

**INFORME SECRETARIAL.** - Bogotá, D.C., doce (12) de octubre de dos mil veintiuno (2021).- Al Despacho de la señora Juez informando que correspondió por reparto la presente Impugnación de tutela.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO  
BOGOTÁ-CUNDINAMARCA**

**IMPUGNACION TUTELA No. 110014105001202100465-01**

ACCIONANTE: JOSE DAVID LOZANO COMBITA y MARIA NATALIA SOLANO en representación de su hijo **JERONIMO LOZANO SOLANO NIUP 1145933814**  
**C.C. N. 51.866.949 de Bogotá**

ACCIONADO: **COMPENSAR E.P.S Y OTROS**  
NIT 860.066.942-7

Bogotá, D.C., cinco (05) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Procede el Despacho a resolver la **impugnación** presentada por la parte accionada CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR E.P.S contra la sentencia de fecha 15 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por JOSE DAVID LOZANO y MARIA NATALIA SOLANO en representación de su hijo **JERONIMO LOZANO SOLANO** contra **COMPENSAR E.P.S.**

**ANTECEDENTES**

- Manifiestan los accionantes que su hijo nació el 08 de marzo de 2020, y que presentaba hinchazón en la piel del cuello según el dictamen médico el niño padecía “eccemas en el cuello”.
- Indican que el 18 de mayo de 2020 asistieron a una cita consulta primera vez en atención integral en primera

infancia en Compensar en el cual le dan un plan a seguir para el cuidado de la salud.

- Señalan que hasta los 6 meses alimentaron al niño con leche materna después empezaron a complementar la alimentación con sopas y verduras. Refieren que empezaron a notar que él menor no crecía y les pareció muy raro.
- El 06 de junio de 2020 asistieron a consulta control pediatría porque él bebe presentaba manchas de color naranja-rojo, en la cual el galeno hace un estudio de los síntomas y les da algunas indicaciones.
- El 27 de agosto de 2020 mediante teleconsulta se realizó consulta de crecimiento y desarrollo motivo de consulta detección temprana de las alteraciones de crecimiento y desarrollo por enfermería.
- Aduce que el niño cumplió 10 meses y al ver el poco crecimiento, se acercaron a la E.P.S COMPLEMENTARIA, donde fue valorado por el Especial Gastropediatría, quien ordeno exámenes médicos y de laboratorio, y ordeno las suspensión de lácteos tanto al bebe como a su progenitora e iniciando una formula elemental por 1 mes.
- El 09 de febrero de 2021, le realizaron al niño exámenes de laboratorio clínico, de bioquímica y inmunología.
- Después de varios exámenes el medico les indica que el niño es alérgico al huevo, por tanto ordenan una dieta exacta de huevo.
- Indica que el 07 de julio de 2021 el niño fue nuevamente valorado por la Especialista Pediatría quien ordeno los siguientes medicamentos:  
*“...1.Anemidox gotas 63 gotas vía oral cada día por 3 meses  
2.Fortzink gotas 10mg/ML 1ML vía oral cada día por 3 meses  
3.KID-CAL 5ML vía oral cada día por 3 meses...”*
- Que posteriormente siguen asistiendo de manera constante a las consultas médicas, las cuales les ordenan nuevos exámenes de laboratorio e indicaciones de no consumir alimentos que contengan huevo.
- Adicionalmente le indican que insumos y medicamentos no cubre el plan complementario en salud ni la EPS, como lo es,  
*“...FORTINI TARRO X 400 GR TOTAL: 20 TARROS (COMPRAR)  
Dar 2 tomas al día de 110 ML 86 GR al Día Formula por 3 meses...”*
- Que después de una serie de exámenes confirman que es alérgico al huevo, sin embargo indica que los exámenes no se

han realizado como lo señala el médico especialista, haciendo que se repitan dos y tres veces ya que salen mal.

- Señala que los medicamentos son de alto costo, así como la alimentación toda vez que no deben contener huevo, que prácticamente deben cambiar la alimentación normal por vegana.
- Finalmente indican que no cuentan con los medios económicos para comprar los medicamentos e insumos que no cubre el post, pues deben cumplir con las obligaciones (arriendo, comida, pago de servicios públicos, créditos y otros).

### **ACTUACIONES PROCESALES**

En providencia de fecha 06 de septiembre de 2021, el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas, admitió la acción de tutela y ordeno vincular al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Superintendencia Nacional de Salud, al ADRES y la UNIDAD MEDICO QUIRURGICA DE ORL S.A.S, se corrió traslado a las accionadas para que, en el término de un día, se pronunciara sobre los hechos de tutela, aportando para ello copia de los documentos que sustenten las razones de su dicho.

Surtida las notificaciones a las direcciones electrónicas (fol. 107) [compensarepsjuridica@compensarsalud.com](mailto:compensarepsjuridica@compensarsalud.com)  
[notificaciones.judiciales@compensar.com](mailto:notificaciones.judiciales@compensar.com)  
[Notificaciones.judiciales@minsalud.gov.co](mailto:Notificaciones.judiciales@minsalud.gov.co)  
[Notificaciones.judiciales@adres.gov.co](mailto:Notificaciones.judiciales@adres.gov.co)  
[augpenar@gmail.com](mailto:augpenar@gmail.com) [augpenar@unimeqorl.co](mailto:augpenar@unimeqorl.co) el 07 de septiembre de 2021.

### **CONTESTACIONES**

La entidad vinculada MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL a través de la Doctora Edith Piedad Rodríguez Orduz, se opone a las pretensiones formuladas en tanto que indica que ese ministerio no ha vulnerado derecho alguno a los accionantes. Señala que la acción de tutela es improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de responsabilidad imputable a ese ministerio.

Por su parte la entidad vincula ADRES a través del Doctor Julio Eduardo Rodríguez apoderado judicial indica que, NO es función de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

Que para el caso objeto de estudio, la prestación de salud se procede derivado de un contrato privado de seguro, por lo que, si el problema jurídico que se ventila es el alcance del contrato, no es competencia de la Jurisdicción Constitucional entrar a resolverlo.

Que de acuerdo con el reporte de afiliados BDUA, el menor afectado se encuentra afiliado en COMPENSAR EPS, en estado “ACTIVO” dentro del régimen contributivo. Así las cosas, la madre del menor está en la obligación de agotar los medios ordinarios para garantizar su salud, para la prestación de los servicios no incluidos en el plan complementario de salud.

Finalmente, precisa que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

Solicita negar el amparo solicitado por el accionante en lo que tiene que ver con esa administradora pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de los accionantes, y en consecuencia desvincular a esa entidad de la presente acción constitucional.

Por su parte la accionada COMPENSAR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, refiere que una vez validados los sistemas de información el menor Jerónimo Lozano Solano con registro civil N. 1145933914 se encuentra afiliado a la E.P.S en calidad de beneficiarios de la señora Jhuldadayma del Pilar Arango Granados desde el 26 de julio 2021. De igual modo, indica que desde el 1 de marzo de 2020 el menor se encuentra afiliado al Plan de Atención Complementaria de Compensar E.P.S., en calidad de beneficiario de la señora Adriana Patricia Monsalve Ríos.

Que al validar el sistema de información corroboro que a la fecha, ningún de los médicos tratantes del menor Jerónimo Lozano Solano ha considerado la necesidad de prescribir servicios de atención domiciliaria a su favor. Que los servicios de atención domiciliaria dentro del sistema general de seguridad social, están contemplados para los pacientes con dificultades de movilidad que les impida acercarse por sus propios medios a los centros de salud, y/o para los pacientes calificados con algún tipo de discapacidad física según el índice de Barthel, sin embargo, el agenciado no presenta ninguna de las condiciones antes indicadas.

Que no es dable proceder con la autorización de la toma de laboratorios domiciliaria, pues sería pasar por alto el criterio medico según el cual se dispensan servicios a favor de los pacientes. En este sentido puntualiza: "...En virtud de la autonomía médica, los galenos prescriben a los pacientes los servicios de salud que estos requieren para el manejo de sus patologías, y en consecuencia, si un servicio de salud no es prescrito a favor de un afiliado es porque dicho servicio de no es requerido, y/o porque el mismo puede resultar contraproducente para la salud del paciente..."

Refiere que los familiares del menor tienen a disposición los servicios de salud ambulatorios en la sede de atención de Compensar EPS y/o de la red de prestadores, o los servicios de telemedicina que se han venido ofertando desde la declaratoria de alerta roja hospitalaria.

En esta oportunidad Señor Juez, los Señores JOSE DAVID LOZANO y MARIA NATALIA SOLANO acuden al presente mecanismo constitucional para solicitar la entrega del medicamento FORTINI TARRO X 400 GR que le fueron prescritos al menor JERONIMO LOZANO SOLANO en la consulta del pasado 13 de agosto de 2021, por parte de la Dra.

LINA KARINA SALCEDO CASTILLA; al respecto, nos permitimos manifestar lo siguiente: *“...Por disposición de la Resolución 1328, 2158 y 3951 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social se eliminó el Comité técnico Científico en las E.P.S para estudio, aprobación y autorización de los servicios, insumos y medicamentos NO POS, siendo implementado un nuevo procedimiento en virtud del cual, será a la IPS (en este caso el médico tratante), a quien le corresponderá prescribir las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios, por medio del aplicativo MIPRES en línea con el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, quien estudiará, aprobará y autorizará de manera inmediata la entrega del mismo, sin que para tales fines medie intervención de la E.P.S. En estos casos, una vez las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios se encuentre aprobado en MIPRES, será entregado por la EPS a través de sus proveedores...”*

Bajo este escenario, queda claro que para el caso de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios, es el médico tratante quien se encuentra llamado a prescribir a través del aplicativo MIPRES, para que una vez exista aprobación por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, la EPS pueda proceder con la dispensación efectiva las tecnologías en salud.

Menciona que el medicamento Fortini Tarro x 400gr prescrito al menor Jerónimo Lozano por parte de la especialista en Gastropediatria Doctora Lina Karina Salcedo Castilla corresponde a un medicamento NO POS y en consecuencia su prescripción debe ser realizada por el médico tratante a través de MIPRES, que para el caso a la fecha no existe ninguna solicitud en Mipres a favor del menor Jerónimo Lozano, relacionada con la prescripción de los medicamentos antes señalados.

Por anterior resalta que el médico tratante quien no ha cumplido con el procedimiento referido, en razón que no ha realizado la prescripción a través de Mipres desconociendo que las ordenes médicas de medicamentos no financiados con recursos de la UPC o servicios complementarios. Que ante la omisión de la prescripción en Mipres el Ministerio de Salud no ha autorizado a fin que Compensar proceda a entregar.

Que al menor se le ha dispensado un tratamiento integral para el manejo de sus patologías así como todos los servicios de salud prescritos por sus médicos tratantes. Así mismo indica que continuara autorizando todos los servicios de salud que requiera el menor agenciado, siempre y cuando sean prescritos por médicos adscritos a su red de prestadores.

Sobre la pretensión del pago de la cuotas moderados solicita se declare improcedente, toda vez que el pago de las cuotas tienen un doble propósito, permitir la financiación del sistema general de seguridad social en salud, e inculcar en los colombianos la necesidad de hacer uso pertinente y necesario de los servicios de salud. Reitera que el paciente no padece ninguna enfermedad considerada de alto costo, en la resolución 3974 de 2009 del Ministerio de la Protección Social, y en consecuencia, no hay lugar a que se le aplique ningún tipo de exoneración y/o eximente.

Que no se encuentra demostrado que la conducta legítima de Compensar EPS en cumplimiento de la normatividad vigente aplicable, este atentando o vulnerando derecho fundamental alguno que guarde conexidad con la vida del agenciado, que por el contrario ha actuado conforme a la ley según lo ya señalado, autorizando en forma diligente los servicios de salud requeridos para el manejo de las patologías del menor Jerónimo Lozano Solano.

En relación con la pretensión de tratamiento integral, es una manifestación 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 al paciente.

La vinculada UNIMEO ORL allega historia clínica del menor Jerónimo Lozano.

## **DECISION DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juez de primera instancia en sentencia de fecha 15 de septiembre de 2021 resolvió "...**PRIMERO: AMPARAR** los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social de JERÓNIMO LOZANO SOLANO, con NUIP No. 1145933914, en contra de COMPENSAR EPS, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: ORDENAR** a COMPENSAR EPS que dentro del término de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, brinde diferentes oportunidades y formas de financiamiento de la cuota moderadora, en el caso de que la parte accionante no pueda sufragar en tiempo los gastos necesarios para el tratamiento médico del menor JERÓNIMO LOZANO SOLANO.- **TERCERO: ORDENAR** a COMPENSAR EPS que dentro del término de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, suministre el insumo "FORTINI TARRO X 400 GR TOTAL: 20 TARROS" ordenado en consulta médica del día 13 de agosto de 2021 tal y como obra en el material probatorio allegado por la parte accionante, sin imponerle cargas ni trámites adicionales. **CUARTO: ORDENAR** a la accionada COMPENSAR EPS que brinde de manera continua e integral los servicios médicos, tratamientos, medicamentos, exámenes, insumos y todas las demás gestiones conducentes y requeridas científicamente para la ATENCIÓN INTEGRAL de su enfermedad, con la periodicidad y en la forma ordenada por su médico tratante y únicamente para el tratamiento de las patologías que padece y sobre la cual ha venido recibiendo tratamiento hasta tanto se logre su rehabilitación, siempre y cuando sean prescritos por el médico tratante, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído. **QUINTO: NO ACCEDER** a las demás pretensiones elevadas por JOSÉ DAVID LOZANO COMBITA y MARÍA NATALIA SOLANO MONSALVE en calidad de agentes oficiosos de JERÓNIMO LOZANO SOLANO...."

El 15 de septiembre de 2021 se recepciona contestación por parte de la doctora **LINA KARINA SALCEDO CASTILLA** vinculada a presente acción constitucional indicando que en primera y única consulta el 13 de agosto de 2021 de gastroenterología pediátrica realizada en esa institución, revisaron los exámenes y que ante datos antropométricos descritos decidió el inicio de suplemento hipercalórico Fortini, el cual también es apto para pacientes con alergias a la proteína del huevo, que es lo único documentado hasta el momento en el paciente.

Ante la imposibilidad de encontrarse en la plataforma Mipres la formulación de dicho suplemento, por inactivación temporal en la plataforma para lograr su activación, se sugiere a los padres del paciente en las recomendaciones la compra de este insumo. Refiere que en consulta del 13 de agosto de 2021 fue la primera interconsulta especializada de gastroenterología pediátrica en esa entidad, la cual se basó principalmente en conocer los antecedentes clínicos del menor, sus hábitos de alimentación y

demás condiciones que permitieran conocer en términos generales su condición, para establecer un diagnóstico y tratamiento con un enfoque interdisciplinario. Señala que no se indago sobre aspectos económicos de los progenitores n por no ser ese objeto de la consulta, sin embargo los padres no hicieron ninguna manifestación al indicar que debían adquirir (comprar) la formula Fortini tarro x 400gr total 20 tarros.

Señala que con ocasión al trámite interno originado en la presente acción constitucional el 09 de septiembre de 2021 efectuó el cambio de la formula descrito por PEDIASURE CLINICAL LIQUIDO 220/Botella total 60 botellas, fórmula para 2 meses, el cual se encuentra registrado en MIPRES y tiene características nutricionales similares y es apto para pacientes con alergia al huevo, que se realizó el cambio en consideración a la optimización de su tolerancia, palatabilidad y además por aun no encontrarse activo la formula Fortini a la fecha en la plataforma Mipres y la facilidad en el acceso al suplemento nutricional por el paciente.

Que la modificación en la prescripción del medicamento fue informada a su progenitora mediante llamada telefónica el 09 de septiembre de 2021, a fin que gestionara con Compensar la entrega del suplemento. Señala que a pesar del comunicado emitido por el laboratorio Nutricia la formula fue nuevamente incluida a partir del 15 de septiembre de 2021 en el Mipres bajo la categoría 1701, considera que el paciente debe continuar con el suplemento nutricional completo PEDIASURE CLINICAL, prescrito previamente en la plataforma Mipres y de acuerdo a su evolución clínica se definirá su continuidad o cambio de tipo de suplemento nutricional.

Por los argumentos señalados solicita declarar improcedente por la carencia actual del objeto en razón que los derechos del menor se encuentran garantizados debido a que se le está suministrando el medicamento Pediasure Clinical Liquido 220/botella y además se está garantizando el acceso a la salud del menor y se están adelantando los estudios necesarios para conocer su estado de salud y establecer las posibles causas que originan su afectación médica.

## **IMPUGNACIÓN POR PARTE DE LA ACCIONADA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR EPS**

Inconforme con la decisión la accionada E.P.S., CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR señala en recurso de impugnación: “... *REVOCAR el numeral CUARTO del fallo de tutela del 15 de septiembre de 2021, ya que se ha demostrado que a la agenciada le han sido dispensados los servicios que ha requerido, y en consecuencia, el tratamiento integral ordenado por el juez de primera instancia, se basa en hechos futuros e inciertos que esta defensa considera no pueden ser tutelados al no tenerse la certeza de su existencia o no a futuro...*”

### **CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

Conforme al artículo 86 de nuestra Carta Magna, se tiene que la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario, a través del cual toda persona puede invocar ante las autoridades judiciales la protección de los derechos constituciones fundamentales que considere vulnerados o amenazados por parte de las autoridades públicas y excepcionalmente por particulares. Mecanismo que a la luz de la misma normativa procede **cuando el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial o, existiendo, se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.**

Es necesario señalar que dicha acción no es principal sino subsidiaria y que procede cuando no se cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, para la protección de los derechos o cuando se está frente a una circunstancia, que haga visible su reconocimiento de manera transitoria, para evitar un perjuicio irremediable, de tal manera, que la tutela no es un mecanismo discrecional del petente, sino que la misma ley ha previsto las circunstancias bajo las cuales procede (Artículo 6 del Decreto 2591 de 1991).

El problema jurídico a resolver en esta segunda instancia, consiste en establecer si se revoca, modifica o confirma el fallo de

primera instancia, que amparo los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, seguridad social del menor Jerónimo Lozano, porque en consideración de la E.P.S COMPENSAR, no es viable ordenar tratamiento integral por involucrar hechos futuros e inciertos.

Así las cosas, es necesario hacer un breve análisis del marco normativo y jurisprudencial en donde se consigna el derecho a la salud, al respecto:

El derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política en donde se indica que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado y por ende se garantiza a todas las personas al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de las salud.

Respecto del mismo derecho la Honorable Corte Constitucional mediante sentencia T-266 de 2020 indico:

“(…)

## **1. 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”.<sup>[106]</sup> Por su parte, la Constitución Política enuncia que la atención en salud es una responsabilidad a 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”.<sup>[107]</sup> 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 disponibilidad<sup>[108]</sup>, la aceptabilidad,<sup>[109]</sup> la calidad e idoneidad profesional<sup>[110]</sup> 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,<sup>[111]</sup> (ii) la accesibilidad física,<sup>[112]</sup> (iii) el acceso a la información<sup>[113]</sup> y (iv) la accesibilidad económica<sup>[114]</sup>. 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).**<sup>[115]</sup> 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 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*”.<sup>[116]</sup>

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.

## **2. 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.

### **2.3. 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.

*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 ilimitada<sup>[144]</sup>. 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*<sup>[145]</sup>.

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 requieren<sup>[146]</sup>. En ese sentido, de acuerdo con la Corte, son tres las etapas que cubren el derecho al diagnóstico: **identificación, valoración y prescripción**<sup>[147]</sup>.

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 usuario<sup>[148]</sup>. Ello, pues es la persona capacitada en términos técnicos y científicos y, a su vez, es la persona que conoce la historia clínica del paciente<sup>[149]</sup>.

En efecto, mediante la sentencia **T-760 de 2008**<sup>[150]</sup>, 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 Científico<sup>[151]</sup>. 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 prestaciones contenidas en él, por el hecho de que lo ordenó un especialista no adscrito a su red prestacional<sup>[152]</sup>.

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 externo<sup>[153]</sup> 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 accionantes<sup>[154]</sup>.

Por su parte, en la sentencia **T-373 de 2012**<sup>[155]</sup>, 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”*<sup>[156]</sup>. 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 práctica<sup>[157]</sup>.

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.***

*b. Sobre el acceso a insumos, servicios y tecnologías con la ley 1751 de 2015 y las Resoluciones 1885 de 2018, 244 de 2019, 3512 de 2019 y 205 de 2020*

La Corte constató en el 2008 que la interpretación y aplicación del modelo fijado por la Ley 100 de 1993 hacía difícil el acceso a los servicios y tecnologías en salud. Por ello, replanteó este modelo y ordenó, entre otros, actualizar el plan obligatorio de salud anualmente y de acuerdo con los criterios establecidos en la sentencia T- 760 de 2008<sup>[158]</sup>.

El legislador abordó la problemática identificada por la Corte Constitucional<sup>[159]</sup> y promulgó la Ley 1751 de 2015. La norma desarrolló, además, la dimensión positiva del derecho fundamental a través del sistema de salud, que lo definió como el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud.

Asimismo, modificó el plan obligatorio de salud -POS- y, a partir de ella, se denominó Plan de Beneficios en salud -PBS-. Éste se considera parte del ámbito irreductible del derecho fundamental a la salud<sup>[160]</sup> y se garantiza mediante la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, conforme al artículo 15 inciso 1 de dicha Ley.

El PBS contiene, entre otros, dos elementos que son relevantes para el presente caso, a saber, un modelo de exclusión expresa y un conjunto de definiciones o precisiones. El legislador abandonó el modelo de inclusiones y exclusiones explícitas, y propuso un sistema de exclusiones explícitas, donde todo aquel servicio o tecnología en salud que no se encuentre expresamente excluido, se encuentra incluido. Ello puede verificarse en el curso del proyecto de la Ley Estatutaria de Salud tanto en Senado de la República<sup>[161]</sup>, como en Cámara de Representantes<sup>[162]</sup>.

Lo anterior se evidencia en el artículo 15 de dicha ley. Allí, por una parte, hace referencia a la garantía general del derecho a la salud mediante la prestación de servicios y tecnologías en salud (artículo 15 inciso 1); y, por la otra, se establece cómo se compone el conjunto de servicios y tecnologías excluidos del plan

obligatorio en salud (artículo 15 inciso 2), así como las reglas para fijar la lista de exclusión (artículo 15 incisos 3 y 4) y las reglas particulares sobre la acción de tutela y las enfermedades prácticas (artículo 15 parágrafos 1, 2 y 3).

Por cuestiones metodológicas, se enunciará, en primera instancia, el sistema de exclusión explícita y, en segunda, los servicios y tecnologías incluidos.

*a. Sistema de exclusión*

El artículo 15 inciso 2 de la Ley 1751 de 2014 establece que ciertos servicios y tecnologías no serán sufragados con los recursos destinados a la salud<sup>[163]</sup>. La finalidad de esta restricción es garantizar la sostenibilidad del sistema, según el artículo 6 literal i de la norma, sin desconocer el ámbito irreductible de protección –núcleo esencial– del derecho fundamental a la salud<sup>[164]</sup>, ni el deber de garantizar el nivel más alto posible de atención integral en salud y de prever una ampliación progresiva en materia de prestación de servicios y tecnologías en salud<sup>[165]</sup>.

Conforme con la Corte, la restricción es constitucional pues, si se interpreta esta disposición junto con el artículo 8 parágrafo único de la norma, se puede establecer que ella está condicionada al cumplimiento de tres (3) requisitos.

El primer requisito consiste en que las exclusiones deben corresponder a alguno de los criterios fijados por el legislador. El artículo 15 inciso 2 –revisado y condicionado por la Corte Constitucional– consagra que los servicios y tecnologías no serán financiados, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes criterios<sup>[166]</sup>: (i) que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; (ii) que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica<sup>[167]</sup>; (iii) que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; (iv) que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; (v) que se encuentren en fase de experimentación; (vi) que tengan que ser prestados en el exterior.

El segundo requisito consiste en que los criterios deben concretarse en una lista de exclusión que contará, entre otras, con dos características. El artículo 15 inciso 3 de la Ley 1751 de 2015 establece que el Ministerio de Salud o la autoridad competente deberá excluir expresamente los servicios y tecnologías que se adecuen a alguno de los criterios enunciados en la consideración anterior, mediante un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente<sup>[168]</sup>. La Corte Constitucional aclaró, además, que la exclusión del servicio y tecnología debe ser plenamente determinada<sup>[169]</sup>, es decir, no se pueden construir listas genéricas o ambiguas, pues ellas dejan un margen de discrecionalidad demasiado amplio a las entidades responsables de la autorización y la prestación o suministro de servicios y tecnologías, que podría implicar un desconocimiento al derecho fundamental a la salud y al principio de integralidad<sup>[170]</sup>. Ligado al deber de fijar las exclusiones plenamente determinadas, la Corte Constitucional ha indicado que, en caso de duda sobre el alcance de un servicio o tecnología, se deberá interpretar conforme al principio de integralidad –artículo 8 inciso 2 de la Ley 1751 de 2015– y, por tanto, a favor del paciente<sup>[171]</sup>.

El tercer requisito consiste en la verificación caso a caso y la excepcionalidad de la prestación de un servicio o tecnología excluido. La Corte Constitucional ha sostenido que es aplicar la excepción de inconstitucionalidad de las exclusiones, siempre y cuando operen las reglas que ha construido esta Corporación en el caso en concreto y se afecte la dignidad humana<sup>[172]</sup>. Asimismo, se ha indicado que, en sede de tutela, esta excepción deberá soportarse en las reglas fijadas por las sentencias SU- 480 de 1997, T- 237 de 2003 y C- 313 de 2014, a saber<sup>[173]</sup>:

a) Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

b. Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

c. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.

d. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

A esta altura, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional considera necesario realizar unas consideraciones sobre la capacidad económica de los accionantes en materia de salud para determinar la posibilidad de garantizar la prestación de los insumos y servicios excluidos expresamente del PBS.

El artículo 49 de la Constitución consagra el deber de todas las personas de procurar su salud y el de su comunidad. Ello implica el establecimiento del principio de solidaridad. Este consiste, conforme con la jurisprudencia, en, por una parte, el deber de todo ciudadano de colaborar con el sistema de salud mediante aportes<sup>[174]</sup>; y, por la otra, en cuidarse a sí misma y a su familia -más aun cuando la integran sujetos de especial protección constitucional-. Esta obligación constitucional se encuadra en el artículo 6, literal J, de la Ley 1751 de 2015, el cual establece que el sistema de salud está basado en el apoyo mutuo entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades. Sin embargo, ello no implica una exclusión de la prestación de los servicios de salud por parte de las empresas encargadas para tal fin, pues son quienes tienen la obligación de prestar los servicios médicos asistenciales de sus afiliados<sup>[175]</sup>.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el principio de solidaridad y, por tanto, las obligaciones de cuidado de la familia encuentran un límite en la capacidad económica del accionante y en el proyecto de vida del núcleo familiar. Sin embargo, esta capacidad económica no debe entenderse o identificarse mediante un indicador objetivo en el cual se contrastan los ingresos

familiares con el costo de los servicios requeridos, pues, aquellos son destinados para la garantía del mínimo vital<sup>[176]</sup>.

La Corte Constitucional, en diferentes oportunidades, ha estudiado las reglas aplicables para valorar la capacidad económica del accionante<sup>[177]</sup>. Esta línea jurisprudencial ha sido precisada por la misma Corporación en sus diferentes salas de revisión. En efecto, en un primer momento, correspondía al accionante probar su incapacidad económica para que el juez constitucional protegiera su derecho fundamental a la salud. Esta posición jurisprudencial varió. Conforme con la Corte,

- (i) es aplicable la regla general, 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;**
- (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.”

Conforme con la jurisprudencia constitucional, la capacidad económica no debe verificarse a través de información cuantitativa de los ingresos que tenga el accionante y su núcleo familiar. Por el contrario, éste debe verificarse a través de condiciones fácticas y análisis cualitativos de la capacidad o incapacidad del accionante para sufragar los costos de los medicamentos, tratamientos o servicios requeridos.

#### **2.4. Exoneración de pago de cuotas moderadoras y copagos. Reiteración de jurisprudencia**

El Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y establece la diferencia entre las *cuotas moderadoras* y los *copagos*. Las primeras se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios para regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS. Los segundos son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado

y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema; se aplican única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios del régimen contributivo.<sup>[195]</sup>

En el mencionado acuerdo se regulan los montos que se deben cancelar por concepto de cuotas moderadoras y copagos, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado. Se establecen los principios que deben respetarse para la aplicación de los mismos. Así, de conformidad con el Artículo 5° del Acuerdo, para ese efecto deben respetarse los siguientes principios básicos: equidad, información al usuario, aplicación general y no simultaneidad<sup>[196]</sup>.

El artículo 4° del Acuerdo aclara que las cuotas moderadoras y los copagos se aplicarán teniendo en cuenta el ingreso base de cotización del afiliado. Específicamente en relación con los copagos, que son los que tienen relevancia en el presente caso, en el artículo 9° se establece que el valor por año calendario permitido por concepto de copagos se determinará para cada beneficiario con base en el ingreso del afiliado cotizante expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con los parámetros que, para cada evento, se fijan en la misma disposición.<sup>[197]</sup>

El artículo 7° de dicho Acuerdo establece que los copagos se aplicarán a todos los servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud -Plan de Beneficios en Salud- con excepción de las siguientes prestaciones

- Servicios de promoción y prevención
- Programas de control en atención materno infantil
- Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles
- Enfermedades catastróficas o de alto costo
- La atención inicial en urgencias

De manera concreta, sobre las enfermedades catastróficas o de alto costo, sin perjuicio de la Resolución 2565 de 2007, la Resolución 3974 de 2009 enuncia algunas enfermedades de alto costo<sup>[198]</sup>. Asimismo, el Acuerdo 029 de 2011 y las Resoluciones 5521 de 2013 y 6408 de 2016 presentan un listado referente a los procedimientos, eventos o servicios considerados como tales de la siguiente manera:

*“ARTÍCULO 129. ALTO COSTO. Sin implicar modificaciones en la cobertura del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, entiéndase para efectos del no cobro de copago los siguientes eventos y servicios como de alto costo: A. Alto Costo Régimen Contributivo: 1. Trasplante renal, corazón, hígado, médula ósea y córnea. 2. Diálisis peritoneal y hemodiálisis. 3. Manejo quirúrgico para enfermedades del corazón. 4. Manejo quirúrgico para enfermedades del sistema nervioso central. 5. Reemplazos articulares. 6. Manejo médico quirúrgico del paciente gran quemado. 7. Manejo del trauma mayor. 8. Diagnóstico y manejo del paciente infectado por VIH/SIDA. 9. Quimioterapia y radioterapia para el cáncer. 10. Manejo de pacientes en Unidad de Cuidados Intensivos. 11. Manejo quirúrgico de enfermedades congénitas”.*

Sin embargo, conforme con la sentencia **T-402 de 2018**<sup>[199]</sup>, la Ley 1438 de 2011 le otorgó al Gobierno Nacional, por una parte, la obligación de realizar la actualización del POS o PBS “una vez cada dos años atendiendo a cambios del

*perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, la disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos en el Plan de Beneficios*”;<sup>[200]</sup> y, por la otra, la evaluación integral del SGSSS cada cuatro (4) años, con base en indicadores como *“la incidencia de enfermedades crónicas no transmisibles y en general las precursoras de eventos de alto costo”*, con la finalidad de complementarlas<sup>[201]</sup>.

En ese sentido, conforme con la jurisprudencia constitucional, la definición y alcance de las enfermedades de alto costo no es un asunto resuelto dentro de las normas legales o reglamentarias<sup>[202]</sup>. Por el contrario, dicha enumeración realizada por las normas no puede considerarse de manera taxativa y cerrada en atención a que su clasificación se encuentra supeditada a la vocación de actualización del Sistema General de Seguridad Social en Salud<sup>[203]</sup>.

Jurisprudencialmente, además de la exoneración prevista en las normas pertinentes, hay lugar a la exención de dicho pago cuando se comprueba que el usuario del servicio de salud o su familia no cuentan con recursos económicos suficientes para asumir las cuotas moderadoras, copagos o cuotas de recuperación según al régimen que se encuentre afiliado<sup>[204]</sup>.

En aras de no vulnerar los derechos del beneficiario la Corte ha fijado dos reglas jurisprudenciales para determinar los casos en que sea necesario eximir al afiliado del pago de las cuotas moderadoras, copagos o según el régimen al que se encuentre afiliado.<sup>[205]</sup> Al respecto dispuso que procederá esa exoneración (i) cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de los pagos moderadores.<sup>[206]</sup> Así la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente ofreciendo 100% del valor del servicio de salud.<sup>[207]</sup> Y (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 suministrado. En este caso, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de pago al afectado, para lo cual podrá exigir garantías adecuadas, sin que la falta de pago pueda convertirse en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio.<sup>[208]</sup>

En la Sentencia **T-984 de 2006**<sup>[209]</sup> esta Corporación reiteró que cuando una persona no cuenta con los recursos económicos para sufragar los costos de las cuotas correspondientes y requiera de un tratamiento con urgencia<sup>[210]</sup>, en razón a su estado de salud, este deberá prestársele sin sujeción a lo estipulado en la norma que contempla la exigibilidad de los pagos. En este sentido, la Corte señaló expresamente que *“cuando una persona requiera de un tratamiento médico con urgencia, y no pueda acceder a éste por no tener la capacidad económica suficiente para pagar los copagos, las cuotas moderadoras, las cuotas de recuperación o el porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes, se deberá inaplicar la normatividad y la entidad territorial, la ARS, o la EPS, según sea el caso, deberá prestarle oportunamente el servicio, en aras de proteger su derecho fundamental a la vida, en conexidad con el derecho a la salud.”*

En este orden de ideas y de conformidad con lo indicado se concluye que la exigencia reglamentaria de reclamar el pago de cuotas moderadoras y/o copagos no es contraria a la Constitución pues, a través de ellos se busca obtener una contribución económica al Sistema en razón a los servicios prestados. Sin embargo, aquél no podrá exigirse cuando de su aplicación surja la vulneración a un derecho fundamental<sup>[211]</sup>. En todo caso, será el juez constitucional el encargado de verificar si el pago de las cuotas de recuperación exigidas por la ley obstaculiza el acceso al servicio de salud y si, como consecuencia de ello, se genera una vulneración de los derechos fundamentales.

(...)”

Conforme el precedente jurisprudencial, y teniendo en cuenta los hechos narrados en el escrito de tutela y las pruebas aportadas, se puede afirmar que el afectado es un niño( 1 año y 7 meses) en su condición de menor de edad y por encontrarse en exámenes para diagnosticar su enfermedad , se constituye en sujeto de especial protección por parte del estado, lo que impone estudiar el caso con aun mayor rigurosidad, pues como lo señalan los artículos 44 y 13 de la constitucional política “...«[l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás», y «el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta», en armonía con el canon 9 de la Ley 1098 de 2006 que consagra que; “...«[e]n todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona»...”

Al respecto la jurisprudencia constitucional ha precisado que, “... «el orden constitucional y legal vigente ha sido claro en reconocer que la salud reviste la naturaleza de derecho fundamental autónomo e irrenunciable, susceptible de ser protegido por vía de acción de tutela. Lo anterior, adquiere particular relevancia tratándose de niños, niñas y adolescentes, teniendo éstos un carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política»...” y que, por ello, “...«[su] atención no podrá ser limitada o restringida por razones de naturaleza administrativa o económica» ...” (Sentencia T-196 de 2018), razón por la cual, el hecho de no prestarle oportunamente la atención médica que requiere un sujeto de especial protección, como sucede en el presente caso, pone en riesgo gravemente sus derechos fundamentales a la salud y, especialmente, a la vida, por lo que ha de ordenarse a la convocada acceder, sin más dilaciones, a lo ordenado por su médico tratante, a fin de preservar su estado de salud.

Y, si bien la doctora Lina Karina Salcedo Castilla Gastroenterología vinculada a la presente acción constitucional señala que el 09 de septiembre de 2021 tuvo conocimiento de la acción constitucional y al no encontrar activo en el Mipres la formula FORTINI, procedió a modificar la prescripción por PEDIASURE CLINICAL 220/Botella x 2 meses, la cual se encuentra registrada en el Mipres y con características similares y apto para pacientes con alergia al huevo, información que indica le fue suministrada a la madre del menor para que gestionara con Compensar EPS la entrega del suplemento, entonces, la vulneración resulta evidente, porque, no se allegó medio de prueba alguno que denote que la accionada, efectuó lo propio y realizó la entrega del fármaco ordenado por el galeno tratante a favor del menor.

Ante la manifestación anterior, el despacho procedió a comunicarse con la señora María Natalia Solano a celular N. 3502442634- 3208687402 madre del menor quien manifestó que a la fecha no se ha realizado la entrega del medicamento inicialmente formulado (fortini) así como tampoco el medicamento ordenado en prescripción medica del 09 de septiembre (pediasure Clinical 220).

Al respecto se resalta, que la Corte Constitucional ha reiterado que es la orden médica la que determina la necesidad del servicio médico. Sobre el tema señaló, que:

*“... Por regla general, para que sea exigible el suministro de un servicio en salud, es necesario que exista una orden del médico tratante adscrito a la EPS, por virtud de la cual se entienda que dicha prescripción está dirigida a mejorar el estado de salud del paciente. Bajo ninguna circunstancia el juez constitucional podría ordenar el reconocimiento de un servicio sin la existencia previa de un concepto profesional, pues de hacerlo estaría invadiendo el ámbito de competencia de los profesionales de la medicina...”*

Cabe indicar que, la Corte Constitucional en relación con los principios de continuidad e integralidad que rigen la prestación del servicio de salud, previstos en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, ha señalado, que:  
“(..)

Al respecto, la Corte ha venido reiterando[T-1198-2003] los criterios que deben tener en cuenta las Entidades Promotoras de Salud –EPS, para

garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de salud sobre tratamientos médicos ya iniciados, de la siguiente manera: “...*(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados...*”.

Igualmente, la Corte ha sostenido que el principio de continuidad en la prestación de servicios de salud responde, no solo a la necesidad de los usuarios de recibir tales servicios, sino también a los postulados del principio de buena fe y de confianza legítima contemplados en el artículo 83 de la Constitución Política de 1991. “... *Esos fundamentos garantizan a los usuarios de los servicios de salud que su tratamiento no va a ser suspendido luego de haberse iniciado [T140-2011] bajo la vigencia de una afiliación que posteriormente se extingue, sin que deba importar la causa de su terminación. En ese orden, el tratamiento médico debe ser terminado hasta la recuperación o estabilización del paciente, esto es, sin interrupciones que pongan en peligro sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal o a la dignidad (T-214 de 2013)...*”

Adicionalmente, la prestación del servicio de salud debe darse de forma continua. La jurisprudencia constitucional ha señalado que los usuarios del sistema de seguridad social en salud deben recibir la atención de manera completa, según lo prescrito por el médico tratante, en consideración al principio de integralidad. Es decir, deben recibir “...*todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud*”[T-760 de 2008].—*se destaca-(T-124 de 2016)...*”

Por lo anterior, se le ordenará a la entidad de salud accionada, que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de la presente providencia si aún no lo ha realizado, le autorice y entregue el medicamento denominado PEDIASURE CLINICAL LIQUIDO 220 Botella, ordenado por el médico tratante del niño en formula medica de

fecha 09 de septiembre de 2021. Igualmente, proceda a asignarle una cita con su médico tratante a fin de que aquel emita un diagnóstico, en el que, determine si el paciente requiere exámenes domiciliarios, y en caso de requerirlos, exponga los parámetros bajo los cuales la E.P.S COMPENSAR habrá de proporcionárselos.

En lo que tiene que ver con la exoneración de copagos o cuotas moderadoras, es pertinente traer a colación el criterio adoptado por la Honorable Corte Constitucional y para el caso, ha señalado en sentencia T-178 de 2017:

“(…)

***10. La naturaleza jurídica de los copagos y de las cuotas moderadoras. Casos en los que procede su exoneración. Reiteración de jurisprudencia***

*De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deben asumir “(...) pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles (...)”, que tienen como finalidad racionalizar el uso de los servicios del sistema y complementar la financiación del plan obligatorio de salud<sup>361</sup>. En la misma disposición se contempla que la exigencia de esas cuotas no puede convertirse en un obstáculo para el acceso a los servicios de salud por parte de la población más pobre y vulnerable, razón por la cual se prevé que el monto de las mismas deberá ser estipulado de conformidad con la situación socioeconómica de los usuarios del Sistema.*

*Sobre el particular esta Corporación ha señalado que cuando una persona no tiene los recursos económicos para cancelar el monto de dichas cuotas, la exigencia de las mismas limita su acceso a los servicios de salud y, en el caso en que estos se requieran con urgencia, se pueden ver afectados algunos derechos fundamentales, los cuales deben ser protegidos teniendo en cuenta su primacía frente a cualquier otro tipo de derecho*

...

*El Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y establece la diferencia entre las cuotas moderadoras y los copagos, al señalar que las primeras, que se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS, al paso que los segundos, que se aplican única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios, son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema.*

*El artículo 7° del referido Acuerdo dispone que están sujetos al cobro de copagos todos los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, con excepción de:*

- 1. Servicios de promoción y prevención;*
- 2. Programas de control en atención materno infantil;*
- 3. Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles;*

4. *Enfermedades catastróficas o de alto costo;*
5. *La atención inicial de urgencias y*
6. *Los servicios que, conforme al artículo 6° del Acuerdo están sujetos al cobro de cuotas moderadoras.*

*10.2. Adicionalmente, la Corte ha fijado dos reglas jurisprudenciales<sup>[44]</sup>, de origen constitucional, para determinar los casos en que, en aras de obtener la protección de algún derecho que pueda resultar vulnerado, es necesario eximir al afiliado del pago de las cuotas moderadoras, copagos o cuotas de recuperación según el régimen al que se encuentre afiliado.*

*Al respecto dispuso que procederá esa exoneración (i) cuando la persona que necesita con urgencia<sup>[45]</sup> un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de los pagos moderadores, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a este, asumiendo el 100% del valor<sup>[46]</sup> y (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 este sea suministrado, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de pago al afectado, para lo cual podrá exigir garantías adecuadas, sin que la falta de pago pueda convertirse en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio<sup>[47]</sup>.*

*(...)*”

Al respecto, tal como se reseñó en el marco normativo, y dado que la accionada afirma que la afiliada cotiza con un ingreso mensual de \$2.600.000,00, suma que en su criterio es suficiente para cubrir los gastos médicos de sus beneficiarios y en razón que no se encontró pruebas que le permitan tener certeza al despacho de negación alguna por parte de la entidad accionada para prestarle la atención requerida al afiliado con ocasión del no pago de copagos y/o cuotas moderadoras, el despacho considera que no es procedente acceder a dicha pretensión, por tanto, se confirmara la decisión del A quo.

Y, finalmente, en relación con la solicitud del tratamiento integral, la Honorable Corte en sentencia ya referenciada indico:

“(…)

#### ***2.5. La garantía del tratamiento integral de los pacientes. Reiteración de jurisprudencia***

*La Ley 1751 de 2015 precisó el contenido del principio de integralidad en materia de salud. El artículo 8° establece, por una parte, que los servicios y tecnologías deberán suministrarse de manera completa, para prevenir, paliar o curar la enfermedad. Ello con independencia del origen de la enfermedad o la*

condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación establecido por el Legislador. Asimismo, señaló que no podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario del SGSSS y, en caso de 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.

Conforme con la Corte Constitucional, el tratamiento integral es una expresión del principio de continuidad del derecho a la salud y, a su vez, evita la interposición de acciones de tutela para la prestación de cada servicio prescrito por el médico tratante<sup>[212]</sup>. Asimismo, esta garantía se desprende del principio de integralidad del derecho a la salud. A partir de allí, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías del paciente<sup>[213]</sup>. Sin embargo, estas acciones están cualificadas, en ese sentido, la Corte evidenció que la prestación de los medicamentos no se debe realizar de manera separada, fraccionada “o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”<sup>[214]</sup>. Lo anterior con la finalidad de no solo restablecer las condiciones básicas de las personas o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias<sup>[215]</sup>.

La garantía del tratamiento integral no se reduce a la prestación de medicamentos o de procedimientos de manera aislada. Por el contrario, abarca todas aquellas prestaciones necesarias para conjurar las patologías que puede sufrir una persona, ya sean físicas, funcionales, psicológicas, emocionales e inclusive sociales, lo que significa la imposibilidad de imponer obstáculos para obtener un adecuado acceso al servicio, reforzándose aún más dicho entendimiento cuando se trata de sujetos que merecen un especial amparo constitucional<sup>[216]</sup>.

La sentencia **T-259 de 2019** sostuvo que el tratamiento integral procede cuanto (i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente<sup>[217]</sup>; de igual manera se reconoce cuando (ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional<sup>[218]</sup>; o (iii) con aquellas personas que exhiben condiciones de salud extremadamente precarias o indignas. En estos casos se debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto al accionante y frente al cual recae la orden del tratamiento integral<sup>[219]</sup>. Ello en consideración que no resulta posible dictar órdenes **indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas**<sup>[220]</sup>; lo contrario implicaría presumir la mala fe de la EPS en relación con el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones con sus afiliados, en contradicción del artículo 83 Superior<sup>[221]</sup>.

(...)

En ese orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia reseñada, el afectado es un menor que se encuentra en diagnóstico de su enfermedad, en tanto es considerado sujeto de especial protección constitucional, y ante la actitud negligente que ha demostrado Compensar E.P.S, se hace necesario garantizar el tratamiento integral de su enfermedad, según lo prescrito por su médico tratante o que requiera, para lograr la recuperación de su salud, y hacer que lleve una vida en condiciones dignas.

Por lo anterior y en aras de evitar que la tutelante se vea en la necesidad de acudir a la acción de tutela cada vez que la E.P.S le niegue o retarde la atención medica requerida, con ocasión al cuadro clínico que presenta el beneficiario, COMPENSAR E.P.S., deberá realizar las gestiones administrativas para que se le presten efectivamente todos los procedimientos, terapias, exámenes, diagnósticos y especializados, citas médicas especializadas, insumos en la cantidad y calidad ordenada o que llegue a ordenar el médico tratante, es decir, una atención integral que atienda sus padecimientos.

Sin que haya lugar a mas consideraciones se modificara el numeral tercero de la sentencia en el sentido de indicar que se ordene a la COMPENSAR E.P.S., suministrar el medicamento PEDIASURE CLINICAL LIQUIDO 220/Botella ordenado por la doctora Lina Karina Salcedo Castilla según formula medica del 09 de septiembre de 2019; en lo demás se **confirmara** la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral tercero del fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá el 15 de septiembre de 2021, en el sentido de ordenar a COMPENSAR E.P.S suministrar el medicamento PEDIASURE CLINICAL LIQUIDO 220/Botella según formula

medica del 09 de septiembre de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia impugnada en lo demás.

**TERCERO: NOTIFICAR** a las partes esta decisión por el medio más expedito y eficaz, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La Juez,

**NANCY MIREYA QUINTERO ENCISO**