

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2020-00192-00

ACCIONANTE: ADRIANA MARCELA PATARROYO ACUÑA

Como representante de su hijo menor **MATÍAS MAHECHA PATARROYO**

ACCIONADA: FAMISANAR E.P.S.

VINCULADAS: FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI

SENTENCIA

En Bogotá D.C., a los dieciocho (18) día del mes de junio del año dos mil veinte (2020), procede este Despacho Judicial a resolver la acción de tutela impetrada por **ADRIANA MARCELA PATARROYO ACUÑA** en calidad de representante de su hijo menor de edad **MATÍAS MAHECHA PATARROYO**, en busca del amparo de sus Derechos Fundamentales a la Salud, la Vida Digna, y la Seguridad Social, presuntamente vulnerados por **FAMISANAR E.P.S.**

RESEÑA FÁCTICA

La accionante manifiesta que su hijo menor **MATÍAS MAHECHA PATARROYO** se encuentra afiliado a **FAMISANAR E.P.S.** en calidad de beneficiario.

Que el menor fue diagnosticado con “*Autismo de la niñez*” a la edad de 3 años.

Que el médico tratante adscrito a la **FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI** ordenó el examen “*Resonancia Magnética de Cerebro*”.

Que ha solicitado en varias ocasiones a **FAMISANAR E.P.S.** realizar el examen médico, pero no ha accedido.

Que el menor requiere con urgencia el examen médico, toda vez que con los resultados se determinará el tratamiento médico que requiere para manejar su diagnóstico.

Que el núcleo familiar del menor está compuesto por 6 integrantes, donde el padre es el único que trabaja y devenga un salario mínimo.

Que no cuentan con los recursos económicos para asumir de manera particular el costo del examen médico ni el tratamiento.

Por lo anterior, solicita se ordene a **FAMISANAR E.P.S.** realizar el examen médico “*Resonancia Magnética de Cerebro*”, así como brindar el tratamiento integral al menor MATÍAS MAHECHA PATARROYO.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

FAMISANAR E.P.S.

La accionada allegó contestación el 09 de junio de 2020, en la que manifiesta que el examen médico “*Resonancia Magnética de Cerebro*” ya se encuentra autorizado por la EPS.

Que se contactó con la accionante ADRIANA MARCELA PATARROYO ACUÑA para programar el examen médico, pero no aceptó ya que debe de asumir el costo del copago.

Que la no programación del examen médico obedece a la renuencia de la accionante.

Que el objetivo principal de la Acción de Tutela no es la programación del examen médico, sino la exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

Que la petición de la accionante de ser exonerada de copagos y cuotas moderadoras es improcedente por cuanto la patología del menor MATÍAS MAHECHA PATARROYO no es catastrófica o de alto costo, según las Resoluciones 39743 de 2009 y 35124 de 2019.

Que la EPS ha venido garantizando de manera eficaz los servicios requeridos por el paciente y conforme a las órdenes médicas expedidas por los médicos tratantes.

Que frente a la petición del tratamiento integral, la EPS ha desplegado todas las acciones para la prestación de los servicios de salud al paciente, para garantizar su acceso a todos los servicios ordenados por su médico tratante para el tratamiento de su patología.

Por lo anterior, señala que las pretensiones no están llamadas a prosperar, toda vez que no se evidencia la vulneración o amenaza de Derecho Fundamental y, en consecuencia, se debe declarar la improcedencia de la acción de tutela.

FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI

La vinculada allegó contestación el 05 de junio de 2020, en la que manifiesta que el menor MATÍAS MAHECHA PATARROYO registra una única valoración el día 05 de agosto de 2019 con el siguiente diagnóstico: *“Autismo en la niñez”*.

Que el menor presenta síntomas de autismo clásico, sin focalización actual, por lo cual amerita el examen médico: *“Resonancia magnética de cerebro”*.

Que en relación con el suministro de autorizaciones, programación de exámenes médicos, tratamiento integral y demás requerimientos del menor, es responsabilidad de la E.P.S.

Por lo anterior, solicita su desvinculación de la acción de tutela, en razón a que no existe ninguna conducta que afecte los derechos fundamentales a la salud y a la vida del menor.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En consideración con los hechos que fundamentan la acción de tutela, corresponde al Despacho responder los siguientes problemas jurídicos: ¿**FAMISANAR E.P.S.** ha violado el derecho fundamental a la salud del menor **MATÍAS MAHECHA PATARROYO**, al negarse a realizar el examen *“Resonancia Magnética de Cerebro”*? ¿Están dadas las condiciones para que **FAMISANAR E.P.S.** exonere del copago del examen *“Resonancia Magnética de Cerebro”*, teniendo en cuenta que la madre del menor alega incapacidad económica para costearlo? ¿Están dadas las condiciones para ordenar el tratamiento integral, a partir de los requisitos que al respecto se han señalado por la jurisprudencia constitucional?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

DERECHO A LA SALUD

El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social y la define en los siguientes términos: “es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley”.

Por su parte, el artículo 49, respecto del derecho a la salud, señala que: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)”.

Al estudiar los complejos problemas que plantean los requerimientos de atención en salud, la Corte Constitucional se ha referido a sus facetas, una como derecho y otra como servicio público a cargo del Estado. Cada una de estas expresiones implica un ejercicio de valoración particular, en el que se debe tener en cuenta el conjunto de principios que les son aplicables. Así, en cuanto a la salud como derecho, se ha dicho que la misma se relaciona con los mandatos de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, respecto a la salud como servicio, se ha advertido que su prestación debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Al enfocarse en el estudio de la primera faceta, en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 el legislador le atribuyó a la salud el carácter de derecho fundamental autónomo e irrenunciable. De igual manera, estableció un precepto general de cobertura al indicar que su acceso debe ser oportuno, eficaz, de calidad y en condiciones de igualdad a todos los servicios, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo, el cual se cumple mediante la instauración del denominado Sistema de Salud.

La Corte también ha destacado que el citado derecho se compone de unos elementos esenciales que delimitan su contenido dinámico, que fijan límites para su regulación y que le otorgan su razón de ser. Estos elementos se encuentran previstos en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, en los que se vincula su goce pleno y efectivo con el deber del Estado de garantizar su (i) disponibilidad¹, (ii) aceptabilidad², (iii) accesibilidad³ y (iv) calidad e idoneidad profesional⁴.

Por otra parte, en lo que atañe a los principios que se vinculan con la faceta de la salud como servicio público, es preciso recurrir a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2016, en donde se mencionan los siguientes: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección de grupos poblacionales específicos.

Para efectos de esta sentencia, se ahondará en los *principios de continuidad, oportunidad e integralidad*, los cuales resultan relevantes para resolver el asunto.

El principio de **continuidad** en el servicio implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente, cuando se invocan exclusivamente razones de carácter administrativo. Precisamente, la Corte ha sostenido que “una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente”⁵. La importancia de este principio radica, primordialmente, en que permite amparar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos, lo que se ajusta al criterio de integralidad en la prestación⁶.

Por su parte, el principio de **oportunidad** se refiere a “que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que

¹ “**Disponibilidad.** El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente (...)”.

² “**Aceptabilidad.** Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica, así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad (...)”.

³ “**Accesibilidad.** Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información (...)”.

⁴ “**Calidad e idoneidad profesional.** Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos”.

⁵ Sentencias T-234 de 2013 y T-121 de 2015.

⁶ Sentencias T-586 de 2008, T-234 de 2013, T-121 de 2015, T-016 de 2017 y T-448 de 2017.

padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado”⁷. Este principio implica que el paciente debe recibir los medicamentos o cualquier otro servicio médico que requiera a tiempo y en las condiciones que defina el médico tratante, a fin de garantizar la efectividad de los procedimientos médicos⁸.

Finalmente, la Ley Estatutaria de Salud, en el artículo 8, se ocupa de manera individual del principio de **integralidad**, cuya garantía también se orienta a asegurar la efectiva prestación del servicio⁹ e implica que el sistema debe brindar condiciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud o al menos, padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su integridad física y mental en todas las facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones¹⁰.

De esta manera, en consonancia con este principio, sobre las empresas promotoras de salud recae la obligación de no entorpecer los requerimientos médicos con procesos y trámites administrativos que resulten impidiendo a los usuarios el acceso a los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud.

Con todo, es necesario advertir que el concepto de integralidad “no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada, sino que la misma se encuentra condicionada a lo que establezca el diagnóstico médico”¹¹, razón por la cual, el juez constitucional tiene que valorar -en cada caso concreto- la existencia de dicho diagnóstico, para ordenar, cuando sea del caso, un tratamiento integral¹².

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS

En relación con los derechos de los niños, el artículo 44 de la Constitución consagra su prevalencia sobre los de los demás y establece, de manera expresa, que el derecho a la salud de los niños es fundamental. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el

⁷ Sentencia T-460 de 2012, reiterada en la Sentencia T-433 de 2014.

⁸ Sentencia T-121 de 2015.

⁹ El artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 establece lo siguiente: **“La integralidad.** Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. // En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

¹⁰ Sentencia T-121 de 2015.

¹¹ Sentencia T-036 de 2017.

¹² Sentencia T-092 de 2018.

Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías.

Esta protección especial a los niños, niñas y adolescentes en salud también ha sido reconocida en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, entre otros.

En virtud de lo anterior, la Corte ha establecido que la acción de tutela procede directamente para salvaguardar el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes¹³. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbra su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria¹⁴. En consecuencia, cualquier desconocimiento de estos derechos exige una actuación por parte de las autoridades, lo cual incluye principalmente al juez constitucional.

FALTA DE CAPACIDAD DE PAGO DE LOS AFILIADOS AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD PARA SUFRAGAR EL COSTO DE CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS (SENTENCIA T-953 DE 2011)

El artículo 187 de la Ley 100 de 1993, estableció que los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben efectuar el pago de *cuotas moderadoras y copagos*¹⁵, con el fin de racionalizar el uso de los servicios del Sistema y colaborar con su mantenimiento, contribución que se fundamenta en el principio de solidaridad¹⁶.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha encontrado que en ciertas situaciones se debe inaplicar la citada norma, teniendo en cuenta las condiciones particulares que se dan en cada caso, de manera que una exigencia normativa *“si bien no es contraria a la Constitución, no puede aplicarse cuando con ella se desconozcan los derechos fundamentales a la vida y a la salud, por lo que la ‘protección y conservación del derecho a la vida escapa a*

¹³ Sentencias T-170 de 2010; T-663 de 2010; T-406 de 2015; T-558 de 2017.

¹⁴ Sentencias T-964 de 2007; T-170 de 2010; T-558 de 2017.

¹⁵ Según el Acuerdo 260 de 2004, por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las *cuotas moderadoras* serán aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los *copagos* se aplicaran única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios.

¹⁶ El literal c) del artículo 2° de la Ley 100 de 1993, establece que el principio de solidaridad es *“la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil (...)”*.

*cualquier discusión de carácter legal o contractual'. Bajo estas premisas, si la dignidad humana se encuentra comprometida, las entidades públicas y privadas están obligadas a prestar los servicios de salud a quienes lo soliciten, tengan o no capacidad de pago"*¹⁷.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha sostenido, que los copagos y las cuotas moderadoras no pueden ser una barrera de acceso al Sistema, por lo que no es posible negarle a una persona el servicio de salud que requiera basándose en la falta de cancelación de los mismos. De ahí que la Corte hubiese concluido que en algunos casos se debe exonerar a los usuarios de la cancelación de cuotas moderadoras y copagos, ya que priman los derechos a la salud, a la vida y a la dignidad humana. Por ejemplo, en la Sentencia T-296 de 2006, se dijo:

"Para determinar los casos en los cuales debe eximirse al afiliado del pago de las cuotas con el fin de garantizar el derecho constitucional a la salud, esta Corte ha desarrollado dos reglas:

(i) Cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor;

(ii) Cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado, la entidad encargada de la prestación, exigiendo garantías adecuadas, deberá brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora sin que su falta de pago pueda convertirse de forma alguna en obstáculo para acceder a la prestación del servicio".

No se controvierte la naturaleza y cobro de los copagos y cuotas moderadoras, puesto que tienen un fin altruista que es el de ayudar al mantenimiento del SGSSS. Sin embargo, se ha aceptado que atendiendo a las características económicas como a la gravedad y costo de la enfermedad con su respectivo tratamiento, pueda exonerarse del pago de estas sumas de dinero a los usuarios siempre que resulte necesario para la salvaguarda de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y al mínimo vital. Al respecto la Sentencia T-760 de 2008 indicó:

"En conclusión, una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona, irrespete su derecho a acceder a éstos, si le exige como condición previa que cancele el pago moderador al que haya lugar en virtud de la reglamentación.

¹⁷ Sentencia T-841 de 2004.

La entidad tiene el derecho a que le sean pagadas las sumas de dinero a que haya lugar, pero no a costa del goce efectivo del derecho a la salud de una persona.”¹⁸

Ahora bien, cuando está en juego la salud de un menor de edad, la exención de la cancelación de los copagos y cuotas moderadoras adquiere mayor fuerza en virtud del *interés superior del menor*¹⁹, principio que impone a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de proporcionarle al menor de edad un trato prevalente “*que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad*”²⁰.

Para que la tutela se torne procedente en los casos en que se solicita la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, la persona debe carecer de recursos para sufragarlos. Como en todo asunto, los hechos deben ser probados por lo que la falta de capacidad económica debe obedecer a esta regla procesal. Sin embargo, existen unos criterios que se han venido consolidando en la jurisprudencia constitucional, acerca de sobre quién recae la carga de la prueba de tal hecho, teniendo en cuenta que usualmente se entendería que le corresponde al actor. A continuación se exponen las mencionadas pautas:

“(i) Sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue;

(ii) Ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario;

(iii) No existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba;

(iv) Corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS;

18 Sentencias T-815 de 2010, T-256 de 2010.

19 “El interés superior del menor es el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes, de donde la obligación de asistencia y protección se encamina a garantizar su desarrollo armónico e integral, imponiéndosele tal responsabilidad a la familia, la sociedad y el Estado, que participan en forma solidaria y concurrente en la consecución de tales objetivos”. Sentencia C-145 de 2010.

20 Sentencia T-1042 de 2010.

(v) En el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.²¹

CASO CONCRETO

Previo a realizar el correspondiente análisis, es necesario determinar los requisitos formales de procedibilidad de la acción de tutela, v. gr., inmediatez y subsidiariedad.

En cuanto a la **inmediatez**, encuentra el Despacho que la orden médica que dio origen a la solicitud de amparo constitucional, fue emitida el 5 de agosto de 2019, sin que a la fecha se haya realizado el procedimiento, por lo que la vulneración del derecho fundamental es actual.

Y respecto de la **subsidiariedad** se tiene que, en principio, la accionante podría acudir ante el mecanismo judicial creado por la Ley 1122 de 2007 ante la Superintendencia Nacional de Salud; sin embargo, la Corte Constitucional ha reconocido que se trata de un trámite judicial que, si bien se creó con la intención de brindar una alternativa expedita y eficaz para la reclamación de este tipo de pretensiones, lo cierto es que aún cuenta con múltiples falencias en su estructura y desarrollo normativo²² que le han impedido ser considerado como un procedimiento que, dadas las condiciones de salud de la menor y la expedita naturaleza de la protección que requiere, cuente con el suficiente nivel de eficacia como para inhabilitar la intervención del juez constitucional²³.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela procede para salvaguardar el derecho fundamental a la salud de los menores de edad.

Establecido lo anterior, procede el Despacho a realizar un pronunciamiento de fondo de la siguiente manera:

La señora **ADRIANA MARCELA PATARROYO ACUÑA** en representación de su hijo menor **MATÍAS MAHECHA PATARROYO**, interpone acción de tutela en contra de **FAMISANAR E.P.S.** con el fin de que practique el examen médico “*Resonancia magnética de cerebro*”.

²¹ Sentencias T-683 de 2003, T-725 de 2010, entre otras.

²² Entre otros, (i) la inexistencia de un término dentro del cual deba resolverse el recurso de impugnación en contra de la decisión que pueda ser adoptada y (ii) la falta de reglamentación del procedimiento a través del cual se obtendrá el cumplimiento de lo ordenado o se declarará el desacato de quienes se abstengan de hacerlo.

²³ Sentencia T-121 de 2015, reiterada, entre otras, en las Sentencias T-558 y T-677 de 2016.

Está probado en los documentos aportados con el escrito de tutela, que el menor está afiliado a **FAMISANAR E.P.S.** en calidad de beneficiario, y que fue atendido el 05 de agosto de 2019 en la **FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI**, por el médico especialista en neuropediatría, Dr. Carlos Ernesto Bolaños Almeida, quien diagnosticó *“Autismo de la niñez”*, y ordenó el examen médico *“Resonancia magnética de cerebro”*.

La **FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI** al contestar confirmó, que el menor registra una única valoración el día 05 de agosto de 2019, con el diagnóstico: *“Autismo en la niñez”*, que presenta síntomas de autismo clásico, sin focalización actual, y ello amerita el examen médico *“Resonancia magnética de cerebro”*.

Por su parte **FAMISANAR E.P.S.** en su contestación manifestó, que el examen médico ya se encuentra autorizado, lo que en efecto se demuestra con la autorización de servicios emitida el 31 de enero de 2020, aportada con el escrito de tutela, y en la cual se remite al paciente a la **FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI**.

La E.P.S. agregó, que se contactó con la madre del menor para programar el examen médico, pero que ella se negó debido a que no cuenta con los recursos económicos para cancelar el copago. Frente a ello, la E.P.S. señaló, que es improcedente la exoneración del copago por cuanto la patología del menor no es una enfermedad catastrófica ni de alto costo.

Pues bien, respecto del costo de cuotas moderadoras y copagos, el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 establece que los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben efectuar su pago con el fin de racionalizar el uso de los servicios del Sistema y colaborar con su mantenimiento.

No obstante, y según lo que se esbozó en el marco normativo de esta providencia, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha aceptando que el pago se puede obviar cuando concurren dos circunstancias: (i) que el usuario requiera la prestación de un servicio de salud y que de éste dependa su integridad y dignidad; y (ii) que el afiliado no cuente con la capacidad económica para sufragar tales rubros.

Además, cuando está en juego la salud de un menor de edad, la exención de la cancelación de los copagos y cuotas moderadoras adquiere mayor fuerza en virtud del *interés superior del menor*, principio que impone a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de proporcionarle al menor de edad un trato prevalente.

Para que la acción de tutela se torne procedente frente a la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, la persona debe carecer de recursos para sufragarlos, hecho que debe ser probado conforme los criterios que ha fijado la jurisprudencia constitucional:

“(ii) Ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario;

(...)

(v) En el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.”

Teniendo en cuenta lo anterior, observa el Despacho que en los hechos 5 y 6 del escrito de tutela, la señora **ADRIANA MARCELA PATARROYO ACUÑA** manifestó lo siguiente:

“2. Mi hijo Matías Mahecha Patarroyo de 3 años de edad fue diagnosticado con autismo en agosto del año pasado fue atendido en el hospital de la misericordia por neuropediatría para comenzar su proceso y confirmar el diagnóstico le enviaron una resonancia magnética bajo anestesia examen que tiene un valor de 250.000 q no podemos pagar ya q somos una familia de 6 en la que solo trabaja el papá...

5. Somos un familia humilde y de muy bajos recursos, que no contamos con los recursos para mandar hacerle los exámenes que requiere de manera particular para lograr el diagnóstico de sus patologías, pues como ya lo había descrito, solo el Padre de esta familia trabaja y devenga el salario mínimo, lo que hace que nos sea imposible asumir el costo de los mismos, siendo esta una obligación de la EPS.

6. Señor juez, si nuestra condición económica fuera mejor, le aseguro que nosotros pagaríamos de nuestro recursos el tratamiento y los exámenes (...).”

Como se puede leer, la precaria situación económica de la familia del menor no permite costear el valor del copago, ya que el padre percibe mensualmente un salario mínimo con el que debe cubrir los gastos de una familia de 6 personas, hecho que se tiene por cierto, pues pese a que la accionante no aportó documental que lo demuestre, **FAMISANAR E.P.S.** en su contestación no desvirtuó dicha manifestación. Además, dando aplicación al artículo 83 de la Constitución Política, se presume la buena fe de la accionante cuando manifiesta que: *“no contamos con los recursos para mandar hacerle los exámenes”*.

Por lo tanto, en el presente caso, el derecho fundamental a la salud del menor **MATÍAS MAHECHA PATARROYO** debe primar sobre la obligación del cubrimiento del copago que **FAMISANAR E.P.S.** impone, pues, además de que no desvirtuó la afirmación acerca de la

falta de recursos económicos para cancelar el copago del examen médico, la exención adquiere mayor fuerza por tratarse de la salud de un menor de edad, máxime cuando el examen médico ordenado resulta necesario para que el médico tratante defina el tratamiento de su patología.

En consecuencia, se concederá el amparo del Derecho Fundamental a la Salud y se ordenará a **FAMISANAR E.P.S.** que asuma el total del valor del examen médico “*Resonancia magnética de cerebro*” del menor **MATÍAS MAHECHA PATARROYO** sin exigir el copago.

Una vez sea asumido dicho valor, se ordenará a **FAMISANAR E.P.S.** y a la **FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI** que programen el examen médico “*Resonancia magnética de cerebro*” al menor **MATÍAS MAHECHA PATARROYO**, según la orden del médico tratante.

Ahora bien, le compete al Despacho verificar si en el caso bajo examen se acreditan los requisitos que permiten otorgar el **tratamiento integral**.

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha señalado que el juez de tutela debe ordenar el suministro de todos los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, cuando la entidad encargada de ello no ha actuado con diligencia y ha puesto en riesgo los derechos fundamentales del paciente²⁴, siempre que exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante.

Lo anterior ocurre, por una parte, porque no es posible para el juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables; y por la otra, porque en caso de no puntualizarse la orden de tratamiento integral, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados, en contravía del mandato previsto en el artículo 83 de la Constitución²⁵.

En el caso concreto, encuentra el Despacho que la pretensión de tratamiento integral solicitada por la accionante no está llamada a prosperar, pues ni de las pruebas obrantes en el expediente, ni de lo dicho por las partes, se advierte que exista una negación a consultas, procedimientos o medicamentos diferentes a lo ya ordenado, por lo que no es

²⁴ Sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011.

²⁵ Sentencia T-092 de 2018.

posible conceder el amparo invocado a partir de suposiciones sobre hechos futuros o con el fin de precaver hipotéticas vulneraciones a los derechos fundamentales invocados por el accionante.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR el Derecho Fundamental a la Salud del menor **MATÍAS MAHECHA PATARROYO** identificado con R.C. 1.141.356.493, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **FAMISANAR E.P.S.** que en el término de CINCO (5) DÍAS siguientes a la notificación de esta providencia, asuma el total del valor del examen médico “*Resonancia magnética de cerebro*” del menor **MATÍAS MAHECHA PATARROYO** sin exigir el copago.

TERCERO: ORDENAR a **FAMISANAR E.P.S.** y a la **FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI** que una vez sea asumido dicho valor, en el término de CINCO (5) DÍAS siguientes, programen el examen médico “*Resonancia magnética de cerebro*” al menor **MATÍAS MAHECHA PATARROYO** según la orden del médico tratante.

CUARTO: NEGAR la solicitud de *tratamiento integral*, conforme las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta decisión, contados a partir del día siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus COVID-19, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

SEXTO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ