

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

Bogotá D.C., Cuatro (04) de enero de dos mil veintitrés (2023)

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación: No. 2022-235
Accionante: Ana Beatriz Preciado Bello
Accionado: Famisanar EPS
Decisión: No tutelar – Hecho superado

I. ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por la señora **Ana Beatriz Preciado Bello**, en contra de **Famisanar EPS**, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la salud, consagrado en la Constitución Política.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Se interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. La señora **Beatriz Preciado** tiene 50 años de edad y es beneficiaria del sistema de salud en el régimen subsidiado, actualmente afiliada a la **EPS Famisanar**, señala que el pasado **17 de diciembre de 2022** le fue diagnosticado “*dolor en articulación*”, razón por la cual se le ordenó la realización de exámenes, así: *mamografía bilateral y radiografía de dedos de manos*.
2. Desde la fecha en que fueron emitidas las ordenes medicas no le han programado cita, por lo que considera que la EPS no le está brindando una atención oportuna generando una interrupción a su tratamiento médico, de esta manera se le vulnera su derecho a la salud y a la dignidad humana.

III. PRETENSIONES

La accionante **Ana Beatriz Preciado Bello**, peticona le sea amparado su derecho fundamental a la salud, consagrado en la Constitución Política. En consecuencia, se ordene a **Famisanar EPS** que le programe y realice las citas de imágenes diagnosticas de “*mamografía bilateral y radiografía de dedos de manos*”.

Radicación: No. 2022-235
Accionante: Ana Beatriz Preciado Bello
Accionado: Famisanar EPS
Decisión: No tutelar – Hecho superado

IV. RESPUESTA DE LA ENTIDADES ACCIONADAS

Famisanar EPS

La delegada para el cumplimiento de fallos de tutela informa que frente al caso concreto se procedió a realizar gestiones para que la **IPS Cafam** agende los servicios requeridos por la accionante, para lo cual allega soporte de solicitud de agendamiento de citas, adicional a esto informa que la autorización emitida por la entidad que representa se encuentra dentro del término legal para su materialización por parte de la IPS asignada **Cafam**, razón por la cual considera necesaria su vinculación a este amparo judicial. Refiere que su representada no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la actora por lo que considera se debe declarar la improcedencia de la acción de tutela.

Compensar EPS

La apoderada judicial de la entidad informa que la señora **Ana Beatriz** no se encuentra afiliada al plan de beneficios en salud de **Compensar EPS**, verificado el sistema de afiliación la usuaria registra su afiliación en la **EPS Famisanar** en el régimen subsidiado desde el **6 de octubre de 2006**. Por lo que considera carece de legitimación en la causa por pasiva y solicita su desvinculación de presente amparo constitucional.

V. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES VINCULADAS

Caja de Compensación Familiar CAFAM

El abogado de la sección de litigios informa que no es la entidad aseguradora de los servicios de salud de la señora **Beatriz Preciado** pues, hace parte de la red de prestadores de servicios de la **EPS Famisanar**. Señala que procedió establecer comunicación con la accionante con el fin de informar sobre la programación de las citas para exámenes solicitadas, así: *radiografía dedos bilateral* para el día **30 de diciembre de 2022 a las 7:30 a.m.** en el centro de atención Cafam calle 48 y cita *mamografía bilateral* para el día **30 de diciembre de 2022, hora: 11:00 a.m.** en el centro médico de la clínica Cafam calle 51. Refiere que también se le notificó a la actora del agendamiento de sus citas al correo electrónico preciadobeatriz424@gmail.com, (adjunta soportes de recordatorio de citas). Considera que no existe vulneración al derecho fundamental deprecado en consecuencia, solicita se le desvincule del presente amparo constitucional.

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

Radicación: No. 2022-235
Accionante: Ana Beatriz Preciado Bello
Accionado: Famisanar EPS
Decisión: No tutelar – Hecho superado

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 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

¹ Folio 9 y 10 de la contestación del ADRES.

Radicación: No. 2022-235
Accionante: Ana Beatriz Preciado Bello
Accionado: Famisanar EPS
Decisión: No tutelar – Hecho superado

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.*

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.

Radicación: No. 2022-235
Accionante: Ana Beatriz Preciado Bello
Accionado: Famisanar EPS
Decisión: No tutelar – Hecho superado

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.

VI. PRUEBAS

Con el escrito de tutela, **la parte accionante** aportó ordenes de servicios médicos solicitados.

Por su parte, **la accionada Famisanar EPS**, allega soportes de gestión insertos en el escrito de tutela, **Compensar EPS** los insertos en su escrito de contestación, **IPS Cafam** soportes de asignación de citas y **la ADRES** remitió poder.

VII. 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 Dignidad humana, a la seguridad social, al debido proceso, a la igualdad y a la vida, consagrados en la Constitución Política.

Frente al factor territorial se tiene que la dirección de ubicación 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:

“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

Radicación: No. 2022-235
Accionante: Ana Beatriz Preciado Bello
Accionado: Famisanar EPS
Decisión: No tutelar – Hecho superado

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.

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 fundamentales²; 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 fundamentales³.

² 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).

³ 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

Radicación: No. 2022-235
Accionante: Ana Beatriz Preciado Bello
Accionado: Famisanar EPS
Decisión: No tutelar – Hecho superado

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 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.⁴*

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).

⁴ Ver sentencia T-419 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Radicación: No. 2022-235
Accionante: Ana Beatriz Preciado Bello
Accionado: Famisanar EPS
Decisión: No tutelar – Hecho superado

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”⁵

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

⁵ Sentencia T-760 del 13 de julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda.

Radicación: No. 2022-235
Accionante: Ana Beatriz Preciado Bello
Accionado: Famisanar EPS
Decisión: No tutelar – Hecho superado

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.

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

Radicación: No. 2022-235
Accionante: Ana Beatriz Preciado Bello
Accionado: Famisanar EPS
Decisión: No tutelar – Hecho superado

“...(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”⁶

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”⁷

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 paciente⁸.

⁶ Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

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

⁸ 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. 2022-235
Accionante: Ana Beatriz Preciado Bello
Accionado: Famisanar EPS
Decisión: No tutelar – Hecho superado

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho a determinar si **Famisanar EPS**, vulnera el derecho fundamental a la salud consagrado en la Constitución Política, de **Ana Beatriz Preciado Bello**, debido a que no se han agendado servicios médicos para examen de *mamografía bilateral* y *radiografía de dedos de manos*, con orden del **17 de diciembre 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 **Ana Beatriz Preciado Bello** se encuentra afiliada a **Famisanar EPS** en el régimen subsidiado, obran ordenes medicas del día **17 de diciembre de 2022** para que se agendara cita para exámenes de *mamografía bilateral* y *radiografía de dedos de manos* direccionadas a la **IPS Cafam**

Por su parte, la **EPS Famisanar y la IPS Cafam** informaron que se solicitó el agendamiento de citas para los exámenes requerido, y que los mismos a la fecha ya fueron programados, así:

RX DEDOS BILATERAL:

 **RECORDATORIO DE CITA**

Datos de Paciente Cita Nro. 5500466728

Paciente:	ANA BEATRIZ PRECIADO BELLO	Identificación:	52584373	Edad:	50 Años
Sede Afiliado:	CALLE 48	Tipo Usuario:	BENEFICIARIO	Contrato:	SUBS-FAMISANAR POS-CAP BOGOTA > 18
Plan:	SUBSIDIADO	Semanas:	288	Rango:	1

Procedimientos Grupos - CALLE 48 -

Fecha de Asignación:	2022-12-29 15:26:49.231	Asignada por:	cc101241 - DIANA CAROLINA ORTIZ ROA				
Procedimiento:	IMAGENOLOGIA						
Fecha:	2022-12-30	Turno:	07:20 AM	Consultorio:	202	Modalidad:	Presencial

El día de su cita, presentarse con 15 minutos de anticipación a caja. Presente su documento de identificación. Cancele su cuota moderadora, exija su factura. Menores de 18 años deben asistir con acompañante. Si no puede asistir, recuerde cancelar su cita con anterioridad. Agradecemos su Colaboración



MAMOGRAFÍA BILATERAL:

 **RECORDATORIO DE CITA**

Datos de Paciente Cita Nro. 5500466877

Paciente:	ANA BEATRIZ PRECIADO BELLO	Identificación:	52584373	Edad:	50 Años
Sede Afiliado:	CALLE 48	Tipo Usuario:	BENEFICIARIO	Contrato:	SUBS-FAMISANAR POS-CAP BOGOTA > 18
Plan:	SUBSIDIADO	Semanas:	288	Rango:	1

Procedimientos Grupos - CALLE 51 -

Fecha de Asignación:	2022-12-29 15:38:35.858272	Asignada por:	cc101241 - DIANA CAROLINA ORTIZ ROA				
Procedimiento:	IMAGENOLOGIA						
Fecha:	2022-12-30	Turno:	11:00 AM	Consultorio:	12	Modalidad:	Presencial

El día de su cita, presentarse con 15 minutos de anticipación a caja. Presente su documento de identificación. Cancele su cuota moderadora, exija su factura. Menores de 18 años deben asistir con acompañante. Si no puede asistir, recuerde cancelar su cita con anterioridad. Agradecemos su Colaboración



De manera oficiosa esta Autoridad Judicial, procedió a establecer comunicación telefónica con la accionante señora **Ana Beatriz Preciado Bello** a su abonado telefónico 313 XXX 0062, con el fin de que informara acerca de la prestación de los servicios requeridos y si le fueron notificadas las citas y realizados los exámenes solicitado el día **30 diciembre de 2022**, sobre el particular, informó que ya le habían realizado los exámenes solicitados de *mamografía bilateral* y *radiografía de dedos*

Radicación: No. 2022-235
Accionante: Ana Beatriz Preciado Bello
Accionado: Famisanar EPS
Decisión: No tutelar – Hecho superado

de manos. Aunado a lo previamente señalado, se tiene entonces un **HECHO SUPERADO**, como quiera que, si no se habían agendado las citas para la realización de los exámenes médicos ordenados por su médico tratante, esto se dio en el desarrollo de esta tutela; y **Famisanar EPS** junto con la **IPS Cafam**, procedieron a agendar las citas requeridas por la actora, y estas ya fueron realizadas, razón por la cual no existe amenaza al derecho fundamental a la salud, toda vez que el objeto de esta acción era el agendamiento de los servicios médicos ordenados a la accionante.

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 en la tutela.*

Quiere decir lo anterior que actualmente no existe una orden que impartir para procurar la protección del derecho fundamental a la salud de la parte accionante, en contra de **Famisanar EPS**, razón por la cual se ha de declarar la no prosperidad de la acción de tutela.

De esta misma manera, se ordenará desvincular a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES**, a la **EPS Compensar** 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**

Radicación: No. 2022-235
Accionante: Ana Beatriz Preciado Bello
Accionado: Famisanar EPS
Decisión: No tutelar – Hecho superado

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 el derecho fundamental invocado por **Ana Beatriz Preciado Bello** en contra de **Famisanar EPS**, por constituir la acción un hecho superado frente al derecho fundamental a la salud pues, ya fueron agendadas las citas y el día **30 de diciembre de 2022** se realizaron los exámenes médicos peticionados en este amparo constitucional.

SEGUNDO: DESVINCULAR a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES**, a la **EPS Compensar** y a la **IPS Cafam**, 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

Laura Steffany Gómez León

LAURA STEFFANY GÓMEZ LEÓN
JUEZ