REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

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

Bogotá D.C., cinco (05) de abril de dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación:	No. 2021-066
Accionante:	Nair Esmeralda Moreno Murte Agente Oficioso hijo Gabriel Esteban Parra
Accionado:	EPS Sura
Decisión:	Niega Tutela

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por la ciudadana NAIR ESMERALDA MORENO MURTE, quien obra como agente oficioso de su hijo GABRIEL ESTEBAN PARRA MORENO, en contra de la EPS Sura, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas en conexidad con la salud, igualdad y seguridad social, consagrados en la Constitución Nacional.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

La actora**,** interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. Que su hijo se encuentra afiliado a la EPS Sura, tiene 8 años de edad, su diagnóstico es de Autismo con déficit de atención e hiperactividad; que el médico tratante después de valorar a su hijo le informó que requería de la rehabilitación integral personalizada e individualizada en un centro especializado como la Corporación Dos Hemisferios Piensan Mejor que Uno y donde le ofrecieran acompañamiento terapéutico en las actividades diarias como en las externas y le suministraran un avance en su calidad de vida y de su familia.

2. Agrega que se acercó a dicha corporación donde revisaron la historia clínica de su hijo y le indicaron que podía acceder al programa de rehabilitación integral personalizada e intensiva con valoración, psicología, psiquiatría, terapia ocupacional, terapia física, terapia de lenguaje, fonoaudiología, equinoterapia, caninoterapia, intervención prevocacional, hidroterapia,

musicoterapia, arteterapia, terapia sombra, con transporte para el manejo de la enfermedad del menor; que mediante derecho de petición a la EPS Sura le solicitó que le autorizara y asignara el tratamiento para su hijo en la Corporación Dos Hemisferios Piensan Mejor que Uno, con el programa de rehabilitación ofrecido al menor, pero la EPS le informó que no hay convenio con esa institución y no pueden autorizarla por lo cual su hijo debe recibir el tratamiento en las IPS de la Red Prestadora de Servicios de la EPS Sura.

3. Indica que entiende que el tratamiento solicitado no está en el Plan Obligatorio de Salud (POS), pero su hijo lo requiere de carácter urgente y no puede suspender el tratamiento porque deterioraría aún más su salud y retrocedería su edad mental y cronológica; que el tratamiento que su hijo requiere debe ser personalizado y continuo; al no autorizar el tratamiento que su hijo requiere por una decisión administrativa injustificada y que solo beneficia a la EPS desde el punto de vista económico, lo que coloca en peligro la calidad de vida del menor y de continuar sin ese servicio, puede ocasionarle un atraso en su patología, generarle crisis o recaídas que afecten su estabilidad y continuidad en el tratamiento que requiere con urgencia.

PRETENSIONES

Solicita se tutele a favor de su hijo GABRIEL ESTEBAN PARRA MORENO, los derechos fundamentales invocados y en consecuencia de ello, se ordene a la EPS Sura, autorice el programa de rehabilitación integral personalizada e intensiva con valoración, psicología, psiquiatría, terapia ocupacional, terapia física, terapia de lenguaje, fonoaudiología, equinoterapia, caninoterapia, intervención prevocacional, hidroterapia, musicoterapia, arteterapia, terapia sombra, con transporte en la Corporación Dos Hemisferios Piensan Mejor que Uno, en la cantidad y periodicidad que se requiera para el tratamiento específico teniendo en cuenta el estado de salud. Advertir a la EPS, para que no vuelva a incurrir en acciones que dieron mérito de iniciar esta tutela y ordenar al Ministerio de Salud, que reembolse a través del Adres, el valor de los gastos que realice la EPS Sura, por concepto de cumplimiento de esta acción constitucional.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Sura EPS

La representante legal judicial de la entidad promotora de salud en mención, informo al Despacho que el menor se encuentra afiliado a esa EPS, en calidad de beneficiario; que desde el área de salud informa que la IPS Dos Hemisferios

Piensan Mejor que Uno, no se encuentra dentro de las instituciones pertenecientes a la red de la EPS Sura y no se le puede indilgar culpa u omisión por la no prestación de ciertos servicios en instituciones con las que no se tiene convenio actual y vigente para la no prestación del servicio, adiciona que puso en conocimiento a la madre del menor que el servicio podría ser prestado por otra institución perteneciente a la red y conforme a los servicios requeridos por el menor, que la EPS le está prestando todos los servicios a favor del paciente para sus diagnósticos, adjuntando el historial de autorizaciones.

Agrega que la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, contempla que las EPS son las entidades responsables de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Beneficios por intermedio de las Instituciones Prestadora de Servicios, con las que se establecen convenios para ese efecto; que las EPS están en libertad de escoger las IPS con las que contratarán y el tipo de servicios a prestar, siempre que se garantice a los usuarios un servicio integral y de buena calidad y los afiliados deben acogerse a las IPS a las que sean remitidos por sus respectivas EPS, aunque las preferencias se inclinen por otras instituciones.

Indica que, frente a la solicitud del tratamiento integral, ellos no asumen gastos fuera de su red de atención al paciente; se tiene que a la fecha la EPS ha cumplido cabalmente con su obligación de aseguramiento en salud del accionante, además se trata de una solicitud basada en hechos futuros, aleatorios y no concretados en violación a derecho fundamental alguno, por lo que resulta improcedente, máxime cuando no se ha negado servicio alguno.

Que, de acuerdo a lo anterior la entidad a la que representa no ha vulnerado derechos fundamentales de *GABRIEL ESTEBAN*, pues han autorizado todos los servicios en salud que ha requerido para el restablecimiento de su salud.

TERCEROS VINCULADOS

Fundación Cardioinfantil – Instituto de Cardiología

El abogado de la entidad en mención, en respuesta a este Juzgado informo que es una entidad privada sin ánimo de lucro, brinda atención especializada a niños con problemas cardiovasculares y otros servicios de alta complejidad; que el paciente GABRIEL ESTEBAN, ha sido atendido en esa institución por el diagnóstico de tumor benigno de encéfalo parte no especificada- en estudio, constipación, otras incontinencias urinarias especificadas y autismo en la niñez. Su último registro de atención fue el 21 de mayo de 2020 por consulta externa especialidad en neurología pediátrica.

Agrega que, según la normatividad vigente es la EPS la que garantiza a sus afiliados el acceso a los servicios y suministro de los procedimientos ordenados a los pacientes por los médicos tratantes y las IPS como integrantes del

Sistema General de Seguridad Social en Salud tienen como función prestar los servicios de salud en el nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios del Sistema, dentro de los parámetros y principios de la Ley 100 de 1993 Inciso primero Art. 185, excluidas en sus obligaciones la autorización y la financiación de los servicios médicos requeridos por los usuarios.

Indica que su representada no ha vulnerado ningún derecho al menor GABRIEL ESTEBAN PARRA MORENO, por lo que solicita respetuosamente se desvincule de la presente acción de tutela.

Corporación Dos Hemisferios Piensan Mejor que Uno

La representante legal suplente de la entidad en mención, indicó al despacho que desde el mes de noviembre de 2020 se le ha prestado servicio al menor GABRIEL ESTEBAN*,* en modalidad intensiva presencial con intensidad horaria de 4 y 5 horas de lunes a viernes, recibe apoyo especializado para rehabilitación Neuropsicológica integral y terapias individuales para tratar su discapacidad y diagnóstico; al verificar el historial clínico del menor presenta déficit de atención con hiperactividad (TDAH), autismo, atraso de lenguaje verbal y escrito, trastornos de conducta, dificultad en el seguimiento de instrucciones, impulsividad, ansiedad constante y dificultad para tolerar la frustración, dificultad para relacionarse positivamente con su entorno, retraso en su aprendizaje, discapacidad cognitiva, presenta un desarrollo inferior a su edad cronológica, deficiencias generalizadas en su desarrollo y aprendizaje que afecta su motricidad y desempeño emocional.

Agrega que su representada fue fundada en julio de 2013, su misión es el Desarrollo del Potencial Humano, la rehabilitación integral y la aplicación de procedimientos especializados para dar soluciones efectivas y definitivas a niños, niñas, jóvenes y familias afectadas con diagnósticos como el que presenta el menor *GABRIEL ESTEBAN*, que les impide tener un desarrollo adecuado. Que el tratamiento para el menor debe ser permanente, constante, intensivo y presencial en un 100%, para que pueda aprender, comprender su entorno, entender situaciones simples o complejas, tener calidad de vida, en concreto ser un ser humano funcional con dignidad.

Indica que la Corporación está en disposición de atender si la EPS Sura brinda la autorización correspondiente y realizar un acuerdo comercial sobre los servicios que se prestan.

La Clínica CEMEQ

La gerente de la entidad en mención, informó al juzgado que no son proveedores de los servicios de rehabilitación integral; que contractualmente tienen con la EPS Sura préstamos de servicios de rehabilitación ambulatoria.

Adres (Administradora de los Recursos del Sistema en General de Salud)

El abogado de la oficina Jurídica de la entidad en mención, manifestó al Despacho, que el ente al que representa 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- FONSAET, 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 recaen como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), siendo que en ningún caso será responsable directo de la prestación del servicio de salud.

Agregó que, de los derechos presuntamente vulnerados en la presente tutela es de responsabilidad del Estado garantizar el derecho a la salud y para ello tiene el deber indelegable en la definición de políticas y reglamentación de todo lo atinente a la prestación del servicio de salud y de las condiciones en que esta tenga lugar. Que la jurisprudencia constitucional en torno al derecho a la vida ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones mínimas de una vida en dignidad.

En cuanto a lo que respecta a esta tutela, esa entidad no presta los servicios de salud, por lo que la vulneración de un derecho fundamental se produciría una omisión no atribuible a esa entidad y que esa función recae directamente sobre las EPS, porque tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de sus afiliados, ni retrasarla que ponga en riesgo la vida o salud de los mismos. En cuanto al reconocimiento y pago de los recobros presentados por parte de las entidades promotoras de salud o las entidades obligadas a compensar, ante el Adres, está sujeto a determinar si esos versan sobre la prestación de servicios y/o tecnologías en salud no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación – UPC-, que las solicitudes de recobro cumplan con los requisitos esenciales establecidos para su reconocimiento, como son, los servicio sean prescritos por el médico tratante, o que tengan lugar en virtud de un fallo de tutela y demás requerimientos de carácter técnico y jurídico exigidos para ello.

Indica que el artículo 121 de la Resolución 3512 de 2019 del Ministerio de Salud y Protección Social, señala que los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC incluyen el traslado acuático, aéreo y terrestre ya fuera en ambulancia básica o medicalizadas y el artículo 122 de la misma Resolución dispone que las EPS o las entidades que hagan sus veces *"deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de este acto administrativo, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la EPS o la entidad que haga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de*

su red de servicios"; solicita negar la facultad de recobro, toda vez que mediante las resoluciones 205 y 206 de 2020 su representada, ya giró a la EPS los recursos de los servicios no incluidos en el plan de beneficios en salud.

Para finalizar, solicita al despacho negar el amparo invocado por la accionante por no haber desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del mismo, en consecuencia, desvincular a esa entidad del trámite de la presente acción constitucional.

PRUEBAS

1. Con el escrito de tutela, la accionante allegó los siguientes documentos:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de NAIR ESMERALDA MORENO MURTE y tarjeta de identidad de GABRIEL ESTEBAN PARRA MORENO.
- Fotocopia del certificado de la Corporación Dos Hemisferios Piensan Mejor que Uno de fecha 13 de marzo de 2021, a nombre del menor GABRIEL PARRA.
- Fotocopia de la respuesta al derecho de petición de fecha 13 de enero de 2021 por la EPS Sura dirigida a la accionante.
- Fotocopia del derecho de petición, de fecha 24 de noviembre de 2020 suscrito por la madre del menor, dirigido a la EPS Sura.
- Fotocopia de la consulta telemédica pediatría de fecha 11 de noviembre de 2020 de la EPS Sura al menor GABRIEL ESTEBAN PARRA MORENO.
- Fotocopia de la valoración programa de rehabilitación integral de fecha 06 de febrero de 2020, a nombre del menor, expedida por Rehabiliarte-Cemeq.
- Fotocopia de parte historia clínica expedida por la Fundación Cardioinfantil – Instituto de Cardiología, a nombre de GABRIEL ESTEBAN PARRA.

A su turno la EPS Sura, allego en fotocopia el historial de autorizaciones al menor GABRIEL ESTEBAN PARRA MORENO, certificado de existencia y representación legal; Adres, adjuntó resoluciones para actuar en esta tutela; la clínica CEMEQ allegó el certificado de existencia y representación legal; la Fundación Cardioinfantil – Instituto de Cardiología adjuntó poder, certificado representación y la copia cédula para actuar en esta acción constitucional; y la Corporación Dos Hemisferios Piensan Mas que Uno, no allegó documento alguno que respaldara su respuesta.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1983 de 2017 que dispone reglas de reparto, es competente este Despacho para resolver la solicitud de la tutela, por tratarse la accionada de un particular que presta el servicio de salud y encargada de atender y prestar el plan de beneficios en salud.

Frente al factor territorial se tiene que el domicilio de la accionante y las entidades 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 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 u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos expresamente señalados.

También establece dicha norma que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3. La Salud y Seguridad Social

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.[1]

[1] 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).

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 esa 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[2].

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, 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*"[3]

Además de reconocer que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, el cual puede protegerse a través del recurso de amparo, la Corte Constitucional, 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*

[2] Ver sentencia T-419 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
[3] Sentencia T-760 del 13 de julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda.

> *persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho."*

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

Por su parte, la vida humana, en los términos de la protección constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica, sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad.

No obstante, debe tenerse en cuenta que no en todo caso en que se alegue la lesión al derecho a la salud, la aplicación de la normatividad infraconstitucional que establece los servicios que brinda el sistema de salud resulta incompatible con los derechos fundamentales. Para llegar a esa conclusión el funcionario judicial debe constatar que: (i) la falta del servicio médico o el medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que el criterio expuesto por el médico tratante de la 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.

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

Ha sido amplia la jurisprudencia de la 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*"[4].

La Corte Constitucional 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****"*.[5] (Negrillas fuera de texto)

Para desvirtuar la orden del médico tratante se ha dicho, que la opinión de cualquier otro médico 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 médico tratante respecto de un servicio de salud que requiera un determinado paciente, debe prevalecer sobre el concepto del Comité

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

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[6].

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho analizar si la EPS Sura, vulnera los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas en conexidad con la salud, igualdad y seguridad social del menor GABRIEL ESTEBAN PARRA MORENO, por cuanto el sentir de la accionante, la EPS no le autoriza el paquete de rehabilitación en la Corporación Dos Hemisferios Piensan Mejor que Uno, siendo una entidad especializada en el manejo de diagnósticos como el de su hijo, con el cual puede obtener un evolución de la enfermedad de manera adecuada.

Bajo las anteriores premisas procede el Despacho al caso objeto de estudio.

CASO OBJETO DE ESTUDIO

Para el caso concreto, se está frente a la presunta vulneración a los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas en conexidad con la salud, igualdad y seguridad social de GABRIEL ESTEBAN PARRA MORENO, quien de acuerdo a la tarjeta de identidad tiene 8 años de edad; con diagnósticos de tumor benigno de encéfalo parte no especificada- en estudio, constipación, otras incontinencias urinarias especificadas y autismo en la niñez.

Que, de acuerdo al dicho de la accionante, GABRIEL ESTEBAN, no recibe la atención en salud que requiere por parte de la EPS Sura, porque a través de derecho de petición solicitó a la EPS Le autorizaran a su hijo el tratamiento integral en la Corporación Dos Hemisferios Piensan Mejor que Uno, pero la EPS no le autoriza esa IPS porque no está adscrita a la red de la misma y debe recibir el servicio en las IPS de la red prestadora de servicio de la EPS Sura; que su hijo requiere continuar con el tratamiento de rehabilitación de forma inmediata y por conceptos administrativos inválidos puede ocasionarle un atraso en su patología, generarle crisis o recaídas que afecten su estabilidad y continuidad en el tratamiento que requiere.

Es de anotar que las manifestaciones de la accionante son claras pero las mismas desafortunadamente, no cuentan con respaldo probatorio, pues nótese que la pretensión inicial, va dirigida a que a su hijo se le preste un oportuno servicio en la Corporación Dos Hemisferios Piensan Mejor que Uno, ya que, a su sentir la EPS no le permite el tratamiento que requiere el menor por una

[6] 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.

decisión administrativa injustificada, lo que genera complicaciones en la calidad de vida del menor.

A su turno la entidad promotora de salud Sura, expone que le están autorizando y suministrando todos los servicios de salud al menor, que en ningún momento han negado los servicios y los insumos han sido autorizados y entregados al menor; que es necesario que el paciente acceda a los servicios ofrecidos por la red propuesta por su representada, para que sea valorado por sus profesionales y de esa manera tenga el diagnóstico y tratamiento de su enfermedad. Al paciente se le brindaron las condiciones necesarias para la continuidad del servicio en la red según el artículo 153 de la Ley 100 de 1993; por lo anterior, considera que ha cumplido con las obligaciones que la ley y la jurisprudencia han impuesto.

Por su parte la Fundación Cardioinfantil, fue enfática al recalcar que el paciente GABRIEL ESTEBAN, ha sido atendido en esa institución por el diagnóstico de tumor benigno de encéfalo parte no especificada- en estudio, constipación, otras incontinencias urinarias especificadas y autismo en la niñez. Su último registro de atención fue el 21 de mayo de 2020 por consulta externa especialidad en neurología pediátrica. La Clínica CEMEQ, informó al juzgado que no son proveedores de los servicios de rehabilitación integral; que contractualmente tienen con la EPS Sura préstamos de servicios de rehabilitación ambulatoria.

En este punto de la decisión, se tiene que la accionante aduce una serie de circunstancias, en contra de la EPS Sura, pero dichas afirmaciones no cuentan con respaldo probatorio ya que, revisado los dos apartes de la historia clínica del menor aportados por la accionante, donde el primero es de la Fundación Cardioinfantil de fecha 21 de mayo 2020 por el especialista de neuro – cirugía en la parte de Análisis y plan de manejo indica: "*paciente de 7 años de edad quien tiene como antecedente de autismo y lesión glial de bajo grado…(…), por el momento se indica observación clínica e imagenológica y se realizara consenso médico del servicio y control en 2 semanas para dar concepto"*; y el de Sura con la consulta telemédica pediatría del 11 de noviembre de 2020 se le realizó valoración al menor GABRIEL ESTEBAN y la especialista en Pediatría concluyó: "*Paciente de 8 años con autismo desde enero inicia con incontinencia urinaria ocasional, remitido a urología, no evidencia anomalías, …(…) estuvo en seguimiento por psiquiatría, pero sin control actual, el lunes iniciaron valoración para terapia integral, …"*; donde este juzgado observa que brilla por su ausencia, el concepto del médico tratante que menciona la accionante respecto a que su hijo requiere "…*la continuidad de la rehabilitación integral personalizada e individualizada en un centro especializado…"*, como tampoco se cuenta con respaldo probatorio de la orden médica de remitir al paciente a la Corporación Dos Hemisferios Piensan Mejor que Uno.

Adicional a lo anterior, revisado cuidadosamente el material probatorio allegado por la madre del menor GABRIEL ESTEBAN, lo lleva por consulta externa el 06 de febrero de 2020 al médico fisiatra del Centro Rehabiliarte – CEMEQ, donde

se le ordena la valoración programa de rehabilitación integral convenio Sura, desde esa fecha ha pasado más de un año, sin que el menor sea nuevamente valorado por el médico Fisiatra de esa institución y no se le practicó la respectiva valoración. Se observa que la orden actual o vigente que se encuentra pendiente de autorizar o realizar, es la valoración programa de rehabilitación integral, pero la misma no ha sido radicada en la EPS para que expida la autorización y mal haría este Despacho en enrostrar culpa a la entidad promotora de salud o su IPS, porque no se le ha prestado el servicio de salud a GABRIEL ESTEBAN, cuando la realidad es otra, pues el paciente se encuentra recibiendo el paquete de rehabilitación integral en la Corporación Dos Hemisferios Piensan Mejor que Uno, de manera particular y es la misma EPS Sura, en su respuesta a este juzgado, quien informa que la madre del menor tiene conocimiento que el servicio podría ser prestado por una institución perteneciente a la red y conforme a los servicios requeridos por el menor.

Adicional a lo anterior, la representante de la Corporación Dos Hemisferios Piensan Mejor que Uno, informó a este estrado judicial que desde el mes de noviembre de 2020 el menor GABRIEL ESTEBAN fue valorado por los diferentes servicios prestados por esa institución y continua recibiendo los servicios de salud. Se observa que la orden actual o vigente que se encuentra pendiente de autorizar o realizar, es la valoración al programa de rehabilitación integral pero la misma no ha sido radicada en la EPS para que expida la autorización, pues el paciente se encuentra recibiendo el paquete de rehabilitación integral en la Corporación Dos Hemisferios Piensan Mejor que Uno, de manera particular.

Si bien es cierto la EPS Sura, tiene la obligación de garantizar la prestación del servicio acorde a los principios de cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia que rigen la materia de seguridad social en salud, también lo es que en el expediente no obra sustento de que no le está cumpliendo con la autorización y suministro de los procedimientos requeridos por el hijo de la accionante y que respalde lo peticionado por NAIR ESMERALDA MORENO MURTE, en esta acción.

Debe manifestarse, que no se puede obligar a lo imposible a las entidades promotoras de salud cuando no está adscrita a la red la Corporación Dos Hemisferios Piensan Mejor que Uno, para suministrarle el paquete de rehabilitación a su menor hijo y es a la EPS que debe solicitar que remita a su hijo a otra institución perteneciente a su red, con quien tenga contrato actual vigente y cuente con las condiciones de cumplir con el tratamiento para GABRIEL ESTEBAN, otra seria la determinación a seguir y seria solicitar a la EPS, para que ésta autorice el mismo, situación inexistente en el caso objeto de estudio.

Concluye el Despacho, que los derechos a la vida en condiciones dignas en conexidad con la salud, igualdad y seguridad social del menor GABRIEL ESTEBAN PARRA MORENO, están garantizados, en la medida que no se

allego ningún medio de prueba de servicios pendientes o que no se hubieren realizado, pues las manifestaciones de la actora no cuentan con asidero en la realidad respecto a que el estado de salud o de recuperación del menor ha desmejorado, pues en momento alguno, se han seguido las indicaciones vertidas por los profesionales en la salud de la EPS Sura y de la Fundación Cardioinfantil anotadas en precedencia para su tratamiento.

Ahora bien, si en gracia de discusión, la accionante considera que no se le presto el servicio oportunamente o hubo negligencia médica, puede presentar la respectiva queja ante la Superintendencia Nacional de Salud, pues lastimosamente para la accionante, en este escrito de tutela no se demostró que el servicio de salud para su menor hijo se le ha negado o que se encontrara pendiente por una oportuna prestación del mismo.

Con fundamento en lo expuesto, **NO SE TUTELARÁN**, los derechos invocados por NAIR ESMERALDA MORENO MURTE, quien obra como agente oficioso de su hijo GABRIEL ESTEBAN PARRA MORENO, al establecerse que a la fecha no se le han vulnerado derechos fundamentales, debido a que las entidades en ningún momento han negado servicios de salud al paciente, tan es así, que en el expediente no obra prueba de ello. Por ende, revisadas las pretensiones las mismas no estarían llamadas a prosperar.

Con relación al tratamiento integral, es necesario precisar, que para acceder a ello, se debe demostrar un riesgo o amenaza inminente, por cuanto de tutelar un tratamiento integral que no ha sido negado aún, se estaría frente a una situación futura e incierta; pues Sura EPS, informó que le han prestado los servicios de salud y los insumos requeridos han sido autorizados y entregados a favor del hijo de la accionante, situación que impide acceder a un tratamiento integral; recordando que este mecanismo esta instituido para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales ante un hecho dañino, siendo desacertada la posibilidad de amparar derechos por circunstancias meramente hipotéticas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: NO TUTELAR, los derechos invocados por NAIR ESMERALDA MORENO MURTE, quien obra como agente oficioso de su hijo GABRIEL ESTEBAN PARRA MORENO, al establecerse que a la fecha no le han vulnerado derechos fundamentales, debido a que las entidades en ningún momento han negado servicios de salud al paciente.

SEGUNDO: NO TUTELAR, la pretensión relacionada con el tratamiento integral

conforme se expuso en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: INFORMAR a la accionante y accionados 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 se remita la actuación original a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

OMAR LEONARDO BELTRAN CASTILLO
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 74 PENAL MUNICIPALCN FUNCION CONTROL GARANTIAS BOGOTA

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:
14faa9fceb0024e06f8d03f7772d265a378e47dca86d6dca5bfb97018b5a42e3
Documento generado en 05/04/2021 07:20:36 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica