

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

Bogotá D.C., 6 de octubre de 2022

**ACCIÓN DE TUTELA**

Radicación: No. 2022-134  
Accionante: Alexander Troncoso Peña  
Accionado: Famisanar EPS y el Hospital Infantil Universitario  
de San José  
Decisión: Concede Tutela

**ASUNTO**

Resolver la acción de tutela instaurada por **Alexander Troncoso Peña** representado por su señora madre, en contra de **Famisanar EPS** y el **Hospital Infantil Universitario de San José**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y vida consagrados en la Constitución Política.

**FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

Se interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. Se informa que el señor **Alexander Troncoso Peña** tiene un diagnóstico de *encefalopatía epiléptica estática remota*, por lo que fue realizada junta médica y se definió como tratamiento la cirugía de implantación de estimulador de nervio vago, el cual fue ordenado desde el 7 de abril de 2022 sin que a la fecha se haya programado fecha para la cirugía requerida.

**PRETENSIONES**

La Representante de **Alexander Troncoso Peña**, peticiona le sean amparados los derechos fundamentales de salud y vida consagrados en la Constitución Política. En consecuencia se ordene a **Famisanar EPS** y al **Hospital Infantil Universitario de San José** programar y materializar de manera urgente la cirugía de implantación de estimulador de nervio vago.

**MEDIDA PROVISIONAL**

La presente tutela fue repartida a este Despacho el día sábado 24 de septiembre de 2022 en atención a turno de fin de semana de URI Paloquemao, la misma fue allegada teniendo en cuenta que dentro del escrito de tutela se solicitaba una medida provisional de acuerdo con los postulados del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991. Como medida provisional la parte accionante solicitó: (...) *"la realización inmediata de cirugía de implantación de estimulador de nervio vago"* (...)

Radicación: No. 2022-134  
Accionante: Alexander Troncoso Peña  
Accionado: Famisanar EPS - Hospital Infantil Universitario de San José  
Decisión: Concede Tutela

En la misma fecha este Despacho resolvió:

1. **NO DECRETAR**, la medida provisional solicitada, en razón a que la misma está dirigida a que la entidad accionada, **FAMISANAR EPS S.A.** y el **Hospital Infantil San José** agende de forma inmediata **cirugía de implantación de nervio vago** sin embargo, se hace notar que de la historia clínica anexada no se indica por la junta medica tratante que sin la realización inmediata de la cirugía ordenada se encuentre en un riesgo inminente o amenaza la vida Carlos Alexander Troncoso Peña y que amerite 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

### Famisanar EPS

El gerente de zona urbana sur de la entidad mencionada informa lo siguiente, que el señor **Carlos Alexander Troncoso Peña** se encuentra activo con Famisanar en el régimen contributivo como cotizante, que le fue ordenada la realización de implantación de estimulador de nervio vago, procedimiento que fue autorizado el día 31 de agosto de 2022 para la IPS Fundación Hospital Universitario San José Infantil, se remite correo electrónico solicitando la programación del procedimiento quirúrgico.

Señala que en la actualidad se encuentra validando y gestionando la autorización del insumo, por lo que solicita se otorgue un tiempo razonable y prudencial debido a que no es posible suministrar y agotar todos los procedimientos administrativos dentro del tiempo otorgado por el Despacho Judicial, por lo anterior, considera que no ha vulnerado ningún derecho fundamental del actor pues se encuentra realizando todas las gestiones necesarias para suministrar el servicio requerido por el actor, en consecuencia solicite se otorgue un tiempo mayor para entregar el insumo ordenado al actor y que se declare improcedente este amparo constitucional.

## RESPUESTA ENTIDADES VINCULADAS

### IPS Hospital Infantil Universitario de San José

La Representante Legal suplente de la IPS en mención, informó que se le han brindado servicios de salud desde el año 2021 al actor, en aras de suministrar los tratamientos y procedimientos para su patología el día 7 de abril de 2022 se realizó junta medica concluyendo que es candidato a implantación de estimulador de nervio vago y se entregaron las correspondientes ordenes médicas, el 2 de septiembre fue valorado por anestesia, no obstante no se pudo realizar el procedimiento debido a que la EPS Famisanar donde el paciente se encuentra afiliado no ha hecho entrega del insumo (estimulador) pues debido a su alto costo no se encuentra en bodega.

Por lo anterior, considera que la IPS a la que representa a suministrado todos los servicios de salud ordenados al paciente, por lo que solicita se desvincule al hospital que representa.

Radicación: No. 2022-134  
Accionante: Alexander Troncoso Peña  
Accionado: Famisanar EPS - Hospital Infantil Universitario de San José  
Decisión: Concede Tutela

## **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 al Despacho que es una entidad adscrita al Ministerio de Salud y protección social con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de solidaridad y garantía FOSYGA, del fondo de salvamento y garantías para el sector salud – FONDAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del régimen contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social. (UGPP)

Señala además 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 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*

Radicación: No. 2022-134  
Accionante: Alexander Troncoso Peña  
Accionado: Famisanar EPS - Hospital Infantil Universitario de San José  
Decisión: Concede Tutela

*artículo 5° de la referida resolución y los servicios complementarios suministrados en cumplimiento de órdenes judiciales.”<sup>1</sup>*

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 afiliado el 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 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.**

---

<sup>1</sup> Folio 9 y 10 de la contestación del ADRES.

Radicación: No. 2022-134  
Accionante: Alexander Troncoso Peña  
Accionado: Famisanar EPS - Hospital Infantil Universitario de San José  
Decisión: Concede Tutela

*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.

## PRUEBAS

Con el escrito de tutela, **la parte accionante** aportó autorizaciones de famisanar, orden médica y junta medica con especialistas.

Por su parte, **la accionada Famisanar EPS** anexó soporte de autorizaciones médicas, la **ADRES** no aportó ningún soporte probatorio y la **IPS Hospital Infantil Universitario de San José** allegó soporte de certificado de existencia y representación.

## 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 y salud consagrados en la Constitución Política.

Frente al factor territorial se tiene que la dirección de ubicación de las accionadas y de la accionante 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:

Radicación: No. 2022-134  
Accionante: Alexander Troncoso Peña  
Accionado: Famisanar EPS - Hospital Infantil Universitario de San José  
Decisión: Concede Tutela

*“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.”*

## **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”<sup>2</sup>.*

## **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 fundamentales<sup>3</sup>; 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:

---

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

<sup>3</sup> 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).

Radicación: No. 2022-134  
Accionante: Alexander Troncoso Peña  
Accionado: Famisanar EPS - Hospital Infantil Universitario de San José  
Decisión: Concede Tutela

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 fundamentales<sup>4</sup>.

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 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.”*

---

<sup>4</sup> 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. 2022-134  
Accionante: Alexander Troncoso Peña  
Accionado: Famisanar EPS - Hospital Infantil Universitario de San José  
Decisión: Concede Tutela

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.<sup>5</sup>*

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:

*“[I]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 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*”<sup>6</sup>

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*

---

<sup>5</sup> Ver sentencia T-419 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

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

Radicación: No. 2022-134  
Accionante: Alexander Troncoso Peña  
Accionado: Famisanar EPS - Hospital Infantil Universitario de San José  
Decisión: Concede Tutela

*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 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.

Radicación: No. 2022-134  
Accionante: Alexander Troncoso Peña  
Accionado: Famisanar EPS - Hospital Infantil Universitario de San José  
Decisión: Concede Tutela

## **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”<sup>7</sup>*

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.

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”<sup>8</sup>*

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

<sup>7</sup> Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

<sup>8</sup> Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo

Radicación: No. 2022-134  
Accionante: Alexander Troncoso Peña  
Accionado: Famisanar EPS - Hospital Infantil Universitario de San José  
Decisión: Concede Tutela

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 paciente<sup>9</sup>.

## PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho a determinar si **Famisanar EPS** y el **Hospital Infantil Universitario de San José**, vulneran los derechos fundamentales de salud y vida consagrados en la Constitución Política de **Alexander Troncoso Peña**, quien se encuentra representado por su señora madre, debido a que no se han prestado los servicios de salud de programación para cirugía de implantación de estimulador de nervio vago ordenado desde el 07 de abril 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 **Alexander Troncoso Peña** se encuentra afiliado a **Famisanar EPS** como cotizante, que padece encefalopatía epiléptica estática remota, y dentro de las valoraciones médicas y tratamientos suministrados el día 07 de abril de 2022 se ordenó la realización de cirugía de implantación de estimulador de nervio vago.

FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ Nº. 900098476-8	
CONSULTA EXTERNA ORDEN DE SERVICIO	
Apellidos: <u>Troncoso Peña</u>	Nombre: <u>Uribe Alexander</u>
Tipo de identificación: <u>CC</u>	No. identificación: <u>900000000</u>
Sexo: <u>M</u>	Tipo Usuario: <u></u>
Afiliación y/o Empresa: <u>Famisanar</u>	Servicio: <u>Consulta externa</u>
Diagnóstico: <u>Encef. Remota</u>	Fecha: <u>07-04-2022</u>
DESCRIPCIÓN	OBSERVACIONES
<u>- Se solicita estimulador de nervio vago para control de crisis</u>	<u>Presente del diagnóstico de encefalopatía epiléptica</u>
MÉDICO QUE ORDENA	
Nombre: <u>César Buitrago</u>	Registro médico: <u>7446938</u>
Especialidad: <u>Neurocirujano</u>	
Firma: <u>César Buitrago</u>	
Dirección y teléfono: Cra. 52 No. 67A-71 Tel. 2088338	

Por su parte, la EPS accionada informa que ya fue autorizado el servicio de salud ordenado al ciudadano **Alexander Troncoso** y en la actualidad a la espera obtener el insumo faltante para realizar la cirugía como es el estimulador que se debe implantar, por su parte, la IPS Hospital Infantil Universitario de San José informa que ha brindado todos los servicios de salud requeridos por el actor, incluso ya fue valorado por anestesiología, pero no se ha podido realizar el procedimiento debido a que la EPS no ha suministrado el insumo requerido para la cirugía.

<sup>9</sup> 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. 2022-134  
Accionante: Alexander Troncoso Peña  
Accionado: Famisanar EPS - Hospital Infantil Universitario de San José  
Decisión: Concede Tutela

La EPS y la IPS accionadas refieren que se han prestado todos los servicios en salud que han sido ordenados por el médico tratante al señor **Alexander Troncoso**, incluso la EPS refiere que se está solicitando el insumo requerido, por lo que solicita se dé más tiempo para conseguir el insumo, pues hasta ahora no se ha logrado obtener el mismo, de las gestiones que indica la EPS ha adelantado para obtener el insumo que se requiere para la cirugía no se allegó ningún soporte, se verifica del expediente de tutela que desde el mes de abril fue ordenado el procedimiento al paciente y ya han transcurrido más de 4 meses sin que al usuario se le haya suministrado el servicio de salud, de lo anterior, evidencia este estrado judicial que no se cumple con los principios de integralidad, universalidad y continuidad que irradian la prestación del servicio de salud, concretándose en la vulneración del derecho a la salud y a la vida del accionante.

Por lo anterior, se ordenará a **Famisanar EPS** para que en el término de **15 días contados a partir de la notificación de este fallo** se haga la entrega del insumo estimulador de nervio vago a la **IPS Hospital Infantil Universitario de San José** para que ésta una vez cuente con dicho insumo **dentro de las 48 horas siguientes programe la cita para la realización de la cirugía de implantación de estimulación de nervio vago de acuerdo con la orden del 07 de abril de 2022**. Asimismo, se ordenará a **Famisanar EPS** y al **Hospital Infantil Universitario de San José** que de dicho procedimiento de informe a este Estrado Judicial, ello por cuanto no basta como argumento factico las autorizaciones medicas que esbocen fecha en que se realizará la cirugía ya que lo que realmente se requiere para la real salvaguarda de los derechos acá incoados, es la real puesta en práctica de los tratamientos y procedimientos ordenados por un profesional de la salud debidamente acreditado.

### **OTRAS DETERMINACIONES**

Ahora bien, con relación a la solicitud elevada por la entidad vinculada **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES**, en cuanto solicita su desvinculación por no existir vulneración a derechos fundamentales, se ordenará su desvinculación por cuanto en efecto ésta no ha vulnerado derecho fundamental alguno del 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: TUTELAR** los derechos fundamentales invocados por **Alexander Troncoso Peña** representado por su señora madre, en contra de **Famisanar EPS** y el **Hospital Infantil Universitario de San José**, en consecuencia se **ORDENA** a **Famisanar EPS** para que en el término de **15 días contados a partir de la notificación de este fallo** se haga la entrega del insumo estimulador de nervio vago a la **IPS Hospital Infantil Universitario de San José** para que ésta, una vez cuente con dicho insumo **dentro de las 48 horas siguientes programe la cita para la realización de la cirugía de implantación de estimulación de nervio vago de acuerdo con la orden del 07 de abril de 2022**. Asimismo, se **ORDENA** a

Radicación: No. 2022-134  
Accionante: Alexander Troncoso Peña  
Accionado: Famisanar EPS - Hospital Infantil Universitario de San José  
Decisión: Concede Tutela

**Famisanar EPS** y al **Hospital Infantil Universitario de San José** que de dicho procedimiento de informe a este Estrado Judicial, ello por cuanto no basta como argumento factico las autorizaciones medicas que esbocen fecha en que se realizará la cirugía ya que lo que realmente se requiere para la real salvaguarda de los derechos acá incoados, es la real puesta en práctica de los tratamientos y procedimientos ordenados por un profesional de la salud debidamente acreditado.

**SEGUNDO: DESVINCULAR** a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES** conforme se puso de presente en párrafos precedentes.

**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: **d403b5292df7851dc83e1009842d26c30e93ca9f72e36c692d380140d6c6ab54**

Documento generado en 06/10/2022 04:47:20 PM

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