

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE
CONTROL DE GARANTÍAS

Bogotá D.C., 13 de septiembre de 2022

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación: No. 2022-101
Accionante: Luisa Fernanda Madero Espitia como agente
oficiosa de Emily Sofia López Madero
Accionado: EPS Famisanar SAS
Decisión: No tutela – Hecho superado

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por **Luisa Fernanda Madero Espitia** como agente oficiosa de **Emily Sofia López Madero**, en contra de la **EPS Famisanar SAS**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de salud, vida digna consagrados en la Constitución Política.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Se interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. La señora **Luisa Fernanda Madero Espitia** como agente oficiosa de **Emily Sofia López Madero**, menciona que desde hace 5 meses su hija ha presentado afectaciones en su salud, comenzando por un fuerte dolor de oídos, por lo que tuvo que remitirse a un médico particular especialista en otorrinolaringología, quien le ordenó diferentes medicamentos.
2. Transcurridos 2 meses tuvo control médico el 7 de junio, donde el médico particular especialista le dictaminó procedimiento de impedanciometría y otros medicamentos dado que la menor no demostraba mejoría.
3. Ya en el mes de agosto su menor hija continuó con los padecimientos en salud, por lo que el médico tratante concluyó que lo mejor era realizar una intervención quirúrgica, y la instó a remitirse a la EPS para la realización de la cirugía.
4. Una vez atendida por la EPS Famisanar SAS, la profesional en medicina que la atendió ordenó las siguientes consultas: primera vez en psicología, primera vez en fonoaudiología y consulta por especialista en otorrinolaringología.
5. Sin embargo, a la fecha de presentación de este amparo constitucional no ha sido posible el agendamiento de las citas médicas ordenadas, por lo que considera que se están vulnerando los derechos fundamentales de su hija de 4 años de edad.

Radicación: No. 2022-101
Accionante: Luisa Fernanda Madero Espitia como agente oficiosa de Emily Sofía López Madero
Accionado: EPS Famisanar SAS
Decisión: No Tutelar – Hecho superado

PRETENSIONES

La accionante **Luisa Fernanda Madero Espitia** como agente oficiosa de **Emily Sofía López Madero**, peticiona le sean amparados los derechos fundamentales de salud y vida digna, consagrados en la Constitución Política.

De igual forma peticiona que se ordene a la EPS accionada, para que en un término no superior a 48 horas siguientes a la notificación del fallo se autoricen y agenden las siguientes citas médicas: CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR PSICOLOGÍA (5048451890). CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR FONOAUDIOLOGIA (5048451889). CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OTORRINOLARINGOLOGÍA (5077075819) y CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN NEUMOLOGÍA PEDIATRICA.

MEDIDA PROVISIONAL

La accionante solicita como medida provisional: Se ordene a la **EPS FAMISANAR SAS**, que mientras se decide esta acción de tutela se autoricen y agenden las siguientes citas médicas: CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR PSICOLOGÍA (5048451890). CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR FONOAUDIOLOGIA (5048451889). CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OTORRINOLARINGOLOGÍA (5077075819) y CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN NEUMOLOGÍA PEDIATRICA.

Mediante auto de fecha 1 de septiembre de 2022, se resolvió sobre la medida solicitada en los siguientes términos:

1. **NO DECRETAR**, la medida provisional solicitada, en razón a que la misma está dirigida a que la entidad accionada **Famisanar EPS**, **programe citas médicas ordenadas por el galeno tratante**, toda vez que se hace notar que de los anexos allegados, si bien se emitió orden médica para los servicios solicitados, no obra prueba de las gestiones previas realizadas por la actora en calidad de agente oficiosa, para obtener la programación de las mismas; por otra parte, no se observa que la menor se encuentre ante un inminente riesgo o amenaza por la falta de dichos servicios, que ameriten la intervención del Juez de tutela en forma inmediata, obviando el trámite respectivo para la decisión de fondo de la misma.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

EPS Famisanar SAS

La directora de gestión poblacional de la EPS en mención, informó al despacho que una vez conocida esta acción de tutela, solicita información a sobre el estado de la prestación de los servicios requeridos por la actora, e indica lo siguiente: “se valida solicitud de afiliada y se solicita agendamiento a Cafam: psicología, fonoaudiología, otorrinolaringología, neumología pediátrica a la espera de respuesta, a la cual se dará alcance por correo”. De esta misma manera, informa la EPS Famisanar SAS ha autorizado y garantizado todos los servicios que ha requerido la usuaria, por lo que considera que hay una carencia actual de objeto pues no se han vulnerado derechos

Radicación: No. 2022-101
Accionante: Luisa Fernanda Madero Espitia como agente oficiosa de Emily Sofía López Madero
Accionado: EPS Famisanar SAS
Decisión: No Tutelar – Hecho superado

fundamentales de la actora y solicita denegar la acción instaurada por ser esta improcedente.

CAFAM IPS

La abogada de la sección de litigios y consultas de la subdirección de la caja de compensación familiar Cafam, aclara que ésta brinda servicios de salud a través de sus diferentes IPS debidamente habilitadas por el asegurador, una vez validados los procedimientos con sus respectivas ordenes medicas vigentes, se procedió a establecer contacto con la madre de la menor y se agendaron las citas de Fonoaudiología, psicología y otorrinolaringología, información que también fue enviada al correo electrónico de la actora.

Con relación al servicio de neumología pediátrica, no se cuenta con autorización de la EPS por lo que le corresponde a Famisanar darle tramite a la solicitud de la accionante y remitirla a alguna IPS de su red que se encuentre habilitada para la prestación del servicio requerido.

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

El jefe de la oficina jurídica de la entidad vinculada, frente al caso puntual informó entre otras cosas al Despacho que existen distintos mecanismos de financiación de la cobertura integral para el suministro de tecnologías y servicios en salud, como, la Unidad de pago por capitación, los presupuestos máximos y los servicios y tecnologías en salud no financiados en la UPC y del presupuesto máximo.

“Sobre este particular, pone en conocimiento que Mediante el artículo 240 de la Ley 240 de la Ley 1955 de 2019 se estableció el mecanismo de los presupuestos máximos a través del cual se asigna un presupuesto anual a las EPS, que es transferido por la ADRES para que las entidades promotoras de salud garanticen a sus afiliados la prestación de servicios y tecnologías no financiados con los recursos de la Unidad de Pago por Capitación – UPC.

El Ministerio de Salud y Protección Social en ejercicio de sus atribuciones conferidas por la ley, reglamentó el mecanismo de presupuesto máximo por medio de las Resoluciones 205 y 206 de 17 de febrero 2020 y dispuso que entraría en aplicación a partir del 1 de marzo de 2020.

La nueva normativa fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente era objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las EPS, por cuanto este mecanismo prevé que los recursos de los servicios y tecnologías no financiados por la Unidad de Pago por Capitación se giran con anterioridad a la prestación de los servicios.

En cuanto a los servicios y tecnologías que se encuentran financiados con cargo al presupuesto máximo, el artículo 5° de la Resolución 205 de 2020 establece que “...El presupuesto máximo trasferido a cada EPS o EOC financiará los medicamentos, APME, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud que se encuentren autorizadas por autoridad competente del país, no se encuentren financiado por la UPC, ni por otro mecanismo de financiación y que no se

Radicación: No. 2022-101
Accionante: Luisa Fernanda Madero Espitia como agente oficiosa de Emily Sofía López Madero
Accionado: EPS Famisanar SAS
Decisión: No Tutelar – Hecho superado

encuentren excluidos de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y cumplan las condiciones establecidas en el presente acto administrativo”.

Se tiene entonces que, se consideran financiados con cargo al presupuesto máximo, los medicamentos, procedimientos, alimentos para propósitos médicos especiales – APME señalados expresamente en el artículo 5° de la referida resolución y los servicios complementarios suministrados en cumplimiento de órdenes judiciales.”¹

Aunado a lo anterior, indica que es la EPS quien debe garantizar la prestación de servicios en salud, así como la prestación integral y oportuna del servicio, para lo cual debe conformar libremente su red de prestadores, sin que en ningún momento se deje de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que se ponga en riesgo la vida o salud de los usuarios; de esta manera, considera que la presunta vulneración a derechos fundamentales no recae sobre la entidad a la que representa, sino sobre la EPS a la cual se encuentra afiliada la paciente.

En concordancia con lo establecido en la Resolución 094 que establece los lineamientos sobre los servicios y tecnologías financiados por la UPC, en concordancia con el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019, el cual reza:

ARTÍCULO 231. COMPETENCIAS EN SALUD POR PARTE DE LA NACIÓN. <Entra en vigencia a partir del 1 de enero de 2020> Adiciónese el numeral 42.24 al artículo 42 de la Ley 715 de 2001, así:

42.24. Financiar, verificar, controlar y pagar servicios y tecnologías en salud no financiadas con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. La verificación, control y pago de las cuentas que soportan los servicios y tecnologías de salud no financiados con recursos de la UPC de los afiliados al Régimen Subsidiado prestados a partir del 1 de enero de 2020 y siguientes, estará a cargo de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES), de conformidad con los lineamientos que para el efecto expida el Ministerio de Salud y Protección Social.

Si bien la ADRES es la encargada de garantizar al adecuado flujo de recursos de salud, específicamente de la financiación de los servicios no financiados por la UPC, el anterior artículo se debe interpretar con el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, el cual estableció el mecanismo de financiación denominado “**PRESUPUESTO MÁXIMO**”, cuya finalidad es que los recursos de salud se giren ex ante a la prestación de los servicios, para que las EPS presten los servicios de salud de manera integral:

ARTÍCULO 240. EFICIENCIA DEL GASTO ASOCIADO A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO Y TECNOLOGÍAS NO FINANCIADOS CON CARGO A LOS RECURSOS DE LA UPC. Los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). **El techo o presupuesto máximo anual por EPS se**

¹ Folio 9 y 10 de la contestación del ADRES.

Radicación: No. 2022-101
Accionante: Luisa Fernanda Madero Espitia como agente oficiosa de Emily Sofía López Madero
Accionado: EPS Famisanar SAS
Decisión: No Tutelar – Hecho superado

establecerá de acuerdo a la metodología que defina el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual considerará incentivos al uso eficiente de los recursos. En ningún caso, el cumplimiento del techo por parte de las EPS deberá afectar la prestación del servicio. Lo anterior, sin perjuicio del mecanismo de negociación centralizada contemplado en el artículo 71 de la Ley 1753 de 2015.

En todo caso, las Entidades Promotoras de Salud (EPS) considerarán la regulación de precios, aplicarán los valores máximos por tecnología o servicio que defina el Ministerio de Salud y Protección Social y remitirán la información que este requiera. La ADRES ajustará sus procesos administrativos, operativos, de verificación, control y auditoría para efectos de implementar lo previsto en este artículo.

PARÁGRAFO. *Las EPS podrán implementar mecanismos financieros y de seguros para mitigar el riesgo asociado a la gestión de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a los recursos de la UPC.*

Finalmente, solicita se desvincule a la entidad a la que representa y se deniegue cualquier solicitud dirigida a realizar recobro por parte de la EPS; en caso de acceder al amparo solicitado no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades que se compruebe la vulneración de derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

Especialista otorrinolaringología Gustavo Correa Martínez

Al medico en cuestión se le remitió el oficio 732 el 1 de septiembre de 2022, al correo electrónico gcorrea.ori@gmail.com , sin embargo, a la fecha no se recibió informe alguno.



PRUEBAS

Con el escrito de tutela, **la parte accionante** aportó copia de la cedula de ciudadanía, copia registro civil de nacimiento de la menor, copia de las ordenes medicas prescritas por la EPS y ordenes suscritas por el medico particular.

Radicación: No. 2022-101
Accionante: Luisa Fernanda Madero Espitia como agente oficiosa de Emily Sofía López Madero
Accionado: EPS Famisanar SAS
Decisión: No Tutelar – Hecho superado

Por su parte, la **accionada EPS Famisanar SAS**, remitió trazabilidad de correos electrónicos, la **IPS Cafam** aportó soporte de notificación del correo electrónico enviado a la accionante con la información del agendamiento de las cita solicitadas.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con los Decretos 2591 de 1991 y Decreto 1983 de 2017 que dispone reglas de reparto, es competente este Despacho para resolver la solicitud de la tutela, por tratarse las accionadas de entidades con las cuales la accionante generó un vínculo, siendo fuente de la supuesta vulneración a los derechos fundamentales de vida digna y salud, consagrados en la Constitución Política.

Frente al factor territorial se tiene que la dirección de ubicación de las accionadas es Bogotá y en esta misma ciudad tienen ocurrencia los hechos fundamento de la solicitud de amparo.

2. Del sub exámine

El artículo 86 de la Carta Política el que señala que:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

Dignidad Humana

La dignidad humana puede ser entendida bajo los siguientes lineamientos, como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características, como ciertas condiciones materiales concretas de existencia, y como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral, lo que evoca a pensar que no solo es un derecho fundamental sino que es

Radicación: No. 2022-101
Accionante: Luisa Fernanda Madero Espitia como agente oficiosa de Emily Sofía López Madero
Accionado: EPS Famisanar SAS
Decisión: No Tutelar – Hecho superado

un principio fundante del ordenamiento jurídico y que por tanto del Estado debe respetar este merecimiento a toda persona por el hecho de ser tal.

Vida

El derecho a la vida no significa la simple posibilidad de existir, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, compromete el derecho. Aunado a lo anterior el derecho a la vida no es un concepto restrictivo, por lo tanto no se limita solamente a la idea reducida de peligro de muerte, sino que es un concepto que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, *“cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna”*².

Salud

Se anota que la Corte Constitucional ha desarrollado el derecho a la salud como la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, haciéndolo un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales³; de igual forma el Juzgado anota que el derecho a la salud es una garantía de carácter prestacional, que se convierte en un derecho fundamental y, por tanto, susceptible de protección por vía de tutela.

Ahora bien, para resolver el caso en concreto es necesario precisar que:

La Constitución Política de Colombia consagra el Derecho fundamental a la Salud, como un servicio público a cargo del Estado, garantizando a todas las personas el acceso en cuanto a prevención, protección y atención en salud se refiere; todo ello acorde con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

En consecuencia, el Estado debe procurar que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud que requieran, pues ello asegura una calidad de vida digna, teniendo en cuenta que la salud es el instrumento mediante el cual los seres humanos pueden desarrollarse, pues sin ella, sería imposible ejercer a plenitud los demás derechos fundamentales⁴.

El derecho a la salud ha sido objeto de reiterados pronunciamientos, cuando existe conflicto acerca de la forma en que debe asimilarse su protección. Anteriormente, la Corte aplicaba la tesis de conexidad, en donde el derecho de carácter

² Sentencia T-416/01, Expediente T-432703, Magistrado Ponente: Gerardo Monroy Cabra, Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil uno (2001).

³ Sentencia T-001/18, Expediente T-6.265.689, Magistrada Ponente: Cristina Pardo, Bogotá D.C., Quince (15) de enero de dos mil dieciocho (2018).

⁴ La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales señaló que “la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos” (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

Radicación: No. 2022-101
Accionante: Luisa Fernanda Madero Espitia como agente oficiosa de Emily Sofía López Madero
Accionado: EPS Famisanar SAS
Decisión: No Tutelar – Hecho superado

prestacional, que pretende protegerse por vía de tutela, debe tener una inescindible relación con un derecho fundamental, particularmente la vida digna.

De otro lado con posterioridad, adoptó la tesis según la cual un derecho es fundamental de manera autónoma cuando el fin es garantizar la salud de sujetos de especial protección como los menores de edad, los desplazados y los adultos mayores. En efecto, estos postulados no necesariamente conllevan a delimitar si el derecho a la salud es de carácter fundamental o no, sino a la manera en que debe lograrse su realización en la práctica. En la sentencia T-760 de 2.008 la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que esa corporación ha establecido sobre el derecho a la salud; en esta providencia se argumentó, al igual que en reiteradas oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo:

“Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.”

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que los derechos de contenido prestacional, en especial a la seguridad social en salud, se le puede reconocer el carácter de derechos fundamentales cuando:

- i) *Se trata de un sujeto de especial protección constitucional,*
- ii) *Porque se está en presencia de una situación que evidencia que la vulneración del derecho a la salud implica una amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, como por ejemplo la vida, el trabajo o la dignidad humana entre otros; o*
- iii) *Porque se presente el fenómeno jurídico de la transmutación de un derecho prestacional en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de los mandatos constitucionales.⁵*

Por otra parte, frente al carácter de fundamental que puede adquirir el derecho a la salud, cuando se encuentra en íntima relación con uno, que por sí solo, es fundamental, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

“[l]a prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia

⁵ Ver sentencia T-419 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Radicación: No. 2022-101
Accionante: Luisa Fernanda Madero Espitia como agente oficiosa de Emily Sofía López Madero
Accionado: EPS Famisanar SAS
Decisión: No Tutelar – Hecho superado

configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (CP arts 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez Constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

Con todo, actualmente, la Corte ha optado por dejar atrás la tesis de conexidad y adoptar de manera definitiva el criterio según el cual el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, todo ello por cuanto consideró que en sí mismo, exigir tal conexidad resultaba “artificial” ya que todos los derechos de alguna manera tienen un carácter prestacional, queriendo decir con ello que existe una estrecha relación entre “un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental”⁶

Además de reconocer que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, el cual puede protegerse a través del recurso de amparo, esta Corporación también consideró necesario determinar que en ciertos casos la tutela es el mecanismo apropiado para garantizar este derecho cuando quien la solicita es un sujeto de especial protección. Al respecto la jurisprudencia constitucional puntualizó lo siguiente:

“Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las solicitudes de inaplicación de las normas legales o reglamentarias que rigen el sistema de salud únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.”

La salud es un concepto que guarda íntima relación con el bienestar del ser humano y que dentro del marco del Estado social, al convertirse en derecho, se constituye en un postulado fundamental del bienestar ciudadano al que se propende en el nuevo orden social justo, a fin de garantizar un mínimo de dignidad a las personas. En este sentido se ha indicado que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento.

Por su parte, la vida humana, en los términos de la protección constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. No obstante, debe tenerse en cuenta que no en todo caso en que se alegue la lesión al derecho a la salud, la aplicación de la normatividad infraconstitucional que establece los

⁶ Sentencia T-760 del 13 de julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda.

Radicación: No. 2022-101
Accionante: Luisa Fernanda Madero Espitia como agente oficiosa de Emily Sofía López Madero
Accionado: EPS Famisanar SAS
Decisión: No Tutelar – Hecho superado

servicios que brinda el sistema de salud resulta incompatible con los derechos fundamentales. Para llegar a esa conclusión el funcionario judicial debe constatar que:

- i) La falta del servicio médico o el medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;
- ii) El servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;
- iii) El interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y
- iv) El servicio médico o el medicamento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que el criterio expuesto por el médico tratante del paciente, prima a la hora de determinar la necesidad del suministro del servicio médico solicitado, pues es éste quien mejor conoce su estado de salud y está plenamente capacitado para determinar la atención médica que requiere. Al respecto, ha señalado que el Comité Técnico Científico de la entidad podrá reversar la decisión del médico tratante, siempre y cuando se base en conceptos de médicos especialistas en el campo en cuestión y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico del paciente.

El carácter prevalente de la prescripción médica emitida por el médico tratante.

Ha sido amplia la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, al reiterar que el ordenamiento garantiza a todas las personas, como componente esencial del derecho a la salud, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran para resguardar su dignidad humana. La Corte ha resaltado que quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, el médico tratante.

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que:

“...(i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que puedan existir respecto de su condición de salud, lo que conlleva a que sea quien tenga la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio de salud; y (iii) actúa en nombre de la entidad que presta el servicio”⁷

El alto Tribunal ha señalado en varias oportunidades que la prestación en salud ordenada por el médico tratante se torna fundamental para la persona que la requiere para proteger o restablecer su salud.

⁷ Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

Radicación: No. 2022-101
Accionante: Luisa Fernanda Madero Espitia como agente oficiosa de Emily Sofía López Madero
Accionado: EPS Famisanar SAS
Decisión: No Tutelar – Hecho superado

No obstante, dado que, bajo la regulación actual, la manera de acceso a los servicios de salud sigue dependiendo, en principio, de si el servicio requerido se encuentra o no incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud al cual la persona tiene derecho, la Resolución 3099 de 2008 establece que la prescripción del médico tratante de un servicio de salud no incluido en el POS debe ser remitida por éste mismo al Comité Técnico Científico para su evaluación, aprobación o desaprobación.

Es decir, que actualmente la normativa en materia de salud le otorga al CTC la facultad para determinar si autoriza o no un servicio de salud no POS ordenado por el médico tratante, de acuerdo con unos criterios y un procedimiento previamente establecido. Sin embargo, han dejado claro a través de la jurisprudencia que:

“El Comité Técnico Científico de las entidades prestadoras del servicio de salud no es propiamente un órgano de carácter técnico sino administrativo, debido a su estructura y a las funciones que desempeña, y por lo tanto ha precisado que estos comités no son una instancia más entre los usuarios y las EPS y que su concepto no es un requisito indispensable para el otorgamiento de servicios de salud requeridos por un paciente”⁸

Para desvirtuar la orden del médico tratante se ha dicho, que la opinión de cualquier otro galeno no es suficiente, la base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante. El dictamen del profesional de la medicina tratante, respecto de un servicio de salud que requiera un determinado paciente, debe prevalecer sobre el concepto del Comité Técnico Científico y cualquier otro miembro de la EPS, inclusive sobre la opinión otro profesional de la salud puesto que el médico tratante es un profesional científicamente calificado y es quien mejor conoce la condición de salud del paciente⁹.

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho a determinar si la **EPS Famisanar SAS**, vulnera los derechos fundamentales de salud y vida digna consagrados en la Constitución Política, de la menor **Emily Sofía López Madero** quien se encuentra representada por su madre **Luisa Fernanda Madero Espitia**, debido a que no se han programado los servicios médicos ordenados por su médico tratante desde el 23 de agosto de 2022.

De conformidad con los anteriores postulados, procede el Despacho a analizar el caso objeto de estudio.

EL CASO OBJETO DE ESTUDIO

Obra en el expediente que la menor **Emily Sofía López Madero** se encuentra afiliada a la **EPS Famisanar SAS**, en el régimen contributivo en calidad de

⁸ Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo

⁹ Respecto a la prevalencia del concepto del médico tratante, frente al concepto del Comité Técnico Científico y/o de los funcionarios administrativos de la EPS, ver entre muchas otras, las siguientes sentencias: T-666 de 1997, T-155 de 2000, T-179 de 2000, T-378 de 2000, T-284 de 2001, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002, T-760 de 2008.

Radicación: No. 2022-101
Accionante: Luisa Fernanda Madero Espitia como agente oficiosa de Emily Sofía López Madero
Accionado: EPS Famisanar SAS
Decisión: No Tutelar – Hecho superado

beneficiaria, refiere la accionante que le fueron expedidas ordenes medicas para que se agendara cita por primera vez en la siguientes especialidades:

- CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR PSICOLOGÍA (5048451890)
- CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR FONOAUDIOLOGIA (5048451889).
- CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OTORRINOLARINGOLOGÍA (5077075819) y
- CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN NEUMOLOGÍA PEDIATRICA.

Por su parte, la EPS accionada informa que ya fueron autorizadas y remitidas las ordenes medicas a la IPS Cafam para que ésta procediera a agendar las citas médicas ordenadas, allega correo electrónico de la solicitud: (anexo 1 allegado con la contestación de la EPS Famisanar SAS)

RV: " 71390" TUTELA RC 1222219261 EMILY SOFIA LOPEZ MADERO

Urgente Requerimiento Juridico <urequerimientojuridico@famisanar.com.co>

Lun 5/09/2022 2:10 PM

Para: servusuarsalud@cafam.com.co <servusuarsalud@cafam.com.co>

Reciba un cordial saludo.

Solicito su colaboracion con el agendamiento de los sguintes servicios:

consulta por Psicologia, fonoaudiologia, otorrinolaringologia, neumologia pediatria

Atentos a comentarios,
Cordialmente,

Por su parte, la IPS Cafam informó al Despacho que ya se habían agendado las citas médicas ordenadas, por lo que se estableció comunicación con la actora y se remitió correo electrónico con la confirmación de las citas medicas que fueron agendadas: (anexo correo electrónico remitido a la actora)

URGENTE NOTIFICACIÓN OFICIO 730 CORRE TRASLADO T 2022-101

Adriana Cecilia Murcia Gil <amurcia@cafam.com.co>

Para: luisafmadero@hotmail.com <luisafmadero@hotmail.com>

Buen día

De acuerdo a conversación telefónica con la Sra. Claudia Espitia, se notifican las siguientes citas:

NOMBRE PACIENTE	DOCUMENTO	ESPECIALIDAD	FECHA CITA	HORA	SEDE
EMILY SOFIA LOPEZ MADERO	1222219261	FONOAUDIOLOGIA	5/09/2022	6:20 a. m.	FLORESTA
		PSICOLOGIA	5/09/2022	7:15 a. m.	FLORESTA

ID: 1222219261	Nombre: EMILY SOFIA LOPEZ MADERO	NSS: 0	TUJ: BENEFICIARIO	Ram: 1	Sem: 26
FecIng: 2018-06-08	Radicado: 0	Dir: CR 75 64F 70 BRR LUJAN	Tel: 315882919	Cel:	Ciudad: BOGOTA D.C
Cnt: FAMILIAR POS-CAP BOGOTA < 18	Plan: CONTRIBUTIVO	Edad: 4	Sede: CALLE 48		

BUSQUEDA DE CITAS						
MEDICO	ESPECIALIDAD	SEDE	FECHA	CONSULTORIO	JORNADA	TURNO
NORBERTO GABRIEL DIAZ GRANADOS DIAZ	OTORRINOLARINGOLOGIA	FLORESTA	10/09/2022	415	5	09:40 AM

Con respecto al servicio de neumología pediátrica, se informa que esto lo autoriza directamente la EPS Famisanar.

Cordialmente,



Adriana Cecilia Murcia Gil
Profesional Experiencia Usuario
Sección Operaciones Salud

Con base en la información suministrada por la IPS Cafam se procede a establecer comunicación con la actora al abonado telefónico 311 585 1635, contestando a éste la señora **Claudia Espitia** quien indica es la madre de **Luisa Fernanda Madero**

Radicación: No. 2022-101
Accionante: Luisa Fernanda Madero Espitia como agente oficiosa de Emily Sofía López Madero
Accionado: EPS Famisanar SAS
Decisión: No Tutelar – Hecho superado

Espitia, a quien se le indaga si ya fueron realizadas las cita medicas programadas para los día 05 y 10 de septiembre de 2022, ésta informa que sí fueron realizadas las mismas, también se le indaga sobre la programación de la cita de neumología pediátrica e informa que ya fue agendada para el día 21 de septiembre de 2022 en la IPS Cafam.

Por lo antes expuesto, concluye este Estrado Judicial que no existe una vulneración a los derechos fundamentales de salud y vida digna de la menor, pues ya fueron agendadas y realizadas la citas médicas de Psicología y fonoaudiología el día 05 de septiembre de 2022, otorrinolaringología el día 10 de septiembre de 2022, en igual sentido, tambien fue agendada la cita de neumología pediátrica para el día 21 de septiembre en la IPS Cafam, quiere decir lo anterior, que, para efectos de proteger el derecho a la salud y vida digna de la menor, los mismos no han sido transgredidos.

Como consecuencia de lo anterior, se tiene entonces un **HECHO SUPERADO**, como quiera que, si la EPS accionada no había autorizado los servicios ordenados por el médico tratante, esto se dio en el desarrollo de esta tutela; y la IPS CAFAM procedió a agendar las citas requeridas por la actora, razón por la cual no existe amenaza a los derechos fundamentales a la salud y vida digna, toda vez que el objeto de esta acción era el agendamiento de los servicios ordenados a la menor.

Así también, en reciente pronunciamiento, mediante la Sentencia T- 439 de 2018 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, se puntualizó respecto al marco conceptual del Hecho Superado:

- i) *El hecho superado sólo puede producirse de manera previa al proferimiento de una sentencia que ampare el derecho fundamental invocado para su protección.*
- ii) *Los fallos de tutela son de cumplimiento inmediato, sin perjuicio de que hayan sido impugnados, conforme a lo prescrito en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. Razón por la cual, no constituye hecho superado, sino un simple cumplimiento de sentencia, la conducta que acata la orden impartida por el juez de primera instancia en procura de amparar derechos fundamentales.*
- iii) *Por lo tanto, en las circunstancias descritas en el párrafo precedente, el ad quem no podría declarar el acaecimiento de un hecho superado, encontrándose limitado a confirmar o infirmar la providencia del a quo.*
- iv) *Es preciso reiterar que el “hecho superado” sólo se produce cuando las acciones u omisiones del accionado satisfacen íntegramente el derecho fundamental del cual se adujo una vulneración.*
- v) *Por consiguiente, dicha hipótesis no puede predicarse respecto de derechos fundamentales cuyo resarcimiento dependa de conductas que deban prolongarse en el tiempo, superando el lapso procesal de la tutela. Ello, por cuanto a que, en tal circunstancia, al finalizar el trámite constitucional, no se habría satisfecho aun plenamente el derecho invocado y se impediría al accionante ejercer los incidentes de desacato que fueren pertinentes, en caso de que el accionado reincidiera en la conducta vulneratoria alegada*

Radicación: No. 2022-101
Accionante: Luisa Fernanda Madero Espitia como agente oficiosa de Emily Sofía López Madero
Accionado: EPS Famisanar SAS
Decisión: No Tutelar – Hecho superado
en la tutela.

Quiere decir lo anterior que actualmente no existe una orden que impartir para procurar la protección de los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la parte accionante, en contra de la **EPS Famisanar SAS** razón por la cual se ha de declarar la no prosperidad de la acción de tutela.

Finalmente, se debe aclarar que este Despacho no accedió a la vinculación a este amparo de la IPS COLSUBSIDIO, toda vez que de acuerdo a los soportes allegados por la parte accionante y la accionada, la IPS asignada para la prestación de los servicios es CAFAM, a quien se vinculó a esta tutela y quien refirió que las citas médicas ordenadas ya habían sido agendadas, además de lo que fue confirmado por la madre de la actora a través de comunicación telefónica.

De esta misma manera, se ordenará desvincular al ADRES y a la IPS Cafam, por cuanto no han vulnerado derechos fundamentales de la parte accionante.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados por **Luisa Fernanda Madero Espitia** como agente oficiosa de su menor hija en contra de la **EPS Famisanar SAS**, por constituir la acción un hecho superado frente a los derechos a la salud y a la vida digna, pues se agendaron las citas médicas ordenadas, quedando pendiente por realizar la cita de neumología pediátrica la cual ya fue programada para el día 21 de septiembre de 2022 en la IPS Cafam.

SEGUNDO: DESVINCULAR al **Adres** y a la **IPS CAFAM** como se puso de presente en este proveído.

TERCERO: INFORMAR a la parte accionante y a la parte accionada 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 de copias, a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO: ARCHIVAR el expediente, una vez la H. Corte Constitucional decida sobre su revisión, dejando las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Omar Leonardo Beltran Castillo
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Penal 74 Control De Garantías
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **45cb1e7b33fba4155515906308ebb19c9681385fc9a53dd378ab705b1218a55b**

Documento generado en 14/09/2022 08:01:02 PM

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