 18 de febrero de 2022 por la especialidad de nutrición clínica, que fue además autorizada en la misma fecha por la Junta de Profesionales de la Salud a través del aplicativo MIPRES bajo la atención «*ambulatorio-priorizado*»²⁰.

El juez de primera instancia concedió el amparo el pasado veintisiete (27) de abril de 2022, en tanto consideró que la Nueva E.P.S. estaba vulnerando las garantías constitucionales de la agenciada, quien por ser una niña cuenta con una especial protección constitucional y, en esa medida, es deber de la EPS suministrar el producto nutricional prescrito, así como los demás medicamentos, procedimientos y consultas médicas que requiera para la recuperación de su salud, con ocasión a su diagnóstico.

Decisión frente a la cual expresó inconformidad la Entidad Promotora de Salud, quien solicitó sea *revocada*, al insistir que no ha sido negligente en la prestación del servicio de salud a la paciente y porque decretar el tratamiento integral sería adelantarse a hechos que no han ocurrido.

¹⁹ Cuaderno del Juzgado. 03TutelayAnexos. F. 9.

²⁰ *Ibíd.* F. 8.

En ese contexto, encuentra la Sala que el suplemento alimenticio Infatrini 400 gr fue autorizado a través de la plataforma MIPRES, por la Junta de Profesionales de la Salud mediante Acta 136 del 18 de febrero 2022, y no reposa en el plenario prueba siquiera sumaria que acredite que la Nueva E.P.S. haya entregado a favor de la tutelante dicho insumo alimenticio dentro del término previsto por la Resolución 1885 de 2018 (24 horas después de la prescripción cuando la atención es ambulatorio-priorizado).

Aunado a lo anterior, el Juez de primera instancia previo a dictar sentencia decretó a favor de la accionante como medida provisional que «*la Nueva E.P.S. proporcionar[a] el suplemento «FÓRMULAS ESPECIALES PARA NIÑOS DE CORTA EDAD INFATRINI POLVO CANT 10»*, misma que no fue acatada por la accionada, según la información suministrada al Despacho por la agente oficiosa ²¹, lo que evidencia la negligencia e incumplimiento por parte de la Nueva E.P.S., no solo al haber desacatado la orden del *a quo* sino también la aprobación surtida por la Junta Médica de Profesionales de la Salud y, la relevancia constitucional de los derechos de los niños como sujetos de especial protección.

En este punto, es menester recordar que el artículo 44 de la Constitución, establece la alimentación equilibrada como uno de los derechos fundamentales de los niños, niñas y jóvenes:

“ARTÍCULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás...”
(Subraya fuera de texto)

²¹ Información corroborada mediante llamada telefónica el día 25 de mayo de 2022 al abonado telefónico 3224207713.

Precepto supralegal que está en consonancia con el contenido de los artículos 24 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que integra el bloque de constitucionalidad, los cuales consagran los derechos de los menores de 18 años al disfrute del más alto nivel posible de salud y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. En particular, establecen que los Estados deben esforzarse en *“(i) combatir las enfermedades y la malnutrición; (ii) suministrar los alimentos nutritivos adecuados; (iii) asegurar que los padres conozcan los principios básicos de la salud y nutrición de los niños; (iv) adoptar las medidas pertinentes para apoyar a los padres y a otras personas responsables del niño en la realización efectiva de su derecho a un nivel de vida adecuado y, si es necesario, a proporcionar asistencia material y programas de apoyo, en especial, frente a la nutrición, vivienda y vestuario de esta población; (v) tomar las medidas apropiadas para asegurar el pago de alimentos por parte de los progenitores o las personas obligadas legalmente a ello, entre otros aspectos”*²².

Ahora bien, acerca de la *atención integral en salud*, recuérdese que lo manifestado por la agente oficiosa en el escrito de tutela, refiere a que el tratamiento ha sido en distintas ocasiones suspendido, lo que ha afectado su eficacia e imposibilitado su avance, por tal motivo, esta Corporación encuentra que la accionante reúne todos los requisitos definidos por la jurisprudencia constitucional para que se le garanticen los servicios de *salud* como lo dispuso el juez de primer grado, a efectos que pueda continuar con el tratamiento por la especialidad de nutrición clínica.

En efecto, según se constató la fórmula médica del alimento nutricional Infatrini cuenta con aprobación de la junta de profesionales de la salud del MIPRES desde el 18 de febrero de 2022, insumo que la Nueva E.P.S. a la fecha de interposición de la tutela no había entregado, con el argumento de que *«nos encontramos validando las órdenes médicas allegadas»*²³, pese a que se itera existía prescripción aprobada en esa misma data, siendo su obligación consultar el aplicativo web MIPRES y suministrar el medicamento en el plazo establecido para ello según el tipo atención, que para el caso según se verificó,

²² Corte Constitucional, sentencia T-029 de 2014.

²³ Cuaderno del Juzgado. 07RespuestaNuevaEPS. F. 2.

era de 24 horas por el ámbito de la atención -«**ambulatoria-priorizado**»-, omisión cierta de la EPS que constituye una amenaza a los derechos fundamentales a la salud y vida de la menor S.F.M., quien por su corta edad goza de una protección constitucional reforzada, que implica el deber de la EPS de procurar la provisión de los insumos que necesita para superar su situación de desnutrición, más aún, cuando este tipo de diagnóstico puede desencadenar otro tipo de patologías y trastornos, que afectan la realización de otros derechos fundamentales como la educación.

De lo expuesto se concluye que la atención integral en salud es una obligación ineludible de todos los entes encargados de la prestación del servicio y su reconocimiento es procedente vía tutela, siempre y cuando “*se haya concretado a priori una acción u omisión que constituya una amenaza o vulneración de algún derecho fundamental*”²⁴, y existan indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez de tutela, para el caso un diagnóstico médico de las patologías de la menor de edad.

Sin necesidad de más consideraciones, este Tribunal desestimaré los argumentos de la entidad impugnante; y en aras de propender por los derechos fundamentales de la menor agenciada se **CONFIRMARÁ** la sentencia recurrida.

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, la **Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca**, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veintisiete (27) de abril de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-531 de 2012.

SEGUNDO: Por secretaría **NOTIFÍQUESE** esta decisión a las partes, **COMUNÍQUESE** al juzgado de conocimiento de la manera más expedita y **REMÍTASE** el expediente en formato digital a la Corte Constitucional para su eventual revisión, según las directrices impartidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



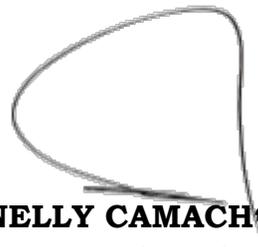
LAURA JULIANA TAFURT RICO

Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Magistrada



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ

Magistrada