

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARENTA Y OCHO PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS

Bogotá, D. C., catorce (14) de febrero de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por la señora **JESSICA FERNANDA MORENO QUINTERO** contra **FAMISANAR E. P. S.**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

La señora **JESSICA FERNANDA MORENO QUINTERO** manifestó que se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud – Régimen Contributivo, a través de **FAMISANAR E. P. S.**, de igual forma aseveró que ha presentado quebrantos de salud, razón por la cual el Galeno determinó que era necesario practicarle varios exámenes médicos para poder emitir un diagnóstico.

Reseñó que en virtud de dicha situación y después de materializar otros procedimientos, en el mes de diciembre el médico tratante le prescribió el examen “**GAMMAGRAFÍA SUPRARENAL**” el cual a la fecha no ha sido agendado por **FAMISANAR E. P. S.** y que requiere de manera pronta para poder establecer su patología y el tratamiento médico a seguir.

PRETENSIONES

Solicita se tutelen los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas; como consecuencia de ello solicita se ordene a **FAMISANAR E. P. S.**, programar y realizar el procedimiento médico denominado: *"GAMMAGRAFÍA SUPRARENAL CON IODO COLESTEROL"* conforme a la orden médica.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del 5 de febrero de 2020, este Despacho admitió la acción de tutela presentada por **JESSICA FERNANDA MORENO QUINTERO** contra **FAMISANAR E. P. S.**, por la presunta vulneración a la vida en condiciones dignas, y a la salud.

De igual forma se dispuso vincular de manera oficiosa corriéndole traslado de la demanda con sus anexos a la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD, ADRES** y **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, para integrar el debido contradictorio.¹

RESPUESTA DE LA PARTE ACCIONADA

FAMISANAR E. P. S.

En escrito recibido el 11 de febrero de 2019, la entidad accionada mencionó que la señora **JESSICA FERNANDA MORENO QUINTERO**, se encuentra vinculada en estado de afiliación activo en el régimen contributivo en calidad de cotizante, respecto al examen médico solicitado, refirieron que se presentó el caso a varias Instituciones prestadoras de salud, quienes confirmaron que no prestan el servicio requerido, por lo que se comunicaron con la usuaria para sugerirle un acercamiento con el médico tratante para estimar la posibilidad de prescribir un alternativo terapéutico. No obstante esta decisión está sujeto al criterio del profesional de salud, quien conoce de primera mano las necesidades.

¹ Folios 15, cuaderno original

Precisó que el cumplimiento cabal y oportuno, no atañe única y exclusivamente a esta entidad, dado que el agendamiento para la práctica de procedimientos y consultas médicas o programación de exámenes se realiza por actores diferentes del sistema como son las I. P. S. cuya disponibilidad de agenda, distribución de fechas y citas trasciende de la esfera del control de la E. P. S.

Bajo este contexto se concluye que **FAMISANAR E. P. S.**, no ha vulnerado o amenazado derecho fundamental alguno de la ciudadana y por ello las pretensiones planteadas no están llamadas a prosperar, razón por la cual solicita se declare improcedente la acción de tutela.²

SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD

Mediante escrito allegado el 7 de febrero del presente año, la Doctora Paula Susana Ospina Franco, en calidad de Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad vinculada, refirió que de acuerdo con la verificación efectuada en la base de datos del Sistema General de Seguridad social en salud, **JESSICA FERNANDA MORENO QUINTERO** se encuentra afiliado activo del régimen contributivo en **FAMISANAR E. P. S.**

Anunció que la paciente se encuentra activo como beneficiario en el régimen contributivo, condición que lo excluye de plano de la posibilidad de considerarlo dentro del grupo de personas que la ley 100 de 1993 cataloga como destinatarias de los beneficios del régimen subsidiario de salud o como pobre no asegurado. Por consiguiente dichos recursos no pueden ser utilizados para financiar la prestación salud de los afiliados al régimen contributivo, ya que estos deben ser financiados por la Administradora de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES.

Refirió que al parecer la señora **JESSICA FERNANDA MORENO QUINTERO** presenta diagnóstico: "*hipertensión Arterial*" razón por la cual se le ordenó el servicio de "*GAMMAGRAFIA SUPRARENAL*" el cual se encuentra dentro de los beneficios que deben ser garantizados por la E. P. S. de acuerdo

² Folios 29-30, cuaderno original.

con lo dispuesto en el anexo 2 de la Resolución 5857 de 2018, por ello debe agendar este servicio en los termino de oportunidad y calidad.

En consecuencia solicita ser desvinculados del presente trámite, pues no tiene la facultad para la prestación directa del servicio público de salud, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 1122 de 2007, además no tiene a su cargo la prestación de los servicios de salud incluidos en el POS, ya que es responsabilidad exclusiva de la E. P. S.³

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Mediante documento allegado por el Director jurídico de la entidad vinculada, declaró que la acción de tutela es improcedente por falta de legitimación por pasiva, ya que esa entidad no ha vulnerado ni amenazado los derechos invocados por la demandante, ya que de conformidad con lo dispuesto la ley 100 de 1993, 715 de 2001 y Decreto 4107 de 2011, se determinan los objetivos, la estructura y las funciones que tiene esa entidad que en ningún caso es ser la responsable directa de la prestación de los servicios de salud.

Respecto al procedimiento solicitado (gammagrafía suprarrenal), adujo que el mismo se encuentra incluido dentro del plan de beneficios en salud tal como lo describe el anexo 2 de la Resolución 3512 de 2019 razón por la cual es deber de la entidad promotora de salud garantizar su esta asistencia.

Explicó que el proceso de accesibilidad a los servicios de salud no cubiertos con cargo a la UPC, deben ser llevados a cabo mediante el reporte de prescripción, suministro y control de pagos de servicios y tecnologías en salud a través del aplicativo en línea MIPRES, el cual es adoptado de forma obligatoria para el régimen contributivo y facultativamente por el Régimen subsidiado.

Finalmente informó que la solicitud del tratamiento integral es vaga y genérica por lo que es necesario que el paciente o su médico tratante precise cuales son los medicamentos y procedimientos requeridos, a fin de que esta entidad pueda determinar si se encuentran o no incluidos en el P.OS. Además

³ Folios 23-24, cuaderno original

advierte que el fallo de tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración de los derechos y pretender protegerlos a futuro, pues desbordaría su alcance y se incurriría en error de otorgar prestaciones que son indeterminadas.

Así las cosas solicitan exonerar al Ministerio y en caso de que la acción prospere se conmine a la E. P. S. a la adecuada prestación del servicio de salud conforme a sus obligaciones, sin observancia de que la prestación esté o no incluida en el plan de beneficios en salud y en el evento que el Despacho decida afectar recursos del SGSSS solicitan se vinculen al ADRES.⁴

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-

Mediante Oficio número T-101 adiado el 5 de febrero del cursante año, esta Agencia Judicial le corrió traslado de la demanda de tutela y sus anexos a la entidad accionada para que de inmediato se pronunciara, obrando constancia del recibo de tal documento por la interesada, el mismo día vía correo electrónico⁵, sin que a la fecha se haya pronunciado al respecto, razón por la cual se dará aplicación a lo establecido en los artículos 19 y 20 del Decreto 2591 de 1991.

PRUEBAS

1. Con el escrito de tutela **JESSICA FERNANDA MORENO QUINTERO** aportó la siguiente información documental:

- a. Copia de solicitud médica de fecha 2 de diciembre d 2019.
- b. Copia de resumen de historia clínica.
- c. Copia de resultado de exámenes médicos.
- d. Copia de pre autorización de servicios.
- e. .

2. El Despacho dispuso consultar en el Registro Único de Afiliados - RUAF del Ministerio de la Protección Social donde se halló que **JESSICA FERNANDA MORENO QUINTERO** se encuentra en estado activo en **FAMISANAR E. P. S**

⁴ Folios 24-26, cuaderno original.

⁵ Folio 25-28, cuaderno original

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sede Judicial para resolver la solicitud de tutela por tratarse la accionada de una entidad particular encargada de prestar el servicio público de salud.

El principio de atención integral en materia del derecho a la salud.

El derecho a la salud se desarrolla entre otros, con fundamento en el principio de atención integral. Al respecto la Corte Constitucional ha en sentencia T-760 de 2008 consideró lo siguiente:

"(...) De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.

Así, desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera 'con necesidad' (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un estado social de derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere.

Existe pues, una división entre los servicios de salud que se requieren y estén por fuera del plan de servicios: medicamentos no incluidos, por una parte, y todos los demás, procedimientos, actividades e intervenciones, por otra parte. En el primer caso, existe un procedimiento para acceder al servicio (solicitud del médico tratante al Comité Técnico Científico), en tanto que en el segundo caso no; el único camino hasta antes de la presente sentencia ha sido la acción de tutela.

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no

está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS (...).

Por su parte, el numeral 3° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, enuncia este principio de la siguiente manera:

"El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud".

De igual forma, el literal c del artículo 156 de la misma Ley dispone que:

"Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud."

Así mismo, en la sentencia T-576 de 2008 la Corte Constitucional precisó el contenido de este principio de la siguiente manera:

Sobre este extremo, la Corte ha enfatizado el papel que desempeña el principio de integridad o de integralidad y ha destacado, especialmente, la forma como este principio ha sido delineado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo modo que por las regulaciones en materia de salud y por la jurisprudencia constitucional colombiana. En concordancia con ello, la Corte Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones que la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del paciente.

El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento (Subrayado fuera del texto original).

En esta sentencia también se precisaron las facetas del principio de atención integral en materia de salud:

"A propósito de lo expresado, se distinguen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad de la garantía del derecho a la salud. Una, relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que proyectan las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional, social, para nombrar sólo algunos aspectos. La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un(a) paciente."

Prevalencia de la orden del médico tratante para establecer si se requiere un servicio de salud.⁶

En el Sistema de Salud, la persona idónea para decidir si un paciente requiere algún servicio médico es el médico tratante, pues es éste quien cuenta con criterios médico-científicos y conoce ampliamente el estado de salud de su paciente, así como los requerimientos especiales para el manejo de su enfermedad.

Específicamente, el concepto del médico tratante es vinculante para la entidad promotora de salud cuando se reúnen los siguientes requisitos: (i) cuando se autorice un servicio y/o tratamiento basado en información científica, (ii) cuando se tuvo en cuenta la historia clínica particular de la persona para autorizarlo, y (iii) cuando se ha valorado adecuadamente a la persona, y ha sido sometida a consideración de los especialistas en el manejo de dicha patología.

La jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, obligan a una EPS cuando ésta ha admitido a dicho profesional como "médico tratante".

Concretamente, se deduce que el médico tratante, es el galeno idóneo para proveer las recomendaciones de carácter médico que requiere el paciente. Esas recomendaciones no pueden ser objetadas por la EPS, cuando aquella tuvo noticias de dicha opinión médica, pero no la contravirtió con base en criterios científicos; o bien sea porque el Comité científico de la entidad valoró inadecuadamente la historia clínica del paciente y no sometieron el padecimiento de éste al estudio de un especialista⁷.

⁶ Sentencia T 539-2013

⁷ Sentencia T-760 de 2006

CASO CONCRETO

En el presente caso se encuentra acreditado con la documentación allegada al plenario que **JESSICA FERNANDA MORENO QUINTERO**, se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud – Régimen Contributivo, a través de **FAMISANAR E. P. S.**, Igualmente se tiene que la ciudadana presenta afectaciones en su salud, razón por la cual el médico tratante determinó la necesidad de practicar el examen médico: “*GAMMAGRAFÍA SUPRARENAL CON IODO COLESTEROL*” para poder determinar su diagnóstico, no obstante el mismo no ha sido programado por la entidad promotora de salud.

FAMISANAR E. P. S., al respecto informó que a la usuaria se le han brindado todos los servicios en salud requeridos y respecto al examen requerido, informó que en varias de sus instituciones prestadoras de salud no se presta esta asistencia, por lo que el médico tratante debe considerar la viabilidad de otra alternativa como quiera que el agendamiento no depende de la E. P. S. sino de sus prestadores, es decir que no se han vulnerado los derechos fundamentales del accionante. Por su parte la **SECRETARÍA DISTRIAL DE SALUD** y el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, mencionaron que el procedimiento médico solicitado por la demandante debe ser garantizado por la entidad promotora de salud.

Es necesario indicar que efectivamente en el expediente se observa la orden médica emitida por el médico tratante, adscrito a **FAMISANAR E. P. S.**, en la cual prescribe el procedimiento “*GAMMAGRAFÍA SUPRARENAL CON IODO COLESTEROL*” servicio médico que requiere la paciente según su concepto médico.⁸

Lo anterior demuestra que la práctica de este servicio se torna necesario, ya que el médico tratante es la persona que se encuentra totalmente capacitada para establecer un diagnóstico, la necesidad y la urgencia de un procedimiento médico a seguir, así lo ha decantado por la Corte Constitucional, al asegurar que

⁸ Folio 6, cuaderno original.

el médico tratante es quien *"cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar y es quién se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado de acuerdo con la evolución en la salud del paciente."*⁹

Ahora bien, **FAMISANAR E. P. S.**, precisó que en las I. P. S. que tiene en su red de contratación la mayoría no prestan este servicio, por lo que el galeno debe determinar un método alternativo al procedimiento requerido. Sin embargo esta Instancia se aparta de dicho argumento, pues como se mencionó anteriormente el médico tratante es la persona idónea para determinar la prescripción de un servicio médico.

Bajo ese contexto, teniendo en cuenta que la pretensión de la demanda de tutela se ciñe a la materialización de esta asistencia, le corresponde a la **E. P. S.**, garante del servicio de salud para con esta afiliada, la obligación de brindar un tratamiento médico continuo, integral, eficiente y oportuno, que incluya la prestación real y efectiva de los servicios médicos ordenados por el médico tratante, máxime cuando ha sido ordenados por el médicos tratante.

Aunado a ello debe reiterarse que el galeno tratante concluyó la necesidad de autorizar dicho servicio, el cual es necesario para determinar el diagnóstico de la paciente y así iniciar el tratamiento médico pertinente, lo cual implica que negar su suministro, vulneraría el derecho a la vida en condiciones dignas y a la salud de **JESSICA FERNANDA MORENO QUINTERO**, máxime cuando es un servicio de salud incluido en el plan obligatorio de salud, tal y como lo informó la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD y MINISTERIO DE SALUD**.

Corolario de lo anterior, se tutelarán los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud de **JESSICA FERNANDA MORENO QUINTERO**; en consecuencia, se ordenara al Representante Legal de **FAMISANAR E. P. S.**, o a quien haga sus veces que de manera inmediata o a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, programe y materialice el procedimiento médico denominado:

⁹ Sentencia T- 345 de 2013

"*GAMMAGRAFÍA SUPRARENAL CON IODO COLESTEROL*", en una I. P. S. adscrita a su red de prestadores de servicios, de acuerdo a la prescripción médica

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y OCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

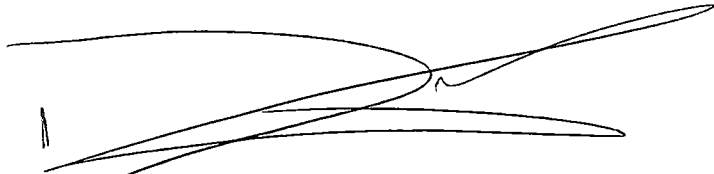
PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud, de **JESSICA FERNANDA MORENO QUINTERO** de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal de **FAMISANAR E. P. S.**, o a quien haga sus veces que de manera inmediata o a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, programe y materialice el procedimiento médico denominado: "*GAMMAGRAFÍA SUPRARENAL CON IODO COLESTEROL*", en una I. P. S. adscrita a su red de prestadores de servicios, de acuerdo a la prescripción médica

TERCERO: INFORMAR a las partes que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

CUARTO: ORDENAR que de no ser impugnada esta decisión, sea remitida la actuación original a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión y una vez se adelante dicho trámite proceder al archivo de las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DAVID SAMUEL GRANADOS MAYA
JUEZ