



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00073-00

Cartagena de Indias, Treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	ACCION DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-008-2018-00073-00
Demandante	SAMUEL JOSE ZARATE CARDENAS
Demandado	NUEVA EPS
Tema	Salud- hecho superado.
Sentencia no	096

1. PRONUNCIAMIENTO

Mediante escrito presentado el día 16 de abril de 2018, ante la Oficina de Reparto y recibido en este despacho el 17 de abril de la misma anualidad, la señora JOHANA CARDENAS OROZCO, actuando como agente oficiosa de SAMUEL JOSE ZARATE CARDENAS, promovió acción de tutela contra **NUEVA EPS**, encaminada a obtener la protección de su derecho fundamental a Salud, vida, Seguridad social y derecho de los niños.

Por lo tanto, entra el Despacho a decidir sobre la presente acción, con fundamento en lo siguiente:

2. ANTECEDENTES

- PRETENSIONES

PRIMERO: Que se tutelen los derechos fundamentales a Salud, vida, Seguridad social y derecho de los niños.

SEGUNDO: Que se ordene a la NUEVA EPS que autorice de manera inmediata el procedimiento denominado resonancia magnética funcional, utilizando un protocolo para evaluación integral de neoplasia "espectroscopia, perfusión tisular con contraste, permeabilidad vascular", bajo sedación; a favor del menor SAMUEL JOSE ZARATE CARDENAS

TERCERO: Que se ordene a NUEVA EPS que autorice ESPECTROSCOPIA y ENZALUTAMIDA 40 MGS, tal como lo ordenó el medico tratante.

CUARTO: Que se brinde atención integral después de realizado el procedimiento médico.

- HECHOS

Las pretensiones de esta acción constitucional se fundan en los siguientes supuestos facticos:

Primero. El accionante es un menor de edad, tiene 1 año y 8 meses de edad, y se encuentra afiliado al régimen contributivo de salud de NUEVA EPS.

Segundo. El menor padece de EPILEPSIA REFRACTARIA DE ETIOLOGIA A ESCLARECER.

Tercero. Por ello, el médico tratante le ordenó resonancia magnética funcional, utilizando un protocolo para evaluación integral de neoplasia "espectroscopia, perfusión tisular con contraste, permeabilidad vascular", bajo sedación



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00073-00

CONTESTACIÓN

> NUEVA EPS

Manifiesta el apoderado de esta entidad que se están autorizando los servicios requeridos por el menor de edad, de conformidad como lo disponga su médico tratante. Por ello, el 19 de abril de 2018 generó autorización de servicios para RESONANCIA MAGNETICA DE CEREBRO FUNCIONAL, GADOLINIO 15 ML AMPOLLA.

Respecto a la espectroscopia, se generó orden el día 22 de marzo de 2018 direccionada a la IPS Clínica Blas De Lezo, pero como esa entidad no realiza ese estudio, se solicitó cambio de direccionamiento para la Fundación Hospital Infantil Universitario De San José en la ciudad de Bogotá.

Indica la accionada que en cuanto a los gastos de traslado, no es posible su concesión por no encontrarse dentro del plan de beneficios de salud, y finalmente, en lo atinente al tratamiento integral, tampoco es viable debido a que es incierto determinar que medicamentos, tratamientos o prestaciones requiera en un futuro y que se encuentran contemplados o no dentro del POS.

- TRAMITES PROCESALES

La acción de tutela que se estudia fue recibida en este despacho el día 17 de abril de 2018, procediéndose a su admisión la misma fecha; en el auto admisorio se decretó la medida provisional solicitada, se ordenó la notificación a la entidad accionada enviándose comunicación al buzón electrónico de la demandada (fl 21) y también se le solicitó rendir un informe sobre los hechos alegados en la demanda.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

La acción de tutela fue instituida en el artículo 86 de nuestra Constitución Política como mecanismo judicial para proteger los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

Dicha garantía Constitucional, obedece precisamente al tipo de Estado que la Constitución de 1991 nos definió, es decir, siendo el Estado Colombiano un Estado Social de Derecho, responsabiliza a la administración la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00073-00

- **PROBLEMA JURIDICO**

Determinar si la NUEVA EPS, vulnera los derechos fundamentales a Salud, vida, Seguridad social y derecho de los niños, de SAMUEL JOSE ZARATE CARDENAS, al negarse, presuntamente, a prestar los servicios médicos deprecados para aliviar los padecimientos del agenciado

- **TESIS**

El Despacho encuentra acreditado que el agenciado padece de una afectación grave a su salud; que necesita La realización de los procedimientos requeridos para solucionar los problemas de salud que la aquejan; que la orden medica fue prescrita por el galeno tratante; que la accionante carece de recursos económicos para sufragar los gastos en la adquisición del medicamento, pues la EPS accionada no controvertió la capacidad económica de la parte accionante pese a haber tenido la oportunidad legal para ello. Por los anteriores motivos el Despacho llega a la conclusión que existe una clara vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

Aunado a lo anterior, si bien existe una autorización y pre-autorización para la realización de los servicios requeridos por el menor, también es cierto que los mismos no se le han realizado, es decir, las ordenes medicas no se ha materializado, razón por la cual, las condiciones de salud del agenciado siguen agravándose, y por consiguiente, la vulneración de sus derechos fundamentales, en especial a la salud, aún siguen siendo vulnerados. Téngase en cuenta que las autorizaciones fueron expedidas los días 15 de diciembre de 2017, 05 y 16 de enero de 2018, sin embargo, a la fecha en que se profiere esta decisión, aun no se le han realizado los procedimientos médicos.

En cuanto al medicamento denominado ENZALUTAMIDA 40 MGS, este Despacho no accede a su concesión como quiera que dentro de las pruebas aportadas no se evidencia orden médica que lo prescriba y mucho menos que la parte accionante lo haya solicitado a la EPS.

Con fundamento en lo arriba expuesto, y como

NORMATIVIDAD - JURISPRUDENCIA APLICABLE.

(i) El derecho a la salud como derecho fundamental.

Tal y como lo ha manifestado la Honorable Corte Constitucional, especialmente en la Sentencia T-760 de 2008, donde se reiteraron los distintos criterios establecidos en la jurisprudencia Constitucional relacionados con la protección del derecho fundamental a la salud; *“el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía.”*

De igual manera, en dicha providencia se concretó las tres formas de protección del derecho a la salud: (i) en una época fijando la conexidad con derechos fundamentales expresamente contemplados en la Constitución, asemejando aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitiendo su protección por medio de la acción de tutela; (ii) advirtiendo su naturaleza fundamental en situaciones en las que se encuentran en peligro o vulneración sujetos de especial protección, (como niños, discapacitados, ancianos, entre otros); (iii) argumentando la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00073-00

los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, con la necesidad de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cuál sea la persona que lo requiera.

De este modo, reconocer a la salud como un derecho fundamental y los servicios que se requieran, se traduce en que este derecho debe ser garantizado a todos los seres humanos como una comprobación fenomenológica de la dignidad de los mismos y no de un patrón deontológico que repose en un código predefinido como el Sistema de Seguridad Social en Salud. De ser así, se estaría en una situación de protección constitucionalmente inadmisibles, de la cual un Estado social de derecho como el colombiano no puede sustraerse.

(ii). APLICACION DEL CRITERIO DE NECESIDAD COMO GARANTIA DE ACCESIBILIDAD A LOS SERVICIOS DE SALUD. Sentencia T-023 de 2013

"De acuerdo con la jurisprudencia en salud, cuando una persona acude a su EPS para que ésta le suministre un servicio que requiere, o requiere con necesidad, el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad, es que exista orden médica autorizando el servicio. Esta Corte ha señalado que el profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona, y el tratamiento que se debe seguir, es el médico tratante; es su decisión el criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema, el cual, a su vez, se fundamenta, en la relación que existe entre el conocimiento científico con que cuenta el profesional, y el conocimiento certero de la historia clínica del paciente. Así las cosas, la remisión del médico tratante es la forma instituida en nuestro Sistema de Salud para garantizar que los usuarios reciben atención profesional especializada, y que los servicios de salud que solicitan, sean adecuados, y no exista riesgo para la salud, integridad o vida del usuario. La orden del médico tratante respalda el requerimiento de un servicio y cuando ésta existe, es deber de la entidad responsable suministrarlo, esté o no incluido en la Plan Obligatorio de Salud".

(iii) Acceso a los servicios de salud que se requieran, no incluidos dentro de los planes obligatorios.

En la sentencia ídem la máxima Corporación Constitucional recogió y sistematizó las principales reglas desarrolladas por la jurisprudencia del campo sobre el derecho a la salud. Particularmente, en relación con los requerimientos de prestaciones excluidas del POS, reiteró la regla según la cual:

"se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando (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 conclusión, se vulnera el derecho fundamental a la salud cuando la entidad obligada a hacerlo se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud o tarda en la



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00073-00

prestación del mismo, si se verifica la existencia de los criterios expuestos. El análisis de dichos presupuestos debe ponderarse en cada caso concreto en razón de la persona que reclama la protección; en otras palabras si se trata de un sujeto de especial protección constitucional, en virtud de la enfermedad que padece el paciente o al tipo de servicio que éste requiere.

(iv). Acceso a los servicios de salud que se requieran, no incluidos dentro de los planes obligatorios. Sentencia T-610 de 2013.

"5.6. Frente a la tercera subregla que, según la sentencia T-760 de 2008 exige la orden del médico tratante adscrito a la EPS para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta corporación ha efectuado diversas precisiones.

En primer lugar, ha enfatizado en que esa subregla debe respetarse prima facie, debido a que es el profesional médico quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar sobre la necesidad o no de elementos, procedimientos o medicamentos solicitados, condiciones de las cuales, por su formación, carece el juez.

Empero, esta corporación también ha señalado que cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, no puede la EPS quitarle validez y negar el servicio, basada en el argumento de la no adscripción, pues solo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también tienen validez, a fin de propiciar la protección constitucional.

Frente lo anterior, en segundo lugar, cuando los conceptos de médicos, adscritos o no, son sometidos a escrutinio del Comité Técnico Científico, no se puede desestimar la prescripción basándose en argumentos de carácter procedimental, financiero o administrativo, ya que, según esta Corte, "el CTC solamente puede negar la autorización de un servicio NO-POS, cuando se sustenta en una opinión médica sólida que fundamente la posición contraria a la del médico tratante. Al no ser de esta forma, prevalecerá el criterio de éste, quien es profesional en la materia y tiene contacto directo y cercano con la realidad clínica del paciente". En conclusión, cuando existe discrepancia entre los conceptos del médico tratante y el CTC, debe prevalecer, prima facie, el del primero, debido a que es él, quien además de tener las calidades profesionales y científicas, conoce mejor la condición de salud del paciente.

Ahora bien, como tercer punto atinente a la subregla en cuestión, ha de manifestarse que esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso, bien sea la historia médica o alguna recomendación médica, la plena necesidad de lo requerido por el accionante.

(Subrayas y negrilla fuera de texto)





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00073-00

(v) Derecho de los niños.

Recordemos que respecto al tema de los menores de edad la Corte Constitucional, en sentencia T-260 de 2012, ha manifestado que:

“Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales”. (Subrayas del despacho).

Ese entendido, los niños por su inmadurez psicológica, física y su evidente estado de vulnerabilidad, requieren de protección y cuidados especiales; garantía que se encuentra consagrada tanto en nuestro ordenamiento jurídico interno como en instrumentos internacionales, razón por la cual es de estricto cumplimiento por parte de todas las entidades y autoridades, especialmente por una EPS.

CASO CONCRETO

La señora JOHANA CARDENAS OROZCO, promovió el presente accionamiento como agente oficiosa de SAMUEL JOSE ZARATE CARDENAS, con el fin que se le amparen sus derechos fundamentales Salud, vida, Seguridad social y derecho de los niños, y en consecuencia se ordene a la NUEVA EPS, que autorice el procedimiento denominado resonancia magnética funcional, utilizando un protocolo para evaluación integral de neoplasia “espectroscopia, perfusión tisular con contraste, permeabilidad vascular”, bajo sedación; ESPECTROSCOPIA y ENZALUTAMIDA 40 MGS.

A lo anterior, la EPS accionada respondió que Manifiesta que se están autorizando los servicios requeridos por el menor de edad, de conformidad como lo disponga su médico tratante. Por ello, el 19 de abril de 2018 generó autorización de servicios para RESONANCIA MAGNETICA DE CEREBRO FUNCIONAL, GADOLINIO 15 ML AMPOLLA. Respecto a la espectroscopia, se generó orden el día 22 de marzo de 2018 direccionada a la IPS Clínica Blas De Lezo, pero como esa entidad no realiza ese estudio, se solicitó cambio de direccionamiento para la Fundación Hospital Infantil Universitario De San José en la ciudad de Bogotá. Indica la accionada que en cuanto a los gastos de traslado, no es posible su concesión por no encontrarse dentro del plan de beneficios de salud, y finalmente, en lo atinente al tratamiento integral, tampoco es viable debido a que es incierto determinar que medicamentos, tratamientos o prestaciones requiera en un futuro y que se encuentran contemplados o no dentro del POS.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00073-00

Por su parte, este Despacho Judicial, al examinar el expediente contentivo de la presente acción constitucional, encontró lo siguiente:

- El accionante SAMUEL JOSE ZARATE CARDENAS, nació el 22 de julio de 2016 (fl 10), por lo tanto, actualmente cuenta con 1 año y 8 meses de edad.

-El menor padece de EPILEPSIA REFRACTARIA DE ETIOLOGIA A ESCLARECER y LEVE RETRASO DEL DESARROLLO PSICOMOTOR (Ver folio 05).

-En razón de esa anomalía, el médico tratante, doctora Dora Fuentes Peñaranda, le ordenó la realización de "resonancia magnética funcional, utilizando un protocolo para evaluación integral de neoplasia "espectroscopia, perfusión tisular con contraste, permeabilidad vascular", bajo sedación (fl 06-07) y ESPECTROSCOPIA (fl. 08-09)

-La EPS accionada autoriza nueva orden de servicios el día 19 de abril de 2018 para RESONANCIA MAGNETICA DE CEREBRO FUNCIONAL, mientras que, frente a la ESPECTROSCOPIA, solo hay pre-autorización de servicios para re-direccionar a la IPS que realizara el procedimiento.

Luego entonces, este Despacho, al analizar los elementos que rodean el caso de SAMUEL JOSE ZARATE CARDENAS, considera que es necesario amparar sus derechos fundamentales a Salud, vida, Seguridad social y derecho de los niños, por las siguientes razones:

Se encuentra acreditado que el agenciado padece de una afectación grave a su salud; que necesita La realización de los procedimientos de RESONANCIA MAGNÉTICA FUNCIONAL, UTILIZANDO UN PROTOCOLO PARA EVALUACIÓN INTEGRAL DE NEOPLASIA "ESPECTROSCOPIA, PERFUSIÓN TISULAR CON CONTRASTE, PERMEABILIDAD VASCULAR", BAJO SEDACIÓN y ESPECTROSCOPIA, para solucionar los problemas de salud que la aquejan; que la orden medica fue prescrita por el galeno tratante; que la accionante carece de recursos económicos para sufragar los gastos en la adquisición del medicamento, pues la EPS accionada no controvertió la capacidad económica de la parte accionante pese a haber tenido la oportunidad legal para ello. Por los anteriores motivos el Despacho llega a la conclusión que existe una clara vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

Aunado a lo anterior, si bien existe una autorización y pre-autorización para la realización de los servicios requeridos por el menor, también es cierto que los mismos no se le han realizado, es decir, las ordenes medicas no se ha materializado, razón por la cual, las condiciones de salud del agenciado siguen agravándose, y por consiguiente, la vulneración de sus derechos fundamentales, en especial a la salud, aún siguen siendo vulnerados. Téngase en cuenta que las autorizaciones fueron expedidas los días 15 de diciembre de 2017, 05 y 16 de enero de 2018, sin embargo, a la fecha en que se profiere esta decisión, aun no se le han realizado los procedimientos médicos.

En cuanto al medicamento denominado ENZALUTAMIDA 40 MGS, este Despacho no accede a su concesión como quiera que dentro de las pruebas aportadas no se evidencia orden médica que lo prescriba y mucho menos que la parte accionante lo haya solicitado a la EPS.

Por consiguiente, se le ordenará al representante legal de NUEVA EPS, que autorice y realice al menor SAMUEL JOSE ZARATE CARDENAS, el procedimiento denominado resonancia magnética funcional, utilizando un protocolo para evaluación integral de neoplasia "espectroscopia, perfusión tisular con contraste, permeabilidad vascular", bajo sedación y ESPECTROSCOPIA.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00073-00

Finalmente, este Despacho advierte a la accionada que deberá autorizar y entregar todos aquellos medicamentos que el agenciado llegare a necesitar con ocasión a su padecimiento y que sean debidamente prescritos por el médico tratante adscrito a la red de prestadores del servicio, en atención al principio de atención integral en el servicio de salud.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

5. FALLA

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a Salud, vida, Seguridad social y derecho de los niños, del menor SAMUEL JOSE ZARATE CARDENAS, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENESE al representante legal de NUEV EPS, que autorice y realice, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, el procedimiento de RESONANCIA MAGNÉTICA FUNCIONAL, UTILIZANDO UN PROTOCOLO PARA EVALUACIÓN INTEGRAL DE NEOPLASIA “ESPECTROSCOPIA, PERFUSIÓN TISULAR CON CONTRASTE, PERMEABILIDAD VASCULAR”, BAJO SEDACIÓN y ESPECTROSCOPIA

TERCERO: Adviértase a la NUEVA EPS que deberá autorizar y entregar todos aquellos medicamentos que el agenciado llegare a necesitar con ocasión a su padecimiento y que sean debidamente prescritos por el médico tratante adscrito a la red de prestadores del servicio, en atención al principio de atención integral en el servicio de salud.

CUARTO: Si el fallo no fuere impugnado oportunamente, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez

