

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TREINTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Radicación: 110013105030-20210046100

Accionante: Lorena Zapata Gómez, en representación de su menor hijo Julián Martín Valbuena Zapata

Accionados: Compensar EPS – Instituto Roosevelt – Secretaría de Salud de Cundinamarca – Clínicos Programas de Atención Integral IPS – Fundación Avante - Superintendencia de Salud y Secretaría de Salud de Cundinamarca.

En Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

I. OBJETO A DECIDIR

Acción de tutela instaurada por la madre del menor Julián Martín Valbuena Zapata, en contra de Compensar EPS – Instituto Roosevelt – Secretaría de Salud de Cundinamarca – Clínicos Programas de Atención Integral IPS – Avante y Superintendencia Nacional de Salud, por la presunta vulneración de los derechos a la vida y salud del menor.

II. RESEÑA FÁCTICA

Manifiesta la madre del menor Julián Martín, que en la actualidad el niño tiene 12 años de edad, que desde su etapa preescolar se hacían evidentes anomalías psicológicas; que a los 3 años se recomendaron y realizaron terapias a nivel lenguaje y ocupacional para tratar las anomalías, sin obtener diagnóstico concreto; a los 7 años, se remite al menor a la clínica La Paz en donde la psicóloga se refiere al niño como grosero y mal educado; la institución académica indica dificultades de aprendizaje y en las relaciones sociales; igualmente afirma haber acudido a institución privada en donde le practicaron terapias de

psicológica – lenguaje - fonoaudiología y ocupacional, las que terminaron en 2019 sin diagnóstico concreto; afirma que sobrevino la pandemia y fue despedida; nuevamente, en la institución educativa le comunican falencias y un posible síndrome de ASPERGER; que el día 6 de mayo de los corrientes, Compensar remite al menor a terapia ocupacional y del lenguaje, ordena fisioterapia a la IPS SOMHER, institución que indica que el menor tiene discapacidad definitiva en las habilidades motoras y ordena remisión a terapia integral durante 6 meses, las cuales son autorizadas por Compensar ante la Fundación AVANTE y psicología infantil en Nuestra Señora de La Paz, en donde se diagnostica sospecha de autismo en la niñez y sospecha de trastorno del desarrollo en las habilidades escolares sugiriendo pruebas de inteligencia y neuropsicología con posterior envío a psiquiatría (pruebas que no se realizaron), aun así, dan diagnóstico de sospecha de AUTISMO EN LA NIÑEZ y sospecha de TRASTORNO DE ANSIEDAD NO ESPECIFICADA (realizado de manera virtual y sin interacción presencial); el menor es remitido a valoración de genética humana ante el Instituto Roosevelt, en donde la profesional menciona sospecha de espectro autista; la EPS autoriza tratamiento de psicología en la IPS Clínicos, la que determina sospecha de autismo atípico dando orden para resonancia magnética y control en 3 meses, con pendiente de microarrays. Finalmente arguye que se realizó junta médica en el Instituto Roosevelt, en donde se determina perfil cognitivo limítrofe en estudio; frente a la ambigüedad del diagnóstico, si bien se han realizado terapias, no se sabe si las mismas son idóneas (diagnóstico tardío), solicita el agendamiento para la realización de pruebas cognitivas con el fin de que se profiera dictamen y continuar de esa manera con la etapa académica del menor.

Señaló la petente que las entidades accionadas vulneran los derechos de su hijo, al no practicarle las pruebas oportunas para dictaminar su enfermedad.

III. PRETENSIONES

Solicitó la accionante se amparen los derechos fundamentales de salud en conexidad con la vida y el derecho a la educación, y como consecuencia de ello se ordene a las accionadas *“se dé un dictamen en concreto puesto que es evidente el diagnóstico tardío, por tanto que*

corresponda las pruebas cognitivas de manera inmediata a fines de que se certifique el diagnóstico y que se dé el agendamiento oportuno para el resultado de dichas pruebas ya que como se esboza en los hechos manifiestan que no hay disponibilidad, esto a efectos de poder continuar con la etapa académica de mi hijo”.

IV. ANTECEDENTES PROCESALES

El 13 de octubre de 2021, se admitió la acción de tutela ordenándose correr traslado de la demanda de tutela a las accionadas para que, en el término de dos (2) días hábiles, a partir del recibo de la comunicación presentara las excepciones respecto de los fundamentos fácticos de la citada demanda.

V. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

5.1. SECRETARIA DE SALUD DE CUNDINAMARCA

La entidad accionada por intermedio del Director Operativo, Walter Alfonso Flórez Flórez, manifiesta que, *“JULIAN MARTIN VALBUENA ZAPATA, se encuentra en la base de ADRES (antes FOSYGA) –BDUA afiliado a régimen CONTRIBUTIVO en la (EPS COMPENSAR) de la Ciudad de BOGOTA. Por lo tanto se encuentra condición de BENEFICIARIO; se trata de una paciente con Dx: AUTISMO EN LA NIÑEZ, esto quiere decir que la ATENCIÓN MEDICA INTEGRAL, suministro de exámenes, diagnósticos, procedimientos, tratamientos, medicamentos, médico, etc., relacionado con la patología de base que lo aqueja, está a cargo de la EPS COMPENSAR, quien es la Institución que debe garantizar el tratamiento prescrito por los médicos tratantes; indica que no hace parte de nuestro objeto social garantizar los servicios de salud incluidos en el PLAN DE BENEFICIO A CARGO DE LA UPC, correspondiéndole directamente a las EPS, en este caso la EPS COMPENSAR, quien es la que percibe los dinero para estos servicios, los cuales garantizan a través de su red de prestación de servicios contratadas por las EPS; informa que, dentro de las competencias de la SECRETARIA DE SALUD DE CUNDINAMARCA, esta garantizar la prestación de servicio de salud de la población pobre no cubierta y los eventos NO POSS del RÉGIMEN SUBSIDIADO del DEPARTAMENTO DE*

CUNDINAMARCA; indica que las entidades Promotoras de Salud (EPS) son entidades particulares, sociedades comerciales, que prestan un servicios público que hacen parte del SGSSS reguladas por Ley 100 de 1993, Art. 177 y siguientes, y el Decreto 1485 de 1994, por lo tanto la Secretaria de salud Departamental no es el superior jerárquico de las EPS y EPS-S, como tampoco de las IPS”.

Solicita no se impute responsabilidad, y por consiguiente se desvincule de la presente acción jurídica, toda vez que son las EPS-S COMPENSAR, quien le corresponde la atención integral el paquete de servicios y tecnologías.

5.2. INSTITUTO ROOSEVELT

Por intermedio del señor Carlos Enrique Mendoza Buitrago, en calidad de Representante Legal (s) manifiesta que “*Julián Martín Valbuena Zapata, ha sido atendido en dos ocasiones por las especialidades de Genética Humana y Junta de Observación “DIAGNOSTICO: Perfil cognitivo limítrofe de estudio. PLAN DE MANEJO: Control por psiquiatría infantil en 3 meses. Se recomienda mantener vinculación escolar. SS// Pruebas cognitivas. Programa de rehabilitación integral en modalidad individual que incluya 3 sesiones de psicología conductual, 3 sesiones de terapia ocupacional, 3 sesiones de terapia de lenguaje, orden para 3 meses (las recibe en AVANTE) Sesión de observación de control en 6 meses, indica que el paciente se encuentra asignado desde el 03 de noviembre a las 4:00 pm con la Dra. Ana María Castro en la sede Propace bajo la reserva de cita 1083786; ratifica su voluntad de servicio y el interés de continuar atendiendo a este paciente si así lo solicita y autoriza su familia y autoriza la entidad aseguradora, en razón a que el contrato de prestación de servicios de salud con la EPS Compensar se encuentra vigente a la fecha; finalmente indica que de acuerdo con la normatividad vigente la EPS y por norma general es la que garantiza a sus afiliados el acceso a servicios, suministro de los procedimientos y medicamentos ordenados a este paciente por sus médicos tratantes”. Afirma que el Instituto Roosevelt no le ha negado la atención al paciente, solicitando se desvincule de la acción.*

5.3. EPS COMPENSAR

A través de Germán David García Cárdenas; en relación a la medida provisional manifestó: *“a través de la IPS Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, se dispuso la programación de las pruebas cognitivas que requiere el menor JULIAN MARTIN VALBUENA ZAPATA, en la siguiente forma:*

PRIMER CICLO DE PRUEBAS: El primer ciclo de pruebas se programó para el 30 de noviembre de 2021 a las 4 y las 4:30 PM, con la Dra. Ana María Castro. SEGUNDO CICLO DE PRUEBAS: El segundo ciclo de pruebas se programó para el 7 de diciembre de 2021 a las 2 y 2:30PM, con la con la Dra. Ana María Castro. TERCER CICLO DE PRUEBAS: El tercer ciclo de pruebas se programó para el 13 de diciembre de 2021 a las 2, 2:30, 4 y 4:30 PM, con la con la Dra. Ana María Castro. CUARTO CICLO DE PRUEBAS: El cuarto y último ciclo de pruebas se programó para el 14 de diciembre de 2021 a las 3 PM., con la con la Dra. Ana María Castro. Todos los ciclos de pruebas cognitivas para el menor JULIAN MARTIN VALBUENA ZAPATA se realizarán en la IPS Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt (sede PROPACE Cra.54 -65/85 barrio modelo norte). La programación anterior fue confirmada telefónicamente por el menor Lorena Zapata Gómez, quien confirmo asistencia”.

Indica no estar vulnerando derecho fundamental alguno al menor, haber actuado conforme a la ley programando las pruebas cognitivas requeridas por Julián Martín Valbuena Zapata, a efectos de que sus médicos tratantes prescriban los servicios que resulten necesarios para el tratamiento de sus patologías y la recuperación de su condición actual de salud. En relación con el TRATAMIENTO INTEGRAL, *manifiesta enfáticamente que se trata de una solicitud basada en HECHOS FUTUROS, aleatorios y no concretados en violación a derecho fundamental alguno, motivo por el cual resulta a todas luces, improcedente, máxime cuando no se le ha negado servicio alguno a la paciente.*

Asevera que procederá de conformidad con la Ley, una vez un médico tratante de la red de galenos de COMPENSAR EPS expida orden médica alguna, de manera que si estuviese dentro del PBS, procederá a autorizar el mismo.

Solicita declare el cumplimiento a la medida provisional, teniendo en cuenta que se dispuso la programación de los cuatro ciclos de pruebas

cognitivas que requiere el menor, no existir servicios de salud pendientes en su favor.

En último lugar solicita, se DECRETE LA IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA interpuesta por LORENA ZAPATA GOMEZ en representación de JULIAN MARTIN VALBUENA ZAPATA, POR HABER garantizado en forma diligente todos los servicios requeridos para el manejo de las patología y se ha dado cabal cumplimiento a la MEDIDA PROVISIONAL ordenada; de igual manera solicita, no ordenar tratamiento integral, como quiera que frente a ello no existe un hecho específico de negación de servicios por parte de la EPS que presuntamente este vulnerando o amenazando sus derechos fundamentales.

5.4. CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LA PAZ

Al contestar la acción, Edwar Andrei Corredor Rodríguez indica haber brindado la atención requerida a Julián Martín Valbuena, conforme a las autorizaciones expedidas por su EPS, bajo el cuidado de un equipo de profesionales especializados, quienes han dado cumplimiento a los estándares que la ciencia médica, y la lex artis han previsto para el diagnóstico prescrito al apaciente; expone que el menor ha accedido a todos los servicios médicos que requería, fue atendido por un grupo de galenos especialistas en la patología que presenta y que de acuerdo con el criterio médico determinaron correctamente el tratamiento dado al paciente; manifiesta que de acuerdo con las anotaciones de la historia clínica, que la atención médica brindada al paciente en la entidad fue adecuada y oportuna dentro de las posibilidades que permite el sistema general de salud. Afirma finalmente que, no existe omisión alguna por su parte frente a las obligaciones que son atribuidas por la ley a las IPS.

Solicita se desvincule a la Clínica de Nuestra Señora de La Paz, del trámite constitucional en la medida en que no ha vulnerado los derechos fundamentales del menor.

5.5. FUNDACION AVANTE

La accionada, a través de la Directora General, Patricia Acosta Zambrano, mediante correo electrónico allegado al despacho indica *“En atención a los solicitado informo que desde el 17 de agosto el usuario Julián Martín Valbuena Zapata ha venido recibiendo intervención especializada en las áreas de psicología, fonoaudiología y terapia ocupacional desde agosto 17 y hasta la fecha según lo estipulado en orden médica, llegó con remisión a programa terapéutico por diagnóstico de Autismo en la niñez F841 según se refiere en la tutela, se quiere aclarar el diagnóstico pero unas pruebas cognitivas no cambian este diagnóstico si lo que se busca es aclarar un diagnóstico de síndrome de asperger se requieren otras pruebas especializadas que no están cubiertas por esta ni por ninguna EPS, solo se aplican de manera particular, y cabe aclarar que el síndrome Asperger forma parte del Trastorno de espectro autista”*.

5.6. CLINICOS IPS

Mauricio Guevara Marín, Representante Legal Suplente de Clínicos Programas de Atención Integral S.A.S. IPS, indica que, la institución prestadora de salud ha brindado de manera oportuna, eficiente y eficaz el servicio de salud a Julián Martín Valbuena Zapata, argumentando que en sus registros cuenta con última atención el día 24 de agosto de 2021 para valoración por parte de la especialidad de Neuro Pediatría, donde la Doctora Sara Lanau Pérez emitió concepto:

“Julián, 11 años, sin antecedentes de importancia, antecedente de pre termino de 34 semanas, peso 1800 gramos Sospecha de TEA, inicio de terapias integrales Se recomienda continuar escolarización y terapia Pendiente Microarray ordenado por genética Se continua estudio con RM cerebral simple Control en 3 meses presencial con resultados.”

Alega que la institución se encarga exclusivamente de prestar atención médica especializada al paciente, emitiendo por consiguiente las órdenes de medicamentos, insumos y servicios que requería el paciente para el tratamiento de su enfermedad. Así mismo indica que, la IPS ha obrado conforme a derecho y ha cumplido en todo momento con las obligaciones que tiene a su cargo como institución prestadora de salud, puesto que, se le han brindado al menor todos los servicios médicos contratados con Compensar EPS y que ha requerido para tratar su enfermedad de manera oportuna, eficiente y eficaz. En último lugar

expresa que carece de legitimación en la causa por pasiva.

5.7. Al correo institucional de despacho no se allegó respuesta por parte de la accionada Superintendencia de Salud, lo anterior, a pesar de haber sido notificada de la presente acción el día 14 de octubre de la presente anualidad.

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

6.1 COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y reglas de reparto del Decreto 1382 de 2000, este Juzgado es competente para emitir el fallo correspondiente dentro de este asunto en atención al factor territorial y a la naturaleza jurídica de la entidad demandada.

6.2 PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si las accionadas están vulnerando los derechos fundamentales del menor Julián Martín Valbuena Zapata ante la presunta omisión en la práctica de exámenes con el fin de obtener diagnóstico cierto para su enfermedad.

6.3 MARCO JURÍDICO

La acción de tutela está consagrada con el objeto de proteger de manera inmediata los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad mediante un procedimiento preferente y sumario.

En cuanto al derecho a la salud, la Corte Constitucional, mediante sentencia T-266 de 2020 señaló:

“El derecho a la salud El PIDESC establece que los Estados Parte “reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.¹ Por su parte, la Constitución Política enuncia que la atención en salud es una responsabilidad a

¹ Aprobado en el ordenamiento colombiano mediante la Ley 74 de 1968.

cargo del Estado (art. 49). Posteriormente, la Ley 1751 de 2015 reconoce el derecho a la salud como fundamental, autónomo e irrenunciable, comprendiendo “el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud”.² Las características asociadas al derecho a la salud son esenciales a él y se encuentran regulados en el artículo 6° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y fueron reconocidos inicialmente por la Observación General N°14. Tales elementos son cuatro: la disponibilidad³, la aceptabilidad,⁴ la calidad e idoneidad profesional⁵ y la accesibilidad. No obstante, para el asunto objeto de análisis la Sala analizará únicamente a la accesibilidad. Asimismo, precisará los contenidos de los mandatos de la solidaridad para delimitar las obligaciones del Estado

A. La accesibilidad

El PIDESC indica que el acceso en condiciones de igualdad a los servicios médicos, comprende (i) la no discriminación,⁶ (ii) la accesibilidad física,⁷ (iii) el acceso a la información⁸ y (iv) la accesibilidad económica⁹. En este sentido, la accesibilidad significa que los servicios y tecnologías deben estar disponibles para lograr el mayor nivel de salud posible y que sean asequibles a todas las personas, sin discriminación y con observancia de las diferencias culturales, etarias, sociales y de género que existan entre ellas.

Accesibilidad económica (asequibilidad).¹⁰ *Los bienes y servicios relacionados con el sector de la salud deben estar al alcance de los miembros de la sociedad. Para ello, el pago por la atención médica y los insumos que requieran un tratamiento deben responder a criterios de equidad y asegurar que los grupos socioeconómicamente más*

² Artículo 2°.

³ La **disponibilidad** se refiere a la existencia de suficientes servicios, tecnologías e instituciones para asegurar prestaciones en salud en condiciones sanitarias adecuadas, así como de programas de salud, medicamentos, personal médico y profesional competente

⁴ La **aceptabilidad** implica que todos los agentes del sistema deben respetar la ética médica, la diversidad de género y las diferencias culturales y etarias entre las personas. Para asegurarlo, debe permitirse la participación de los usuarios en las decisiones que les afecten y garantizar la confidencialidad de su información.

⁵ La **calidad e idoneidad profesional** atañe a la necesidad de que el servicio responda a conceptos médicos y técnicos, como a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas, lo que conduce a la necesidad de que se preste con “*personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas*” (Ley 1751 de 2015. Artículo 4).

⁶ “**No discriminación.** Conforme este imperativo, los bienes y servicios de salud “deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población” Sentencia T-409 de 2019

⁷ “**Accesibilidad física.** Según esta exigencia los servicios de salud deben estar al “alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial [de] los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA”. Según este mandato, se espera que los servicios se encuentren ofertados a una “distancia geográfica razonable” y en edificaciones a las que las personas en condición de discapacidad física puedan ingresar en forma autónoma.” Sentencia T-409 de 2019.

⁸ “**Acceso a la información.** Las personas tienen el derecho a solicitar, recibir y difundir información e ideas sobre temas de salud, sin comprometer la confidencialidad de sus datos personales.” Sentencia T-409 de 2019.

⁹ “**Accesibilidad económica (asequibilidad).** Los bienes y servicios relacionados con el sector de la salud, deben estar al alcance de los miembros de la sociedad. Para ello el pago por la atención médica y los insumos que requiera un tratamiento, deben responder a criterios de equidad y asegurar que los grupos socioeconómicamente más vulnerables puedan acceder a la totalidad de la oferta, sin discriminación en razón de la capacidad económica que tengan para asumir su costo.” Sentencia T-409 de 2019.

¹⁰ Sentencias T-884 de 2003, T-739 de 2004, T-223 de 2005, T-905 de 2005, T-1228 de 200, T-1087 de 2007, T-542 de 2009 y T-550 de 2009.

vulnerables puedan acceder a la totalidad de la oferta, sin discriminación por la capacidad económica que tengan para asumir su costo.

El Estado está en la obligación de consolidar un sistema institucional que, progresivamente, permita asegurar el ejercicio del derecho a la salud por parte de cada uno de los ciudadanos, sin barreras económicas, pues como lo ha reconocido la Organización de Naciones Unidas, “en muchos casos, sobre todo por lo que respecta a las personas que viven en la pobreza, ese objetivo es cada vez más remoto”.¹¹

La accesibilidad en todas sus facetas debe estar asegurada conjuntamente en cada caso particular para que una persona pueda predicar el ejercicio del derecho a la salud. El propósito es que todas las personas y, en forma preferente, aquellas que estén en condición de vulnerabilidad puedan acceder al sistema y a los beneficios incluidos en él, y que una vez iniciada la prestación de un servicio este no pueda ser discontinuado por motivos administrativos o económicos (principio de continuidad). El servicio de transporte para las personas en situación de vulnerabilidad compone uno de los elementos del principio de continuidad para acceder a la salud, que esta Sala analizará más adelante.

1. Escenarios constitucionales del derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia constitucional

El derecho a la salud tiene variadas comprensiones concretas y, por tanto, tiene amplias opciones en su manifestación. Estas diferentes manifestaciones nacen de la comprensión de la salud como un derecho fundamental -dimensión individual- y, a su vez, como un servicio público -dimensión colectiva-.

Ellos son un ejercicio de comprensión de las diferentes garantías que tienen las personas y, asimismo, precisa las obligaciones que tiene el Estado y las empresas promotoras de salud con respecto a la prestación del servicio público de salud. Dentro de estas manifestaciones se encuentran en la jurisprudencia, entre otras, (i) la garantía del transporte, alimentación y alojamiento tanto del paciente como de su acompañante; (ii) la atención domiciliaria; (iii) la garantía de la entrega oportuna de medicamentos, práctica de exámenes prescritos y derecho al diagnóstico; y, (iv) la garantía de amparo integral de los pacientes.

1.1. ... Sobre el derecho al diagnóstico y el acceso a servicios, insumos y tecnologías en salud conforme con la Ley 1751 de 2015 y las resoluciones 1885 de 2018, 244 de 2019, 3512 de 2019 y 205 de 2020

La jurisprudencia constitucional ha examinado hipótesis concretas sobre problemas de la garantía del derecho a la salud -diferentes a las hipótesis de accesibilidad previstas en la sección anterior-. Estas se distinguen en que desconocen, por una parte, facetas subjetivas del derecho a la salud y, por la otra, implican una ineficiencia en la prestación del servicio público de salud. Entre ellas se evidencian i) la vulneración del derecho al diagnóstico; ii) la negación de accesos a servicios, insumos y tecnologías ordenadas por el médico tratante.

¹¹ *Ibídem.*

a. *Sobre el derecho al diagnóstico. Reiteración de jurisprudencia*

*Sobre el derecho al diagnóstico la jurisprudencia constitucional ha establecido que el principio de integralidad no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada¹². En ese sentido, debe existir un **diagnóstico médico que haga determinable, en términos de cantidad y periodicidad, los servicios médicos y el tratamiento que se debe adelantar para garantizar de manera efectiva la salud del paciente y su integridad personal**¹³.*

*La Corte ha protegido el derecho fundamental al diagnóstico como medio necesario para identificar los padecimientos del accionante y, a partir de allí, prescribir el tratamiento adecuado. Así, el derecho al diagnóstico implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requieren¹⁴. En ese sentido, de acuerdo con la Corte, son tres las etapas que cubren el derecho al diagnóstico: **identificación, valoración y prescripción**¹⁵.*

En principio, quien tiene la competencia para emitir un diagnóstico es el médico tratante adscrito a la red prestacional de la EPS a la que se encuentra afiliado el usuario¹⁶. Ello, pues es la persona capacitada en términos técnicos y científicos y, a su vez, es la persona que conoce la historia clínica del paciente¹⁷.

*En efecto, mediante la sentencia **T-760 de 2008**¹⁸, la Corte sostuvo que un concepto médico externo vincula a una EPS cuando éstas no **confirman, modifican o descartan su contenido** con fundamento en criterios científicos obtenidos de la valoración de un especialista adscrito a la red prestacional de la entidad o de la evaluación que haga el Comité Técnico Científico¹⁹. Por ello, una EPS vulnera el derecho a la salud cuando al conocer un concepto médico particular, no lo confirma, modifica o descarta con base en criterios técnico-científicos y, a su vez, niega las*

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-100 de 2016.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-100 de 2016.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-100 de 2016.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-100 de 2016. En relación con el derecho al diagnóstico, en la sentencia T-366 de 1999 se precisó: “El derecho a la seguridad social, ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema y de sus beneficiarios, no solamente incluye el derecho a reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente el derecho al diagnóstico, es decir, la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen.” Este derecho ha sido desarrollado por esta Corporación en diferentes sentencias, entre las que se encuentran, entre otras, las sentencias T-367 de 1999, T-289 y T-849 de 2001, T-1027 de 2005, T-690A de 2007, T-717 de 2009, T-639 del 2011, T-025 del 2013, T-033 del 2013, T-737 del 2013, T-433 del 2014.

¹⁶ La sentencia T-760 de 2008 precisó que “la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud, es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio médico relevante es el que de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio.” En el pie de página 167 de la referida sentencia, se establece que este criterio de competencia ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia constitucional. Sugiere para su consulta las sentencias 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-100 de 2016, entre otras.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-100 de 2016.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencias T-760 de 2008 y T-100 de 2016.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencias T-760 de 2008 y T-100 de 2016.

prestaciones contenidas en él, por el hecho de que lo ordenó un especialista no adscrito a su red prestacional²⁰.

*En este tipo de eventos, el juez de tutela puede ordenar **(i)** la entrega o práctica, según corresponda, del servicio médico recomendado por el médico externo²¹ o **(ii)** una valoración por parte del personal médico especializado de la EPS en la que se determine la pertinencia de la prescripción médica realizada externamente y el tratamiento que requiere el paciente en atención a sus patologías, cuando no haya unificación de criterios en relación con los servicios que aquél requiere, de acuerdo con las condiciones concretas de las personas accionantes²².*

*Por su parte, en la sentencia **T-373 de 2012**²³, la Sala Sexta de Revisión analizó el caso de una ciudadana a la que una EPS le negó la extracción de un tumor en su ovario izquierdo, diagnosticado por un médico no adscrito a la red prestacional de la entidad. Este tribunal consideró que “no tener el diagnóstico o no aceptar el criterio de un médico externo, puede convertirse en un ilegítimo obstáculo contra el acceso al derecho constitucional a la salud”²⁴. En consecuencia, ordenó a la EPS que dispusiera de un médico especialista adscrito a su red prestacional para que, por medio de un diagnóstico, definiera los procedimientos quirúrgicos pretendidos y su necesidad de práctica²⁵.*

*Por lo anterior es posible concluir que **el diagnóstico médico se constituye en el punto de partida para garantizar el acceso a los servicios de salud; toda vez que, a partir de una delimitación concreta de los tratamientos, medicamentos, exámenes e insumos requeridos, se pueden desplegar las actuaciones médicas tendientes a restablecer la salud del paciente”...***

6.4. Requisitos Generales de Procedencia de la Acción de tutela.

6.4.1. Legitimación en la Causa por Activa.

El artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, establecen que está legitimado para interponer la acción de tutela, i) el titular de los derechos

²⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-760 de 2008 y T-100 de 2016.

²¹ Corte Constitucional. Sentencias T-760 de 2008 y T-100 de 2016.

²² Corte Constitucional. Sentencias T-760 de 2008 y T-100 de 2016.

²³ Corte Constitucional. Sentencia T-373 de 2012.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-373 de 2012.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-373 de 2012. De modo similar, en la sentencia T-025 de 2013, ésta Sala de Revisión estudió el caso de una menor de edad a la que un neuropediatra particular le ordenó un encefalograma a fin de establecer si el parpadeo que presentaba era un agravante de la epilepsia focal que padecía. En esa oportunidad, esta Sala de Revisión concluyó que el derecho a la salud, en su faceta de diagnóstico, había sido vulnerado comoquiera que la simple negativa de la entidad promotora de salud impidió que se estudiara el concepto médico externo y, en consecuencia, que se afrontara la patología “con una valoración adecuada que le permitiera [a la menor] recibir la prescripción de los tratamientos [requeridos]”. En efecto, este Tribunal ordenó que se practicara una valoración médica a la menor a cargo de dos especialistas adscritos a su red prestacional. Si en esta valoración se determinaba la pertinencia del examen ordenado por el médico externo, la entidad accionada debía practicarlo sin exigirle a la menor o su representante el cumplimiento de trámites administrativos innecesarios que obstaculizaran el goce efectivo de su derecho fundamental a la salud.

fundamentales, caso en el cual no se exige de mayores formalidades, pues bastará demostrar que es la persona directamente afectada por la vulneración o amenaza de tales prerrogativas. Simultáneamente, se ha sostenido que podrá formular la acción de amparo una tercera persona, quien actuará a nombre del titular, siempre que se acredite alguna de las siguientes calidades: ii) que actúa como su representante legal, en razón de la edad, discapacidad o estado de interdicción del actor; iii) por medio de la figura de la agencia oficiosa, pues el titular no está en condiciones físicas o psicológicas para promover la tutela de sus propios intereses; iv) en su papel de apoderado judicial, caso en cual deberá ostentar la calidad de abogado titulado y anexar a la demanda el poder para actuar en la causa y, por último, v) la condición de Defensor del Pueblo o personero municipal en los eventos autorizados por la ley.

En razón de lo anterior, se tiene que la accionante considera vulnerado los derechos de su menor hijo, en la medida en que, la accionada no ha agendado las citas cognitivas correspondientes para efectuar diagnóstico a la enfermedad de Julián Martín Valbuena Zapata.

6.4.2. Legitimación en la Causa por Pasiva

De igual manera, el artículo 86 del Carta Magna, en concordancia con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela podrá ser instaurada en contra de cualquier autoridad pública o privada en los casos en que así lo señale la ley, que inobserve, vulnere o amenace la satisfacción de los derechos fundamentales de los asociados, tanto por acción como por omisión de los mismos.

Para el caso sub-júdice, la legitimación en la causa por pasiva está en cabeza de la accionada EPS COPMPENSAR, se tiene que las causales que dieron origen a esta acción, esto es, la falta de agendamientos para las pruebas cognitivas oportunas y la dilación en la asignación de las mismas se realizaron por parte de la EPS, entidad que debe prestar la atención integral del menor. De igual manera, considera este despacho que este requisito NO se cumple frente a las demás accionadas pues, al contestar la presente acción manifestaron estar tratando al menor, realizarle las terapias y estar dispuestas a continuar con el tratamiento

que requiera el menor una vez sea autorizado por la EPS.

6.4.3. Principio de Inmediatez

El principio de inmediatez en la forma como lo ha establecido la H. Corte Constitucional, debe entenderse como un plazo razonable para interponer la acción de tutela, el cual será contado a partir del momento en que se produce la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sin que con ello implique que haya un tiempo determinado para la procedencia de la acción, pues el artículo 86 de la Constitución Política, señala que “toda persona tendrá acción de tutela en todo momento y lugar” lo que quiere decir que no hay límite de tiempo para interponer la acción de amparo, no obstante, la jurisprudencia también ha señalado que no es admisible que el hecho vulnerador haya ocurrido en un momento determinado y que sin justificación alguna el afectado ponga en movimiento el aparato judicial mucho tiempo después, pues la acción de tutela es un instrumento preferente y sumario, es decir, de acción inmediata. En este sentido, la presunta vulneración del menor Julián Martín es actual, en la medida en que no se ha realizado agendamiento para las pruebas de diagnóstico, lo que implica que la acción de tutela cumple con el presente requisito.

6.4.4. Principio de Subsidiaridad.

El numeral 1° del Artículo 6° del Decreto 2591 de 19911, establece como causal de improcedencia de la acción de tutela: “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante” ...

Por su parte, la jurisprudencia Constitucional ha establecido que la acción de amparo es improcedente ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial que le permita al actor reclamar la protección de los derechos fundamentales, pero excepcionalmente es procedente cuando la vía ordinaria no sea idónea y eficaz frente a las pretensiones del actor o que teniendo en cuenta tales pretensiones, la acción sea para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Considera este despacho que este requisito se cumple. En efecto, la accionante revela que las pruebas de diagnóstico son necesarias para establecer con exactitud el dictamen médico y así proceder la EPS al tratamiento a efectuar y las indicaciones educativas a desarrollar; la condición de salud del menor hace necesario que sea procedente la acción de tutela, pues dichas afectaciones, eventualmente, pueden desmejorar las condiciones de vida en las que se encuentra.

Con los anteriores argumentos queda claro que, si bien es cierto que esta acción superó los requisitos de procedencia frente a la inmediatez y subsidiaridad, también lo es que no sobrepasó los requisitos de legitimación en la causa por pasiva frente al Instituto Roosevelt – Secretaría de Salud de Cundinamarca – Clínicos Programas de Atención Integral IPS – Fundación Avante - Superintendencia de Salud y Secretaría de Salud de Cundinamarca, los cuales son necesarios para efectuar un estudio de fondo a las pretensiones de la accionante y con ello determinar si dichas entidades están vulnerando derechos fundamentales o no, en consecuencia, esta acción de tutela se DECLARARÁ IMPROCEDENTE frente a dichas accionadas.

6. 5 CASO CONCRETO

Para el presente caso de acuerdo con el acervo probatorio recaudado dentro del devenir procesal, observa el Despacho que, la accionante solicita se tutelen los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida y a la educación, lo anterior, a fin de que se realicen las pruebas cognitivas pertinentes con fin de establecer un diagnóstico y agendamiento para las pruebas a efecto de continuar con la etapa médica y académica del menor Julián Martín Valbuena Zapata.

Así las cosas, obsérvese que en el presente la EPS COMPENSAR, a través de Germán David García Cárdenas, procedió a dar cumplimiento a la medida provisional impartida por este despacho, agendando las citas para llevar a cabo las pruebas cognitivas, así: PRIMER CICLO DE PRUEBAS: El primer ciclo de pruebas se programó para el 30 de noviembre de 2021 a las 4 y las 4:30 PM, con la con la Dra. Ana María Castro. SEGUNDO CICLO DE PRUEBAS: El segundo ciclo de pruebas se programó para el 7 de diciembre de 2021 a las 2 y 2:30PM, con la con la

Dra. Ana María Castro. TERCER CICLO DE PRUEBAS: El tercer ciclo de pruebas se programó para el 13 de diciembre de 2021 a las 2, 2:30, 4 y 4:30 PM, con la con la Dra. Ana María Castro. CUARTO CICLO DE PRUEBAS: El cuarto y último ciclo de pruebas se programó para el 14 de diciembre de 2021 a las 3 PM., con la con la Dra. Ana María Castro. De lo expuesto se concluye sin lugar a mayores discernimientos que la accionada dio cabal cumplimiento a las pretensiones incoadas por la parte accionante.

Al respecto, la Corte Constitucional, mediante sentencia T-200 de 2011 señaló frente a la carencia de objeto, fenómeno donde pueden presentarse dos eventos con consecuencias distintas de hecho superado y daño consumado, así:

“CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: hecho superado y daño consumado. El fenómeno de la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del/de la juez/a de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto, esto es, caería en el vacío. Lo anterior se presenta, generalmente, a partir de dos eventos: el hecho superado o el daño consumado. Por un lado, la carencia actual de objeto por hecho superado se da cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo -verbi gratia se ordena la práctica de la cirugía cuya realización se negaba o se reintegra a la persona despedida sin justa causa-, razón por la cual cualquier orden judicial en tal sentido se torna innecesaria. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna. En estos casos, se debe demostrar que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, esto es, que se demuestre el hecho superado, lo que autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de orden alguna, con independencia de aquellas que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las

sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991. Por otro lado, la carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental.”
(subraya fuera del texto).

Aclarado lo anterior, este Despacho pudo establecer que la pretensión de la accionante fue satisfecha en su totalidad, máxime cuando la EPS COMPENSAR, agendó a través de la IPS Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, programación confirmada telefónicamente por la madre del menor, Lorena Zapata Gómez, de modo que cualquier orden que llegara a impartir este Despacho resultaría inocua, y por lo tanto contraria a la finalidad de la intervención del juez constitucional. En consecuencia, el Despacho declarará la existencia de la carencia actual de objeto por hecho superado.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO TREINTA LABORAL DEL CIRCUITO DEL DISTRITO DE BOGOTÁ D.C.**, en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - DECLARAR que existe carencia actual de objeto por presentarse un hecho superado, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: - Si bien, la presente acción se dio por hecho superado, lo cierto es que este Despacho **CONMINA** a la acciona **COMPENSAR EPS** para que en un futuro garantice el tratamiento integral del menor Julián Martín Valbuena Zapata, lo anterior, en procura de que sean prestados los diferentes servicios que disponga el médico tratante con la finalidad de lograr la estabilización integral o las condiciones de salud del menor.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de amparo instaurada por la señora Lorena Zapata Gómez, contra Instituto Roosevelt – Secretaría de Salud de Cundinamarca – Clínicos Programas de Atención Integral IPS – Fundación Avante - Superintendencia de Salud y Secretaría de Salud de Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NOTIFÍQUESE esta decisión en los términos estipulados por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Si el presente fallo no fuere impugnado remítanse las diligencias a la Honorable Corte Constitucional para una eventual revisión, de regresar el expediente excluido de revisión, archívese el mismo sin nuevo auto que lo ordene.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



FERNANDO GONZÁLEZ
JUEZ

Firmado Por:

Nancy Johana Tellez Silva
Secretario Circuito
Juzgado De Circuito
Laboral 030
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

20f5b42bc1b7b0fa77fa155f03488c78a65bc64f0acc3b19f17c9adafd8e9ca6

Documento generado en 27/10/2021 09:50:06 AM

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