REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

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

Bogotá D.C., Diez (10) de enero de dos mil veintitrés de (2023)

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación:	No. 2022-238
Accionante:	Johan Ronaldo López Montes
Accionado:	Compensar EPS
Decisión:	Concede Tutela

I. ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por el señor **Johan Ronaldo López Montes**, en contra de **Compensar EPS** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, vida, e integridad personal consagrados en la Constitución Política.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Se interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. Que desde el **17 de diciembre de 2022** sufrió dos episodios epilépticos, por lo que fue trasladado de urgencias a la sede de la Cruz Roja de SAMU 68, luego fue remitido al **Hospital Infantil Universitario de San José** donde le realizaron un TAC cerebral en el cual identificaron una malformación arteriovenosa, con ocasión de su diagnóstico le fueron ordenados otros exámenes obteniendo como resultado el siguiente diagnóstico: *" Nido malformativo axial temporal izquierdo con venas de drenaje a los senos venosos basales izquierdos (particularmente aspecto posterior del seno transverso izquierdo) y a la vena temporal marginal izquierda, que compromete particularmente la superficie cortical del lóbulo temporal izquierdo particularmente las circunvoluciones temporales inferior y media, en donde condiciona malacia cavitada con gliosis y siderosis perilesional, mide 42 mm de eje mayor".*

2. Con ocasión de su diagnóstico, fue remitido a valoración para Junta Medica, pero previa valoración le ordenaron la realización de un examen de resonancia magnética de cerebro Funcional, con el fin de establecer cuál sería el tratamiento para el manejo de su diagnóstico, según la orden medica el examen se debía realizar el **24 de diciembre de 2022**, sin embargo, a la fecha de presentación de esta acción de tutela no le ha sido programado el examen requerido en una fecha oportuna, pues el examen le fue agendado

para su realización solo hasta el 28 de enero de 2023, poniendo en riesgo su vida y su salud.

III. MEDIDA PROVISIONAL

Esta acción de tutela fue asignada a este Despacho el día **29 de diciembre de 2022**, en la cual se solicitaba como medida provisional lo siguiente:

Se ordene: *"a COMPENSAR EPS la realización inmediata del examen ordenado por mis médicos tratantes denominado RESONANCIA MAGNETICA DE CEREBRO FUNCIONAL."*

En la misma fecha se resolvió:

(…)

1. *En lo que se refiere a la **MEDIDA PROVISIONAL**, encaminada a que:*

   "se le ordene a COMPENSAR EPS la realización inmediata del examen ordenado por mis médicos tratantes denominado RESONANCIA MAGNETICA DE CEREBRO FUNCIONAL."

   Es menester traer a colación que el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, norma que la contempla la posibilidad de que el juez cuando lo considere necesario y urgente pueda decretar medidas cautelares provisionales para asegurar el objeto del proceso. La Corte Constitucional ha precisado que procede el decreto de medidas provisionales frente a las siguientes hipótesis: (i) cuando éstas resultan necesarias para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se concrete en una vulneración o; (ii) cuando, constatada la ocurrencia de una violación, sea imperioso precaver su agravación.

   *De la revisión y análisis del caso se considera que resulta viable la adopción de una medida, toda vez que se observa que la realización del examen solicitado se precisa urgente o prioritario y como se lee de la historia clínica aportada, una vez realizado este examen el accionante deberá ser valorado por junta médica neuroquirurgica de resonancia funcional y tractografica para definir el manejo del diagnóstico de malformación arteriovenosa de los vasos cerebrales, tambien, se pudo verificar que en la historia clínica se indica que este examen debía ser realizado el día **24 de diciembre de 2022** y solo le fue agendada cita para el mismo para el día **28 de enero de 2023**.*

   *Lo anterior, es una circunstancia que prima facie advierte un riesgo o amenaza para el derecho de la salud, la vida y la integridad física del accionante, sin duda es indispensable que se le realice de forma inmediata el examen de **RESONANCIA MAGNETICA DE CEREBRO FUNCIONAL**, para que una vez obtenidos los resultados, el señor **Rolando López** pueda ser valorado en junta médica y de esta manera se determine el procedimiento a seguir para el manejo de su diagnóstico, ya que de esta manera se contribuiría a mejorar o mantener estable su salud, vida y su integridad personal.*

   *En consecuencia, hasta tanto se resuelve de fondo el presente asunto, el Despacho decreta como **medida provisional, ORDENAR que dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de este auto** la **EPS COMPENSAR** remita al accionante a una IPS para que*

*esta a su vez realice de forma inmediata el examen de **RESONANCIA MAGNETICA DE CEREBRO FUNCIONAL** de conformidad con la orden del **18 de diciembre de 2022**." (…)*

El día **5 de enero de 2023**, el accionante allegó escrito en el cual informaba que la **EPS Compensar** no ha dado cumplimiento a la medida provisional ordenada por este Estrado Judicial por lo que solicita se impongan las multas y sanciones a que haya lugar, por desacato a la medida provisional.

IV. PRETENSIONES

La parte accionante, peticiona le sean amparados los derechos fundamentales a la salud, vida e integridad física consagrados en la Constitución Política. En consecuencia se ordene a **Compensar EPS** realizar en forma inmediata el examen de Resonancia Magnética de Cerebro Funcional.

V. RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

Compensar EPS

La apoderada judicial de la **EPS** accionada informa que frente a la solicitud para la realización del examen de resonancia magnética, se evidencia que el servicio ya fue autorizado y remitido a la **IPS Idime**, para que se procediera con la programación requerida, se anexa correo electrónico de la gestión adelantada con al **IPS Idime** para que agendara el examen medico y desde la IPS se comunicaran con el actor para informar de la programación del examen de Resonancia Magnética de Cerebro. Con lo expuesto, considera que se configura un hecho superado pues se autorizó y gestionó la programación de la cita requerida, no ha vulnerado ningún derecho fundamental del actor y finalmente, solicita se declare la improcedencia del presente amparo constitucional.

VI. RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES VINCULADAS

Instituto de Diagnostico Médico SA. Idime SA

El representante legal de la IPS vinculada, informa que no se evidencia en el traslado de esta acción de tutela la autorización de servicios que este dirigida a la institución que representa y verificada la información del señor **Johan López** no se evidencia ninguna prestación de servicios o estudios realizados en la organización a la que representa, aunado a esto refiere que el estudio de **Resonancia Magnética de Cerebro Funcional** no es ofertado por esta institución, razón por la cual **Compensar EPS** debe direccionar al paciente a una IPS que lleve a cabo el estudio prescrito por el médico tratante. En ese orden, informa que carece de legitimación, no ha vulnerado ningún derecho fundamental del actor y solicita su desvinculación del presente amparo constitucional.

Fundación Hospital Infantil Universitario de San José

El representante legal de la clínica vinculada informa al Despacho que el día 18 de diciembre de 2022 el señor **Johan López Montes** ingresó por urgencias por un

episodio de alteración del estado de la conciencia, sufriendo caída y trauma en región ciliar derecha, se le practicaron varios exámenes paraclínicos identificando *lesión vascular temporal izquierda que puede corresponder a anomalía del desarrollo veno vs fistula dural o malformación arteriovenosa con vena de drenaje seno transverso izquierdo*. Luego, el 20 de diciembre se realizó panografía cerebral en la que se encontró una *malformación arteriovenosa temporal izquierda*, el día 21 de diciembre se realizan otros estudios donde se reportó una *angiorresonancia cerebral con nido malformativo arteriovenoso temporal izquierdo*. El día 24 de diciembre se dio de alta médica al actor y se le ordenaron exámenes que no podían ser realizados en la Clínica como, laboratorios clínicos, resonancia magnética cerebral funcional, junta medica e incapacidad medica por 30 días, para que fueran autorizadas por la EPS.

Señala que la atención medica brindada fue oportuna, continua, segura y en cumplimiento de todas las ordenes médicas, se realizaron exámenes y se le suministró un diagnóstico, finalmente, se informó que el caso debe ser analizado en junta neuroquirúrgica cuando el actor cuente con el estudio faltante. Por lo anterior, solicita la desvinculación del Hospital al que representa.

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

El apoderado 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 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 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,

[1] Folio 9 y 10 de la contestación del ADRES.

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.

VII. PRUEBAS

Con el escrito de tutela, **la parte accionante** allega copia de historia clínica, certificado de afiliación, autorización médica.

Por su parte, **la accionada Compensar EPS,** remitió soportes de existencia y representación**. Las vinculadas IPS Idime**, la **Fundación Hospital Infantil Universitario de San José** y la **ADRES** no aportaron ningún soporte probatorio, solo certificados de representación judicial.

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.

Frente al factor territorial, la dirección de ubicación del 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 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"[2].

Salud

Se anota que la Corte Constitucional ha desarrollado el derecho a la salud como la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, haciéndolo un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales[3]; 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 fundamentales[4].

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:

---

[2] Sentencia T-416/01, Expediente T-432703, Magistrado Ponente: Gerardo Monroy Cabra, Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil uno (2001).
[3] Sentencia T-001/18, Expediente T-6.265.689, Magistrada Ponente: Cristina Pardo, Bogotá D.C., Quince (15) de enero de dos mil dieciocho (2018).
[4] La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales señaló que "la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos" (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

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

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

i) *Se trata de un sujeto de especial protección constitucional,*

ii) *Porque se está en presencia de una situación que evidencia que la vulneración del derecho a la salud implica una amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, como por ejemplo la vida, el trabajo o la dignidad humana entre otros; o*

iii) *Porque se presente el fenómeno jurídico de la transmutación de un derecho prestacional en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de los mandatos constitucionales.*[5]

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

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

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

exigir tal conexidad resultaba "artificioso" ya que todos los derechos de alguna manera tienen un carácter prestacional, queriendo decir con ello que existe una estrecha relación entre *"un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental"*[6]

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

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

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

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

---

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

iii) El interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y

iv) El servicio médico o el medicamento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

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

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

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

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

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

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

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.

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

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

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

Para desvirtuar la orden del médico tratante se ha dicho, que la opinión de cualquier otro galeno no es suficiente, la base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante. El dictamen del profesional de la medicina tratante, respecto de un servicio de salud que requiera un determinado paciente, debe prevalecer sobre el concepto del Comité Técnico Científico y cualquier otro miembro de la EPS, inclusive sobre la opinión otro profesional de la salud puesto que el médico tratante es un profesional científicamente calificado y es quien mejor conoce la condición de salud del paciente[9].

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho a determinar si **Compensar EPS** vulnera los derechos fundamentales de salud, vida e integridad personal, consagrados en la Constitución Política de **Johan Ronaldo López Montes** debido a que no se ha realizado examen de resonancia magnética cerebro funcional, la cual requiere con urgencia para continuar con el tratamiento médico y ser valorado en junta medica neuroquirúrgica.

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 el señor **Johan Ronaldo López Montes** se encuentra afiliado a **Compensar EPS,** en el régimen contributivo, que el día 17 de diciembre ingresó por urgencias por un episodio de alteración del estado de la conciencia, sufriendo caída y trauma en región ciliar derecha, se le practicaron varios exámenes paraclínicos identificando *lesión vascular temporal izquierda que puede*

[8] Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo
[9] Respecto a la prevalencia del concepto del médico tratante, frente al concepto del Comité Técnico Científico y/o de los funcionarios administrativos de la EPS, ver entre muchas otras, las siguientes sentencias: T-666 de 1997, T-155 de 2000, T-179 de 2000, T-378 de 2000, T-284 de 2001, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002, T-760 de 2008.

corresponder a anomalía del desarrollo veno vs fistula dural o malformación arteriovenosa con vena de drenaje seno transverso izquierdo. Luego, el 20 de diciembre se realizó panografía cerebral en la que se encontró una *malformación arteriovenosa temporal izquierda*, el día 21 de diciembre se realizan otros estudios donde se reportó una *angiorresonancia cerebral con nido malformativo arteriovenoso temporal izquierdo*. El día 24 de diciembre se dio de alta médica al actor y se le ordenaron exámenes que no podían ser realizados en la **Fundación Hospital Infantil Universitario de San José,** como laboratorios clínicos, resonancia magnética cerebral funcional junta medica e incapacidad medica por 30 días para que fueran autorizadas por la EPS.

Refiere el actor que requiere se realice el examen con carácter urgente pues con éste deberá ser valorado por Junta Medica para determinar cuál es el tratamiento a seguir para el manejo del diagnóstico que presenta, no obstante, le fue agendada la cita para examen de resonancia magnética de cerebro funcional por la **IPS Idime** solo hasta el 28 de enero de 2023, es decir, un mes después de emitida la orden. Por su parte la **EPS** accionada informa que no se vulnera ningún derecho fundamental al actor pues, el servicio médico se encuentra autorizado y se le solicitó a la **IPS Idime** programar cita para la realización del examen de resonancia magnética, por su parte, la **IPS Idime** vinculada a esta acción de tutela informó que por una parte, no cuenta con la autorización del servicio requerido, por otra, que esa institución **no presta el servicios de resonancia magnética de cerebro funcional**, por lo que la **EPS** debe remitir al usuario a una **IPS** que si cuente con la prestación de este servicio, y finalmente que revisadas sus bases de datos no tiene registros de examenes realizados al accionante.

Con relación al presente caso, este Estrado 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 José Fernando Reyes Cuartas, 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 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 usuario[10], 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.[11]

De conformidad con lo antes señalado este Estrado Judicial evidencia que la **EPS Compensar,** transgrede los principios que irradian el sistema general de salud como, la integralidad, continuidad y solidaridad de la prestación de los servicios médicos ordenados al señor **López Montes** pues, si bien se autorizó el servicio solicitado, remitió al actor a una institución de su red de servicios de salud que no cuenta con el servicio requerido para examen de resonancia magnética de cerebro funcional, pues, según la manifestado por la **IPS Idime** el actor debe ser remitido a una **IPS** que si cuente con este servicio médico. Se imponen entonces cargas administrativas al actor que no tiene porqué soportar y a la fecha de expedición de esta acción de tutela no se le ha realizado el examen requerido para continuar con la valoración ante junta médica y determinar el tratamiento médico al actor para el manejo de su patología, por lo anterior, la **EPS** demuestra su actuar negligente al informar que si bien es cierto existe la autorización del servicio, este fue remitido a una **IPS** que a la fecha no ha programado cita para el examen y según lo informado **no cuenta con la prestación** de este servicio, es decir, a la fecha no se comprobó que al actor se le haya realizado el examen que necesita para continuar con su tratamiento médico, incumpliendo de esta manera la orden de esta Autoridad Judicial de realizar el examen dentro de las 24 horas siguientes a la notificación del auto que admitió esta acción de tutela.

Consecuente con lo manifestado el Despacho **tutelará** los derechos fundamentales de salud, vida e integridad personal del señor **Johan Ronaldo López Montes.** De igual manera se **ordenará** a la **EPS Compensar,** para que **en un término no superior a 48 horas** contadas a partir de la notificación de este fallo se emita la autorización y se realice el examen de **Resonancia magnética de cerebro funcional** orden del **24 de diciembre de 2022**, para que se remita al accionante a una **IPS** de su red prestadora de servicios en salud que si cuente con la prestación del servicio requerido para examen de **resonancia magnética de cerebro funcional.** Ello por cuanto no basta como argumento factico que se están realizando las gestiones pertinentes para el agendamiento de las citas, procedimientos y suplementos, 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, procedimientos, citas con médicos especialistas y exámenes ordenados por un profesional de la salud debidamente acreditado.

Téngase en cuenta además que es la **EPS Compensar** quien debe asignar una **IPS** que si preste los servicios de salud requeridos por el accionante y en caso de que la **IPS** que se asigne no cuente con agenda o disposición para la prestación de los servicios médicos autorizados se proceda en forma inmediata a reasignar una IPS de su red prestadora de servicios que si cuente con disponibilidad de agenda y no

[10] Corte Constitucional Sentencia T 259 de 2019
[11] Corte Constitucional Sentencia T 275 de 2020

imponga al actor trámites administrativos adicionales que dilaten el tratamiento del señor **Johan Ronaldo López Montes.**

Del cumplimiento de esta decisión la **EPS Compensar,** informará al Juzgado, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

De esta misma manera, se ordenará desvincular a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES** y a la **Fundación Hospital Infantil Universitario de San José,** 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 **Johan Ronaldo López Montes**, en contra de **Compensar EPS.** En consecuencia **SE ORDENA** para que **en un término no superior a 48 horas** contadas a partir de la notificación de este fallo se emita la autorización y se realice el examen de **Resonancia magnética de cerebro funcional** orden del **24 de diciembre de 2022**, para que se remita al accionante a una **IPS** de su red prestadora de servicios en salud que si cuente con la prestación del servicio requerido para examen de **resonancia magnética de cerebro funcional.** Ello por cuanto no basta como argumento factico que se están realizando las gestiones pertinentes para el agendamiento de las citas, procedimientos y suplementos, 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, procedimientos, citas con médicos especialistas y exámenes médicos ordenados por un profesional de la salud debidamente acreditado.

Téngase en cuenta además que es la **EPS Compensar** quien debe asignar una **IPS** que si preste los servicios requeridos por el accionante y en caso de que la **IPS** que se asigne no cuente con agenda o disposición para la prestación de los servicios médicos autorizados, se proceda en forma inmediata a reasignar una **IPS** de su red prestadora de servicios que si cuente con disponibilidad de agenda y no imponga al actor trámites administrativos adicionales que dilaten el tratamiento del señor **Johan Ronaldo López Montes.**

SEGUNDO: DESVINCULAR a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES** y a la **Fundación Hospital Infantil Universitario de San José,** 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