



Juzgado Cuarto Civil Municipal de Bogotá

Bogotá, abril siete (7) de dos mil veintidós (2022)

Fallo tutela. 110014003004-2022-00267-00.

Confirmación. 760069.

1. Diana Carolina Hernández Vega y Keynes Amílcar Valencia actuando en representación de su menor hija con registro civil # 1.0301.841.935 presentó acción de tutela contra la E.P.S. Famisanar.

* Señaló que su hija menor de seis años, presenta un diagnóstico de trastornos generalizado en el desarrollo con evidencia de TEA trastorno del espectro autista, quien es atendida por la E.P.S. accionada, donde se encuentra afiliada, ésta matriculada en el colegio 21 Ángeles, en el primer grado siendo atendida en el marco de la educación inclusiva.

Manifestó que la niña requiere atención de varios especialistas, exámenes diagnósticos y una oportuna atención en sus necesidades terapéuticas, como lo son evaluación de función osteomuscular, peabody, pedicat, mchat, peabody del lenguaje; neurología pediátrica, medicina física y rehabilitación continuidad del programa de rehabilitación integral, psiquiatría pediátrica, órdenes médicas las cuales fueron emitidas hace más de seis meses y presentadas ante la accionada desde el mes de septiembre.

Indicó que el colegio solicita un acompañante terapéutico o mediadores comunicativo permanente para que la menor reciba una atención individualizada, por lo que se hace necesario un apoyo proporcionado por la E.P.S. de manera permanente en el salón de clase, pues si bien por su edad no se ha podido tener una conclusión definitiva en su diagnóstico, se hace necesario que el sistema de salud tome medidas u se realice una valoración pertinente para acceder a un diagnóstico final y efectivo tratamiento, sin embargo, la accionada se ha mostrado negligente frente a las necesidades de su hija.

En tal sentido, solicitó que se le ordena a la accionada que suministre el tratamiento, procedimiento y acompañante terapéutico y/o pedagógico necesarios para el desarrollo integral de la menor.

* Mediante auto de 25 de marzo de 2022, se dispuso la admisión de la presente acción.

* La E.P.S. Famisanar S.A.S., solicitó denegar por improcedente las pretensiones de la acción, por cuanto el servicio explicado en precedencia es una exclusión de financiación con recursos públicos asignados a la Salud (Resolución 2273 de 2021), además, no puede ser financiado con los recursos públicos asignados al Sistema de Salud a través de la UPC (Resolución 2292 del 2021) y dado que la conducta desplegada ha sido legítima y tendiente a asegurar el derecho a la salud y la vida del usuario, dentro de las obligaciones legales de la misma y, además, por no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio, y por cuanto el servicio de acompañamiento terapéutico sombra, no cuenta con prescripción médica vigente de un profesional de la salud.

* El Instituto Colombiano De Bienestar Familiar- Regional Bogotá, solicitó su desvinculación, en el entendido que a la fecha no se adelanta ningún Proceso de Restablecimiento de Derechos (PARD) o Trámite de Actuación Extraprocesal (TAE), con relación a los hechos y donde los accionantes expresan de manera clara que, la presunta vulneración se presentó por parte de la E.P.S. Famisanar, por lo que se tiene plena identificación de la entidad presuntamente responsable de la amenaza o vulneración del derecho fundamental, lo que despliega una falta de legitimación por pasiva en el asunto.

* El Ministerio de Salud y Protección Social, una vez se refirió a la legislación aplicable al caso, petitionó su exoneración de toda responsabilidad que se le pueda llegar a endilgar dentro de la presente acción de tutela, no obstante, en caso de ésta prospere se conmine a la E.P.S., a la adecuada prestación del servicio de salud conforme a sus obligaciones, siempre y cuando no se trate de un servicio excluido expresamente por esa cartera, ya que todos los servicios y tecnologías autorizados en el país por la autoridad competente deben ser garantizados por la E.P.S., independientemente de la fuente de financiación.

* La Superintendencia Nacional de Salud solicitó su desvinculación y que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva, como quiera que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no devienen de una acción u omisión que se le pueda atribuir a esa Superintendencia.

* La Fundación Hospital de la Misericordia, solicitó su desvinculación, dado que no existe ninguna conducta concreta, activa u omisivas que permita determinar la supuesta afectación de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la paciente, lo cual deriva la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales del accionante y teniendo en cuenta que es una institución prestadora de servicios de salud de alta complejidad, de carácter privado,

* Por auto de 4 de abril de 2022, se ordenó vincular por pasiva, a la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá, no obstante, la secretaria peticionó prórroga y el instituto ratificó la contestación anterior.

3. Consideraciones.

* Frente al derecho a la salud, lo primero es señalar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de manera reiterada,¹ ha sostenido que en tanto el servicio de salud es considerado un servicio público esencial, éste no debe ser interrumpido, sin justificación constitucionalmente admisible. Al respecto ha precisado lo siguiente: "Las Entidades Promotoras de Salud tienen el deber constitucional de prestar el servicio de salud de modo oportuno, adecuado e ininterrumpido, de manera que las personas beneficiarias puedan continuar con sus tratamientos para la recuperación de la salud. Por lo tanto, *"(...) no es admisible constitucionalmente abstenerse de prestar el servicio o interrumpir el tratamiento de salud que se requiera bien sea por razones presupuestales o administrativas, so pena de desconocer el principio de confianza legítima y de incurrir en la vulneración del derechos constitucionales fundamentales"*².

La Corte Constitucional ha determinado también el criterio de necesidad del tratamiento o medicamento como pauta para establecer cuándo resulta inadmisibles que se suspenda el servicio público de seguridad social en salud³.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que toda conducta dirigida a interrumpir o demorar el servicio de salud sin justificación constitucional que lo permita, resulta censurable y violatoria de los derechos fundamentales que se vean afectados con tal proceder. De

1. Sentencias T-848 de 2013. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-234/13 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), C-800/03 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-804/13 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) entre otras.

2. Sentencia T-111 de 2013 Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

3. En sentencia T-408 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) la Corte dispuso: "El alcance que la Corte ha fijado al derecho fundamental a la salud es bastante amplio, en especial, cuando se ha iniciado un tratamiento que todavía no ha culminado y que, de suspenderse, pone en peligro la vida, la salud, la integridad y la dignidad del paciente. El derecho a la continuidad en la prestación del servicio público de salud también está relacionado con el principio de eficiencia".

manera que si una E.P.S. suspende o retarda injustificadamente la orden, autorización o entrega de un servicio médico requerido para un diagnóstico, la continuidad de un tratamiento o una intervención quirúrgica, vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social, en conexidad con la vida y la integridad del paciente.

En el mismo sentido, ha puntualizado el Tribunal Constitucional que el principio de integralidad funge como complemento a la normatividad vigente para que la persona reciba una atención de calidad y completa, confinada a mejorar su condición y su estado de salud. Los afiliados tienen derecho a que la prestación del servicio sea óptima, en el sentido que los actores del sistema cumplan con la finalidad primordial de éste, es decir, brindar una atención oportuna, eficiente y de calidad, en conclusión *"el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud"*⁴.

* Ahora bien, sobre la forma de protección del derecho fundamental a la salud, la Corte Constitucional ha precisado que prima facie la protección se encuentra en cabeza del Legislador y de la Administración mediante la adopción de políticas así como de un conjunto de medidas, actuaciones o actividades orientadas a garantizar la debida y efectiva protección de este derecho. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que *"(...) el amparo por vía de tutela del derecho constitucional fundamental a la salud procede cuando se trata de (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios"*.

"A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a que o bien se trata de un sujeto que merece especial protección constitucional (niños y niñas, población carcelaria, adultos mayores, personas que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o bien se trata de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y de suficiente relevancia

4. Corte Constitucional Sentencia T- 654 de 2010.

constitucional, que permitan concluir cómo la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a lo que ha de ser la protección del derecho constitucional a la salud dentro de un Estado Social y Constitucional de Derecho. Así, el derecho a la salud debe ser amparado en sede de tutela cuando se verifiquen los criterios mencionados con antelación"⁵.

* Por otra parte en relación al derecho a la educación inclusiva. la honorable corte constitucional reiterando jurisprudencia⁶, señaló "... el Estado está en el deber de asegurar que las personas en situación de discapacidad: (i) no queden excluidas del sistema general de educación, de la enseñanza primaria ni de la enseñanza secundaria, por motivos de discapacidad; (ii) puedan acceder a una educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan; (iii) vean asegurados ajustes razonables que respondan a su condición particular y los apoyos en su proceso de aprendizaje; y, (iv) lleven a cabo su proceso educativo en entornos que fomenten al máximo su desarrollo académico y social, que permita su plena inclusión en la sociedad...".

* Frente al acompañamiento de auxiliares terapéuticos en el aula de clases, la jurisprudencia ha determinado las siguientes reglas - "El acompañamiento en el aula por parte de profesionales especializados para la asistencia de personas en situación de discapacidad ha sido considerado como un ajuste razonable que debe asumir el sector educativo en aras de garantizar el derecho a la educación inclusiva. No obstante, se ha determinado que la satisfacción de los derechos a la salud y a la educación en esas situaciones está interrelacionada, por lo que se requiere que ambos sectores cumplan con las responsabilidades que les son propias de manera coordinada. - Cuando la EPS ha ordenado un acompañamiento terapéutico en el aula de clases, de manera que la educación inclusiva sea parte del proceso terapéutico, la Corte ha determinado que existe un componente mayormente educativo que es responsabilidad de las autoridades educativas⁷. Por lo tanto, ha ordenado que la prestación recaiga sobre tal sector y solo de manera subsidiaria en el sector salud (Sentencia T- 567 de 2013⁸).

5. Corte Constitucional. Sentencia T-999 de 2008. MP. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

6. Las consideraciones que se presentan en este acápite fueron parcialmente tomadas de las Sentencias T-629 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-207 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-434 de 2018 M.P. Gloria Ortiz Delgado.

7. La sentencia encontró: "no puede autorizar [el suministro de acompañamiento terapéutico (sombra)] directamente puesto que, si bien con tal servicio se busca mejorar la calidad de vida de David Steban, esto se logra a través del entrenamiento en habilidades sociales mediante la inclusión escolar lo cual constituye un componente mayoritariamente educativo cuya responsabilidad recae sobre las autoridades educativas. Sin embargo, esto no excluye su componente médico si se tiene en cuenta que el componente terapéutico fue ordenado por el médico tratante".

8. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

- Cuando la EPS no ha ordenado el acompañante terapéutico en el aula, pero lo ha solicitado el Colegio del niño en situación de discapacidad, la Corte ha solicitado la conformación de un Comité Interdisciplinario que integre autoridades educativas y de salud para que determinen su viabilidad. Adicionalmente, ha ordenado a la Secretaría de Educación respectiva que disponga del personal necesario para prestar el servicio educativo (Sentencia T-318 de 2014⁹). En suma, la Corte ha considerado que los apoyos de carácter terapéutico al interior del aula, tanto ordenados por la EPS como solicitados por el Colegio respectivo cumplen una función educativa y, en consecuencia, son responsabilidad del sector educativo".

4. Caso concreto.

* Con base en la documentación aportada a la presente acción, se encuentra probado que la menor hija de los accionante se encuentra afiliada a la E.P.S. accionada.

Igualmente, se advierte que le asiste la razón en lo que respecta a la compleja patología que padece la menor y los procedimientos y evaluaciones prescritas por sus médicos tratantes denominados "evaluación de función osteomuscular, peabody, pedicat, mchat, peabody del lenguaje; evaluaciones medicas como neurología pediátrica, medicina física y rehabilitación continuidad del programa de rehabilitación integral, psiquiatría pediátrica", dado que obran las correspondientes ordenes médicas y por cuanto no fue desvirtuadas dichas afirmaciones por los entes accionados y vinculados.

En el mismo sentido, es claro que si bien, dichos procedimientos y evaluaciones fueron prescritas por los galenos tratantes de la menor hija de los aquí accionantes, los mismos no han sido efectivamente practicados, o al menos, el ente accionado E.P.S. Famisanar, no demostró que se hubieran realizado con anterioridad o en el curso de la presente acción constitucional.

Frente a ello, resulta pertinente traer a colación que de acuerdo al numeral 3 del artículo 153 de la Ley 100 y el artículo 9 de la Resolución 5592 de 2015, son las E.P.S., como la accionada, las obligadas a garantizar la adecuada prestación de servicios de salud, razón por la cual, se advierte que en cabeza de la E.P.S. aquí accionada se encuentra la responsabilidad de la prestación de los servicios médicos formulados a la menor, por encontrarse afiliada y por recibir el servicio de salud respectivamente.

9. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Así mismo debe resaltarse que de la documental que reposa en el plenario, se evidencia que lo pretendido es requerido por la menor para tratar su condición, en general su estado de salud, además éste fue ordenado por sus galenos y dado que el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, la omisión de su práctica, pone en evidencia la amenaza al derecho fundamental a la salud de aquella, y en tal sentido, es claro que tanto los servicios médicos incluidos en el plan obligatorio de salud, como los que no hacen parte de dicho plan, deben ser garantizados plenamente por parte de la E.P.S. accionada.

Luego entonces, resulta forzoso concluir que se debe requerir a la E.P.S. Famisanar, para que, en aplicación a los principios de oportunidad, calidad, eficiencia, procedan si aún no lo han hecho, a autorizar y tomar las medidas administrativas a que hubiere lugar, para que los procedimientos y las evaluaciones prescritas por sus médicos tratantes denominados "*evaluación de función osteomuscular, peabody, pedicat, mchat, peabody del lenguaje; evaluaciones medicas como neurología pediátrica, medicina física y rehabilitación continuidad del programa de rehabilitación integral, psiquiatría pediátrica*", los cuales son requeridos por la menor identificada con registro civil # 1.0301.841.935, en los términos de la respectiva prescripción médica.

* Por otra parte, respecto a la solicitud de autorización del acompañante terapéutico o mediador comunicativo permanente, se puede advertir dentro de la documental aportada por el tutelante, que no se encuentra ninguna solicitud por parte de sus padres como tampoco del colegio donde se encuentra matriculada la menor o veredicto de médico tratante o especialista particular, que autorice o más bien que ordene específicamente dicho acompañamiento.

Así las cosas, se evidencia que la accionada no ha quebrantado ningún derecho de la menor, y que más bien existe la solicitud de un servicio que no es el momento de solicitar, o nos encontramos frente a una situación donde hacen falta la petición exacta elevada por los padres, por el colegio o las ordenes expedidas por sus médicos tratantes, lo que no necesariamente implica la vulneración de derechos fundamentales, pues dentro del plenario no se aprecia prueba alguna de algún tipo de restricción al derecho a la seguridad social o salud, o de vulneración alguna al Derecho a una vida digna, pues como se ha dicho a lo largo de esta providencia, es el médico quien debe ordenar ese tipo de servicios.

Ahora bien, vale la pena resaltar que no es el momento de realizar pronunciamiento alguno acerca de la integralidad de un tratamiento, pues la resolución de la presente acción se basa únicamente en los hechos que son objeto de debate y que fueron traídos a colación ante el Despacho, al punto que, precisamente a partir de la ya mencionada consulta especializada de córnea que se ha autorizado es que podrá establecer cuál es el procedimiento o tratamiento idóneo y específico que se le debe aplicar al paciente, lo que permite inferir que ante la inexistencia de tratamiento alguno, no se encuentra vulnerado ningún derecho del tutelante en este sentido.

* Finalmente, se ordena la desvinculación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, del Ministerio de Salud y Protección Social, de la Superintendencia Nacional de Salud, del Colegio 21 Ángeles, del Centro Semillas de Esperanza, de la entidad Passus I.P.S. Taller Psicomotriz S.A.S., de la Fundación Hospital de la Misericordia, de la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá, por cuanto no se probó que vulneren los derechos fundamentales del accionante.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve.

Primero. Conceder el amparo a los derechos fundamentales solicitados por Diana Carolina Hernández Vega y Keynes Amílcar Valencia, actuando en representación de su menor hija identificada con registro civil # 1.0301.841.935, contra la E.P.S. Famisanar, por las razones esbozadas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Ordenar a la E.P.S. Famisanar, a través de su representante legal o quien haga sus veces, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, si aún no lo ha hecho, proceda a autorizar y tomar las medidas administrativas a que hubiere lugar, para que a la menor identificada con registro civil # 1.0301.841.935, le sean programadas concretamente y practicados efectivamente los procedimientos y evaluaciones prescritas por sus médicos tratantes denominados "evaluación de función osteomuscular,

peabody, pedicat, mchat, peabody del lenguaje; evaluaciones medicas como neurología pediátrica, medicina física y rehabilitación continuidad del programa de rehabilitación integral, psiquiatría pediátrica", en los términos y bajo las indicaciones de sus médicos tratantes conductas que deberán ser asumidas por la entidad accionada de manera prioritaria y urgente.

De las determinaciones que se adopten en cumplimiento de este fallo deberá notificársele a este Juzgado dentro del término atrás indicado.

Tercero. Negar la solicitud de autorización del acompañante terapéutico o mediador comunicativo permanente y del tratamiento integral, por lo expuesto en precedencia.

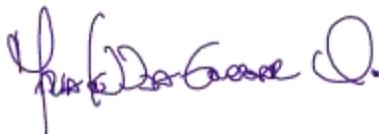
Cuarto. Desvincular del presente trámite a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Superintendencia Nacional de Salud, al Colegio 21 Ángeles, del Centro Semillas de Esperanza, a la entidad Passus I.P.S. Taller Psicomotriz S.A.S., a la Fundación Hospital de la Misericordia, a la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá, por las razones esbozadas en esta sentencia.

Quinto. Notificar esta decisión a todas las partes por el medio más expedito y eficaz.

Sexto. Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión de no ser impugnado el fallo.

Notifíquese y Cúmplase.

La Jueza,



María Fernanda Escobar Orozco

Firmado Por:

**Maria Fernanda Escobar Orozco
Juez
Juzgado Municipal
Civil 004
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: **b6077fcff7bcd653154fb83793b7597e160e283c4d458f3f0baa4784fb60cafd**
Documento generado en 07/04/2022 04:34:46 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**