

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 octubre de 2022

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación: No. 2022-135
Accionante: Luz Mireya Sissa Daza agente oficiosa de María Lucila Daza de Siza
Accionado: Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo
Decisión: Tutela - Parcialmente

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por **Luz Mireya Sissa Daza** agente oficiosa de **María Lucila Daza de Siza**, en contra de **Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la Salud, a la vida, a la dignidad humana y a la seguridad social consagrados en la Constitución Política.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Se interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. La señora **Luz Mireya Sissa Daza** agente oficiosa de **María Lucila Daza de Siza**, menciona que su señora madre es una persona de 86 años que se encuentra afiliada a **Famisanar EPS** como cotizante, actualmente tiene un diagnóstico de seudoincpe anemia con HB7.4; con ocasión de este diagnóstico le fue ordenada una *“esofagogastroduodenoscopia EGD con o sin biopsia, con valoración por anestesiología III nivel para evda bajo sedación y cita con medicina interna”*
2. **El día 28 de septiembre de 2022** se radicó en la **IPS CAFAM** la orden para el examen donde fue remitida a la clínica Palermo, sin embargo, le informan que no hay agenda para realizar el examen y que debe dirigirse nuevamente a la **IPS** para solicitar la cita requerida por la señora **María Lucila Daza de Siza**.

PRETENSIONES

La accionante **Luz Mireya Sissa Daza** agente oficiosa de **María Lucila Daza de Siza**, peticona le sean amparados los derechos fundamentales a la Salud, a la vida, a la dignidad humana y a la seguridad social consagrados en la Constitución Política. En consecuencia se ordene a **Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica**

Radicación: No. 2022-135
Accionante: Luz Mireya Sissa Daza agente oficiosa de María Lucila Daza de Siza
Accionado: Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo
Decisión: Tutela Parcialmente

Palermo que en un término no superior a las 48 horas siguientes de esta providencia se autoricen y realicen la *Esofagogastroduodenoscopia EGD con o sin biopsia, con valoración por anestesiología III nivel para evda bajo sedación y cita con medicina interna* conforme lo ordenó el médico tratante de manera prioritaria, para lo cual también se deberán autorizar los exámenes que se ordenen y el cubrimiento total del tratamiento integral, procedimientos y cirugías, medicamentos necesarios para el manejo de la enfermedad que padece, a pesar de que estos estén excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

MEDIDA PROVISIONAL

La accionante solicita como medida provisional: **“se ordene a LAS ACCIONADAS EPS FAMISANAR E.P.S., IPS CAFAM IPS., Y la CLINICA PALERMO, autoricen y realicen la ESOFAGOGASTRODUODENOSCOPIA EGD CON O SIN BIOPSIA, CON VALORACIÓN POR ANESTESIOLOGIA III NIVEL PARA EVDA BAJO SEDACIÓN, Y CITA CON MEDICINA INTERNA, conforme lo ordenó su médico tratante DR. JULIO MARIO ANTONIO RIOS GIOVANZANI, de manera PRIORITARIO”**

Mediante auto de fecha 30 de septiembre de 2022, se resolvió sobre la medida solicitada en los siguientes términos:

1. **DECRETAR** la medida provisional solicitada, para que en un término máximo de cuarenta y ocho (48) horas a la notificación de este auto se autorice y realice de manera inmediata el examen de **Esofagogastroduodenoscopia EGD con o sin Biopsia, con Valoración por Anestesiología III Nivel para Evda Bajo Sedación, y cita con Medicina Interna**, que le fue ordenado por su médico tratante toda vez que, de los elementos probatorios allegados se observa que se tratar de una persona de especial protección constitucional al ser un adulto mayor de 86 años de edad, con un diagnóstico de anemia a la cual se le ordenó cita prioritaria para valoración tercer nivel, lo anterior, en aras de no interrumpir su proceso clínico, poniéndose en riesgo incluso su vida.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

Famisanar EPS

La directora de Gestión del Riesgo Poblacional, como encargada del cumplimiento de los fallos de tutela, informa que se gestionan las autorizaciones para procedimiento de ESOFAGOGASTRODUODENOSCOPIA (EGD) CON O SIN BIOPSIA, y bajo sedación direccionada a la **IPS Clínica Palermo** se solicita agendamiento y se agenda cita con medicina interna, para lo cual allega soportes de la gestión realizada, por lo que arguye es improcedente el presente amparo constitucional pues fue debidamente autorizado y agendado el procedimiento requerido por la actora, es decir, se configura carencia actual de objeto.

Teniendo en cuenta lo anterior, ni siquiera so pretexto de dar aplicación al principio de integralidad, inherente a la seguridad social, podría tener cabida un fallo indeterminado y por ello no es procedente que se conceda el tratamiento integral en tanto se evidencia que no se han configurado los motivos que lleven a inferir que se han vulnerado derechos o que se pretenda negar deliberadamente el acceso a la afiliada de servicios a futuro.

Radicación: No. 2022-135
Accionante: Luz Mireya Sissa Daza agente oficiosa de María Lucila Daza de Siza
Accionado: Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo
Decisión: Tutela Parcialmente

Por tal razón el presente amparo no está llamado a prosperar por no existir vulneración a los derechos fundamentales atribuibles a la **EPS Famisanar**, solicita que se denieguen las pretensiones por carencia actual de objeto y se declare improcedente este amparo constitucional.

IPS Cafam

La abogada de la sección de litigios, consultas y cumplimiento normativo de la subdirección jurídica de la Caja de Compensación Familiar Cafam, informa al despacho que no es la entidad prestadora de servicios de salud, siendo la **EPS Famisanar** la encargada de garantizar los servicios médicos ordenados a sus afiliados, frente al caso particular indica que se remitió a la **IPS Clínica Palermo** para que se realice el examen que requiere la señora **María Lucila Daza**, esta debe comunicarse con la **IPS** y solicitar la cita, que de acuerdo con la disponibilidad de agenda se puede realizar el examen a la usuaria.

Refiere que no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la actora en consecuencia solicita su desvinculación.

Clínica Palermo

La IPS en mención informa al Despacho, que se agendó cita para Esofagogastroduodenoscopia para el día 27 de octubre de 2022 a las 11:40 a.m. indica que se realizó llamada al abonado telefónico de la actora y al no contestar se envió un correo electrónico al correo denississa@gmail.com se le indica la preparación para el examen.

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

Radicación: No. 2022-135
Accionante: Luz Mireya Sissa Daza agente oficiosa de María Lucila Daza de Siza
Accionado: Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo
Decisión: Tutela Parcialmente

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 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 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

¹ Folio 9 y 10 de la contestación del ADRES.

Radicación: No. 2022-135
Accionante: Luz Mireya Sissa Daza agente oficiosa de María Lucila Daza de Siza
Accionado: Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo
Decisión: Tutela Parcialmente

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.***

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 Historia clínica, radicación de solicitud de servicios, pre autorización de servicios.

Por su parte, **la accionada Famisanar EPS, IPS Cafam, la Clínica Palermo y la ADRES** no aportaron ningún soporte probatorio.

Radicación: No. 2022-135
Accionante: Luz Mireya Sissa Daza agente oficiosa de María Lucila Daza de Siza
Accionado: Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo
Decisión: Tutela Parcialmente

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, salud y seguridad social 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 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.

Radicación: No. 2022-135
Accionante: Luz Mireya Sissa Daza agente oficiosa de María Lucila Daza de Siza
Accionado: Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo
Decisión: Tutela Parcialmente

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.

Seguridad Social

El derecho a la seguridad social debe ser visto desde una doble dimensión por una parte, es un servicio público de carácter obligatorio, que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, sujeto a principios como la eficiencia, universalidad y solidaridad en los termino establecidos en la Ley, por otra parte es considerado como una garantía irrenunciable e imprescriptible de todas las personas, representada en la cobertura de i) pensiones, ii) salud, iii) riesgos profesionales y los iv) servicios sociales complementarios definidos en la propia Ley, a través de la afiliación al Sistema General de Seguridad social. *“El derecho a la seguridad social recoge per se una garantía iusfundamental independiente, razón por la cual su eventual vulneración ocurrida de manera autónoma puede ser enmendada por vía de tutela”*³

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 fundamentales⁴; 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.

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 -192 de 2019, Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado Bogotá D.C., trece (13) de mayo dos mil diecinueve (2019)

⁴ 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. 2022-135
Accionante: Luz Mireya Sissa Daza agente oficiosa de María Lucila Daza de Siza
Accionado: Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo
Decisión: Tutela Parcialmente

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 fundamentales⁵.

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.”

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*

⁵ 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. 2022-135
Accionante: Luz Mireya Sissa Daza agente oficiosa de María Lucila Daza de Siza
Accionado: Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo
Decisión: Tutela Parcialmente

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.⁶

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”⁷

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

⁶ Ver sentencia T-419 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁷ Sentencia T-760 del 13 de julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda.

Radicación: No. 2022-135
Accionante: Luz Mireya Sissa Daza agente oficiosa de María Lucila Daza de Siza
Accionado: Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo
Decisión: Tutela Parcialmente

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.

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.

Radicación: No. 2022-135
Accionante: Luz Mireya Sissa Daza agente oficiosa de María Lucila Daza de Siza
Accionado: Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo
Decisión: Tutela Parcialmente

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”⁸

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”⁹

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 paciente¹⁰.

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

⁹ Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo

¹⁰ 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. 2022-135
Accionante: Luz Mireya Sissa Daza agente oficiosa de María Lucila Daza de Siza
Accionado: Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo
Decisión: Tutela Parcialmente

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho a determinar si **Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo**, vulneran los derechos fundamentales de salud, vida digna y seguridad social consagrados en la Constitución Política, de **Luz Mireya Sissa Daza** agente oficiosa de **María Lucila Daza de Siza**, debido a que no se han programado los servicios médicos ordenados por su médico tratante desde el **28 de septiembre 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 señora **María Lucila Daza de Siza** se encuentra afiliada a **Famisanar EPS**, en el régimen contributivo como cotizante, refiere la accionante como agente oficiosa de su señora madre que le fueron expedidas ordenes médicas para que se agendara cita para realizar exámenes y procedimientos:

- *Esofagogastroduodenoscopia (EGD) con o sin biopsia.*
- *Valoración por anestesiología III nivel para EVDA bajo sedación*
- *Remisión con carácter prioritario valoración tercer nivel para evda, síndrome anémico, melenas, clínica de melenas, HB 7,4%*
- *Consulta de primera vez por especialista en medicina interna.*

Por su parte, la **EPS** accionada informa que los servicios médicos prescritos fueron autorizados y remitidos a la institución prestadora de salud con la cual tiene contratados estos servicios, siendo estas la **IPS CAFAM** y la **IPS CLÍNICA PALERMO**, por su parte la **IPS CAFAM** refiere que no es la responsable de garantizar los servicios de salud ordenados a la usuaria pues es la **EPS** la encargada de garantizar a los afiliados la prestación de servicios prescritos por el médico tratante, por otra parte, señala que se remitió a la **Clínica Palermo** y es esta **IPS** que de acuerdo con la disponibilidad de su agenda deberá asignar la cita para el examen ordenado; la **IPS CLÍNICA PALERMO** informa al Despacho que se programó cita para el examen de *Esofagogastroduodenoscopia (EGD) con o sin biopsia*, para el día 27 de octubre de 2022, a las 11:40 a.m. y que se notificó de la misma a través de correo electrónico a la usuaria. En lo que se refiere a los demás procedimientos y citas medicas no existe ningún pronunciamiento por parte de las entidades accionadas.

Ahora bien, este estado judicial quiere traer a colación lo que se ha dicho sobre el concepto del principio de integralidad que reviste a todo el sistema de salud y el tratamiento integral ordenado por el Juez de tutela; en sentencia T- 513 de 2020, Magistrado Ponente Reyes Cuartas, donde se indicó:

El principio de integralidad del sistema de salud fue establecido por el literal d) del artículo 2º de la Ley 100 de 1993 como “la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto

Radicación: No. 2022-135
Accionante: Luz Mireya Sissa Daza agente oficiosa de María Lucila Daza de Siza
Accionado: Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo
Decisión: Tutela Parcialmente

cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley". Posteriormente, se reconoció en el artículo 8º de la Ley Estatutaria de Salud así:

"los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada".

Este principio de integralidad se diferencia del tratamiento integral, en cuanto a que este último supone la atención ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad del usuario¹¹, esto implica que el servicio de salud englobe de manera permanente la totalidad de los componentes que el médico tratante dictamine necesarios ya sea para el pleno restablecimiento de la salud o para mitigar las dolencias que impidan mejorar las condiciones de vida de la persona.¹²

Bajo este entendido se ha precisado que el Juez de tutela puede conceder el tratamiento integral del usuario cuando se pueda verificar la negligencia de la entidad prestadora del servicio de salud en cumplimiento de sus deberes, asimismo se debe verificar que se trate de un sujeto de especial protección constitucional y que se exhiban condiciones de salud extremadamente precarias, la orden que se emita en reconocimiento del tratamiento integral debe estar dirigida al reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión.

Aunado a lo anterior, el despacho debe indicar que para que sea procedente el amparo de un tratamiento integral se ha dicho en la jurisprudencia que este se concede, cuando se trata de:

- i) Sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros).*
- ii) Personas que padezcan enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras).*

Casos en los cuales se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas esté excluido de los planes obligatorios o no. De acuerdo a las reglas jurisprudenciales esbozadas, encuentra este Despacho que **María Lucila Daza de Siza** no se encuentra dentro de los supuestos fácticos que implicarían el otorgamiento de tratamiento integral a la patología que padece; pues si bien se trata de una persona de especial protección constitucional, la patología que padece no está catalogada como una enfermedad catastrófica, por lo que acceder a un tratamiento integral, es muy ambiguo, pues no se tiene certeza que pueda ordenar a futuro el médico, y si dichos servicios serán negados, de ello no se tiene certeza, siendo necesario demostrar un riesgo o

¹¹ Corte Constitucional Sentencia T 259 de 2019

¹² Corte Constitucional Sentencia T 275 de 2020

Radicación: No. 2022-135
Accionante: Luz Mireya Sissa Daza agente oficiosa de María Lucila Daza de Siza
Accionado: Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo
Decisión: Tutela Parcialmente

amenaza en concreto, por cuanto de tutelar un tratamiento o unos servicios que no ha sido negados aún, se estaría frente a una situación futura e incierta, recordando que este mecanismo está instituido para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales ante un hecho dañino, siendo desacertada la posibilidad de amparar derechos por circunstancias meramente hipotéticas, asimismo, en la solicitud no se establecen las razones por las cuales se solicita el tratamiento integral deprecado, la **EPS** no ha negado los servicios médicos ordenados, se emitieron las autorizaciones correspondientes y se está pendiente el agendamiento de las citas médicas por parte de las **IPS** asignadas. Por lo tanto no se concede el tratamiento integral solicitado.

Finalmente, si bien se observan acciones positivas tendientes a prestar los servicios de salud aquí conculcados, también lo es que solo hasta que la usuaria interpuso esta acción de tutela, le fueron programados los servicios médicos requeridos, y que fueron ordenados en el mes de **septiembre de 2022**, sin embargo, y pese a que la **EPS Famisanar** conminó a la **IPS Cafam y Clínica Palermo**, a agendar las citas que requiere la accionante, solo se ha programado cita para la realización del examen de *Esofagogastroduodenoscopia (EGD) con o sin biopsia*, no se comprueba si ya fueron agendados los demás procedimientos y citas médicas ordenadas como *Valoración por anestesiología III nivel para EVDA bajo sedación, Remisión con carácter prioritario valoración tercer nivel para evda, síndrome anémico, melenas, clínica de melenas, HB 7,4% y Consulta de primera vez por especialista en medicina interna*, presentando inconsistencias en la prestación de sus servicios de salud, observándose la transgresión de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la dignidad humana y a la seguridad social pues como se indicó en párrafos precedentes para la prestación de los servicios médicos requeridos deben mediar las ordenes medicas correspondientes, las cuales según las accionadas ya fueron autorizadas y se encuentra pendiente su agendamiento.

Consecuente con lo manifestado el Despacho **tutelar** los derechos fundamentales de dignidad humana, vida, salud y seguridad social de la señora **María Lucila Daza de Siza** representada por la accionante **Luz Mireya Sissa Daza** quien actúa como agente oficiosa. De igual manera se **ordenará** a la **EPS Famisanar**, a la **IPS Cafam** y a la **Clínica Palermo** para que **en un término no superior a 48 horas** contadas a partir de la notificación de este fallo se le programen y realicen los siguientes procedimientos, exámenes y citas con especialistas así: ***Esofagogastroduodenoscopia (EGD) con o sin biopsia, Valoración por anestesiología III nivel para EVDA bajo sedación, Remisión con carácter prioritario valoración tercer nivel para evda, síndrome anémico, melenas, clínica de melenas, HB 7,4% y Consulta de primera vez por especialista en medicina interna*** de acuerdo con las ordenes medicas **del 28 de septiembre de 2022**. ello por cuanto no basta como argumento factico las autorizaciones medicas que esbocen fecha en que se realizará el procedimiento, ya que lo que realmente se requiere para la real salvaguarda del derecho acá incoado, es la real puesta en práctica de los tratamientos, procedimientos y citas con médicos especialistas ordenados por un profesional de la salud debidamente acreditado.

Del cumplimiento de esta decisión la **EPS Famisanar**, a la **IPS Cafam** y a la **Clínica Palermo** informaran al Juzgado, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

Radicación: No. 2022-135
Accionante: Luz Mireya Sissa Daza agente oficiosa de María Lucila Daza de Siza
Accionado: Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo
Decisión: Tutela Parcialmente

De esta misma manera, se ordenará desvincular a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES** por cuanto no se observa que esta entidad haya vulnerado los derechos fundamentales deprecados por la parte accionante de acuerdo con la información allegada en su escrito de contestación.

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 **Luz Mireya Sissa Daza** agente oficiosa de **María Lucila Daza de Siza** en contra de **Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo**, en consecuencia se **ORDENA** a la **EPS Famisanar**, a la **IPS Cafam** y a la **Clínica Palermo** para que en un término no superior a **48 horas contadas a partir de la notificación de este fallo** se le programen y realicen los siguientes procedimientos, exámenes y citas con especialistas así: **Esofagogastroduodenoscopia (EGD) con o sin biopsia, Valoración por anestesiología III nivel para EVDA bajo sedación, Remisión con carácter prioritario valoración tercer nivel para evda, síndrome anémico, melenas, clínica de melenas, HB 7,4% y Consulta de primera vez por especialista en medicina interna** de acuerdo con **las ordenes medicas del 28 de septiembre de 2022**. ello por cuanto no basta como argumento factico las autorizaciones medicas que esbozen fecha en que se realizará el procedimiento, ya que lo que realmente se requiere para la real salvaguarda del derecho acá incoado, es la real puesta en práctica de los tratamientos, procedimientos y citas con médicos especialistas ordenados por un profesional de la salud debidamente acreditado.

SEGUNDO: ORDENAR a la **EPS Famisanar**, a la **IPS Cafam** y a la **Clínica Palermo**, informe al Juzgado del cumplimiento de esta decisión so pena de incurrir en las sanciones previstas en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales deprecados frente a la solicitud de tratamiento integral como se puso de presente en este proveído.

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

QUINTO: 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.

SEXTO: ORDENAR que de no ser impugnada esta decisión sea remitida la actuación de copias, a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

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

Radicación: No. 2022-135
Accionante: Luz Mireya Sissa Daza agente oficiosa de María Lucila Daza de Siza
Accionado: Famisanar EPS, IPS Cafam y la Clínica Palermo
Decisión: Tutela Parcialmente

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: **f06c0b55b556557d791115b400a851a20906962fc623aaf1fc07ed1ecfe853dd**

Documento generado en 13/10/2022 02:33:24 PM

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