

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

Bogotá DC, quince (15) de abril del dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación:	No. 2021-075
Accionante:	Olga Lucia Torres (German Prieto Valbuena)
Accionado:	Famisanar E.P.S.
Decisión:	Concede tutela parcialmente

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por la ciudadana OLGA LUCIA TORRES, quien obra como agente oficioso de su esposo el señor GERMAN PRIETO VALBUENA, en contra de Famisanar EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, salud y seguridad social, consagrados en la Constitución Nacional.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

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

1. Que su esposo GERMAN PRIETO VALBUENA, se encuentra actualmente afiliado al régimen contributivo en salud, con Famisanar EPS. Que se encuentra vigente en razón de un contrato laboral que su esposo tuvo con la empresa Grúas Hercon, quienes le pidieron afiliación como independiente, pero por razón de su enfermedad a la fecha no labora y en cualquier momento puede quedar desafiliado.
2. Agrego que, desde el inicio de la pandemia su esposo empezó a sentir malestares anormales en su cuerpo que le impedían llevar su vida en condiciones normales, sin embargo, posteriormente los médicos descubrieron que presentaba un diagnóstico de cáncer de linfoma muy avanzado, el cual para el mes de enero del año en curso, lo llevo a una hospitalización en la Clínica San Rafael.

3. Que en razón del diagnóstico mencionado, manifiesta que su esposo ha requerido de excesivos servicios médicos, exámenes, laboratorios, medicamentos, entre otros que la EPS FAMISANAR no ha garantizado, que actualmente tiene autorización para quimioterapias que no le han realizado, obstaculizando su tratamiento.
4. Refirió además que en varias oportunidades, le han insistido al médico la necesidad de transporte para que pueda acudir a sus citas médicas, pero se han negado en emitir la orden por estar este servicio por fuera del Plan de Beneficios en Salud. Siendo que es necesario y requiere el servicio, porque sacar a su esposo en taxi o bus es muy difícil ya que donde viven no es pavimentado y siente mucho dolor por unas hemorroides que tiene y le impide moverse. Sin contar con el costo económico de 50 mil pesos que implica el transporte para cada consulta.
5. Que de igual forma sucede con el suplemento alimenticio, ya que en consulta el médico tratante lo recomienda, pero no lo ordena, argumentando que la entidad no se lo permite. Adicionalmente afirma que a pesar de tener las órdenes médicas para quimioterapias y medicamentos la EPS Famisanar, se niega brindar los mismos con miles de excusas.
6. Que no tienen capacidad económica para suplir los servicios médicos con sus recursos económicos, ya que los vecinos le ayudan con la alimentación, donde la progenitora de la accionante le facilitan vivienda, servicios públicos y vestuario. Debido a esa situación su esposo no ha podido asistir a sus controles, ya que no tienen como cubrir los transportes y cuotas moderadoras.
7. Finalmente señala que su esposo siendo afiliado a la EPS ha cumplido con sus obligaciones de cotizar, pero la entidad no le ha prestado los servicios como el suministro de silla y oxígeno para que pueda trasladarse. Para finalizar, manifiesta que los servicios en salud peticionados son requeridos por su esposo, quien no puede valerse por sí solo y depende en un 90% de su ayuda, ya que no puede quedarse solo ni un instante.

PRETENSIONES

Se solicitó inicialmente por parte de la accionante, media provisional para que la entidad promotora de salud Famisanar, autorice medicamentos, insumos, pañales, pañitos húmedos, suplementos alimenticios, suministro de oxígeno,

transportes, exoneración de cuotas moderadoras y copagos. Sin embargo, dicha medida no fue acogida, al carecer de amenaza o riesgo inminente y que no fueron aportadas órdenes expedidas por el médico tratante.

Adicional a lo anterior como pretensiones solicito, se tutele en favor de su esposo GERMAN PRIETO VALBUENA, los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, salud y seguridad social, que en consecuencia de lo anterior se ordene a la EPS Famisanar:

1) Se garantice la afiliación al sistema general de seguridad social en salud, para que se **genere la movilidad del régimen contributivo al subsidiado** conforme a lo dispuesto en el decreto 780 de 2016, garantizando la prestación del servicio para la enfermedad que padece. 2) La **atención integral** frente a todos los tratamientos y procedimientos ordenados por el médico tratante en pro de su recuperación y mejor calidad de vida, como lo es el suministro de transportes, autorización prioritaria de quimioterapia, medicamentos, pañales, pañitos húmedos, guantes, tapabocas y sondas, teniendo cuenta que con cada ida al médico debe ir muy bien protegido, por las preexistencias que padece. 3) se le **exonere del cobro de cuotas moderadoras y copago**, por tratarse de un paciente con cáncer de linfoma y estar dentro de las excepciones de cobro. 4) se autorice el **servicio de transporte especializado**, para que pueda acudir sin inconsistencias a los controles médicos, teniendo en cuenta su condición de salud y condición económica. 5) **Guantes, pañales, crema para la cola y tapabocas**, pues a causa de su enfermedad y hemorroides, solo consume dieta líquida y provoca muchas diarreas por lo que debe bañarlo constantemente y eso se realiza con guantes, asimismo el uso de tapabocas pues por su enfermedad debe cuidarse mucho de no contraer el virus covid -19.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Famisanar EPS

La Directora de Gestión del Riesgo Poblacional y encargada del cumplimiento de los fallos de tutela, de la entidad en mención, peticiono al Despacho declarar la improcedencia de la acción de tutela tenido en cuenta los siguientes aspectos:

Con relación al traslado entre regímenes, el usuario no ha realizado solicitud de movilidad, ya que debe presentar formulario de imposibilidad de continuar cotizando, situación que no ha ocurrido, tampoco tienen la respectiva encuesta y calificación Sisben, que acredite su capacidad económica para acceder al régimen subsidiado. Que dicha obligación en cabeza del usuario se encuentra contemplada en el decreto 780 de 2016, artículo 2.1.6.4. En ese orden de ideas, mal podría en usarse este mecanismo para suplir la inactividad del actor, máxime cuando no se ha solicitado el traslado de régimen ni se cuenta con los

requisitos legales para ello, es decir encuesta o puntaje Sisben en los niveles 1 o 2.

Respecto al suministro de guantes, pañales, crema para la cola y tapabocas, me permito informar que no se encuentra autorizado, por cuanto no existe orden médica emitida por un profesional de la salud que solicite los insumos, con las especificaciones técnicas pretendidas por la accionante. No se evidencia dentro de la base de datos de la entidad, ni en los soportes e historia clínica anexados, de que se haya ordenado de manera reciente alguno de estos servicios por parte de algún médico tratante, razón por la cual, la EPS no puede autorizarlos. Que además de no contar con orden médica, los servicios reclamados se encuentran excluidos del plan de beneficios por ser insumos suntuosos de aseo en virtud de resolución 2481 de 2020 y los no contemplados para ser financiados con el presupuesto máximo establecido en la resolución 205 de 2020 y resolución de 244.

En lo que atañe a la exoneración de copagos y cuotas moderadoras es improcedente, por cuanto la patología padecida por el accionante, no se encuentra contemplada en los listados establecidos en la resolución 39749 de 2009, resolución 248110 de 2020, así como tampoco ostenta el nivel socioeconómico, necesario, para ser beneficiario de tal excepción en virtud del artículo 7° del acuerdo 00026011 de 2004, así como tampoco se ubica en las categorías de afiliación según su nivel de IBC y calificación SISBEN, debido a que ostenta la afiliación al régimen contributivo en categoría A.

Por tanto, la solicitud de exoneración va en contra vía del derecho a la igualdad de los demás usuarios a nivel nacional que también deben cumplir con la cancelación de copagos, cuotas moderadoras, recuperación en virtud del artículo 18712 de la Ley 100, lo cual haría incurrir una indebida destinación de los recursos públicos.

Frente a la petición consistente en acceder a un tratamiento integral, FAMISANAR EPS ha desplegado todas las acciones de gestión de prestación de servicios de salud en favor del usuario, para garantizar su acceso a todos y cada uno de los servicios ordenados por su médico tratante, para el tratamiento de su patología. Sin embargo es necesario que se cumplan requisitos jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional, para la autorización de servicios por parte de la EPS que no estén con cargo a la UPC y determinar los excluidos de la resolución 2481 de 2020 y los no contemplados para ser financiados con el presupuesto máximo establecido en la resolución 205 de 2020, servicios que no podrían ser verificados por su contenido indeterminado y a futuro lo que pondría en grave riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema de Salud y privando de los servicios a otros afiliados al Sistema.

Por los argumentos expuestos, peticiono la improcedencia de la acción, ya que no han vulnerado derechos fundamentales en cabeza del afiliado y por el

contrario le han garantizado los servicios en salud que han sido prescritos por parte de los médicos tratantes. De manera subsidiaria, y en caso que no se acceda a la pretensión principal, se plasme que prestaciones en salud están cobijadas con el fallo así como el diagnóstico y ordenar al Adres el reembolso de los servicios que se peticionen con ocasión del cumplimiento de la tutela.

Hospital Universitario Clínica San Rafael

El representante legal del hospital en mención, informo al Despacho que el paciente registra ultima atención en la clínica el 16 de marzo de 2021, por el servicio de consulta externa de hematología, con diagnóstico reciente de Linfoma B, difuso de célula grande de origen centro germinal estadio IV BX R-IPI- 3 puntos, (LDH estadio IV compromiso extranodal pulmón e hígado) CNS-IPI 3 riesgo intermedio, inicio pre fase con esteroides y primer ciclo de RCHOP refiere hemorroides dolorosas, refiere hemorragia subconjuntiva ojo izquierdo. Resolviendo formular segundo ciclo de quimioterapias RCHOP, se considera tiene riesgo elevado de caída en sistema nervioso central por LDH elevada más compromiso de dos sitios extranodales, se ordena estudio de LCR más quimioterapia intratecal, se plantea profilaxis con dosis altas de metotrexate al completar quimioterapia. Adicional a LBDCG agresivo con biopsia con ki67 elevado doble expresor, se solicita estudios de FISH para cmyc BCL2 y BCL6. Se da orden para control por hematología en tres semanas, se da orden para cita por cirugía general por hemorroides.

Refirió además que la institución prestadora de salud, no tiene competencia normativa para autorizar los servicios que requieren los pacientes, toda vez que es una función exclusiva de la EPS, conforme a lo señalado en el artículo 177 de la ley 100 de 1993, así como la resolución No.5592 del 24 de diciembre de 2015. Que en ese orden de ideas, la Clínica San Rafael, brindara los servicios en salud siempre y cuando forme parte de la red de prestadores de salud de la EPS, por medio de un contrato vigente y con las autorizaciones respectivas dirigidas a la entidad.

Por lo anterior, peticionan declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que los servicios prestados se realizaron de manera satisfactoria no existiendo una negativa por parte de ellos, frente a los servicios peticionados.

TERCERO VINCULADO

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

El apoderado de la oficina de asesoría jurídica informo al Despacho, que el ente al que representa le corresponde la formulación y adopción de políticas, planes generales, programas y proyectos del sector salud, y del sistema general de seguridad social en salud, del mismo modo dictar normas administrativas

técnicas y científicas de obligatorio cumplimiento, siendo que en ningún caso será responsable directo de la prestación del servicio de salud.

Que además, se debe tener en cuenta que en principio las entidades promotoras de salud, están obligadas a suministrar a sus afiliados los servicios contenidos en el listado oficial del plan de beneficios en salud, pero deben tener presente la garantía de velar por el derecho a la vida y salud de sus afiliados, utilizando para ello, los mecanismos legales establecidos para el correcto funcionamiento del sistema general de seguridad social en salud.

Respecto del servicio de transporte señala que el artículo 122 de la resolución 3512 de 2019 dispuso 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.

También preciso que en desarrollo de la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, se han hecho excepciones cuando dicha negativa impide el acceso al servicio de salud, por tanto, dichas circunstancias deberán ser valoradas por el Juez Constitucional.

De otro lado, agregó que los copagos y cuotas moderadoras se crearon con el objeto de racionalizar y contribuir a la financiación del servicio; éste se aplicara únicamente a los beneficiarios y no al cotizante, e indicó que las cuotas moderadoras serán aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los copagos se emplearan única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios. Asimismo, sostuvo sobre el tratamiento integral, que la pretensión es muy genérica, por lo que se hace necesario que el accionante precise cuáles son los medicamentos o procedimientos requeridos, con el fin de que la entidad pueda determinar si se encuentran o no, dentro de los contenidos en el POS, y poder establecer a quien le corresponde la cobertura de los mismos.

Para finalizar, peticionó que en caso de que la acción Constitucional prospere, se ordene a la EPS Famisanar, garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud, brindando al usuario los servicios, incluidos o no en el plan de beneficios en salud, haciendo el respectivo recobro, de manera ordinaria, de tener lugar a ello, ya que la petición carece de legitimidad en la causa por pasiva, con relación a los intereses y responsabilidades de la entidad.

PRUEBAS

1. Con el escrito de tutela, la accionante allegó los siguientes documentos, copia de la historia clínica a nombre del señor GERMAN PRIETO VALBUENA, expedida por la Clínica San Rafael.

2. La EPS Famisanar, no allego soporte que sirvieran de respaldo a su respuesta.

3. A su turno la Clínica San Rafael, allego certificado que acredita la calidad del representante legal.

4. La Administradora de los Recursos del Sistema en General de Salud (ADRES), allego certificado de existencia y representación de la entidad.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 y decreto 1983 de 2017 que estipula reglas para efectuar el reparto, es competente este Despacho para resolver la solicitud de la tutela.

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 examine*

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. Ahora bien, para resolver el caso en concreto es necesario precisar los alcances del derecho a la salud y seguridad social.

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

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 2008 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

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).

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 constitucionales².

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 “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”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

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.

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 acudir 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; (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 revertir 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. Ley 1751 de 2015

Artículo 6º. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud.

d) **Continuidad:** las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas.”

Artículo 11. **Sujetos de especial protección.** La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozaran de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención.

5. 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*”⁴.

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

La Corte 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 (Negritas fuera de texto)

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 paciente⁶.

6. Copagos y cuotas moderadoras.

Frente a los copagos y cuotas moderadoras, el artículo 187 de la ley 100 de 1993 establece que: *“Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad*

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

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.

Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud”.

La anterior disposición fue reglamentada por el Acuerdo 260 de 2004, mediante el cual se crea el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En su artículo 1°, el acuerdo refiere que los copagos son aquellos aportes a cargo de los beneficiarios, destinados a la financiación del sistema, y que corresponden a una parte del valor del servicio; mientras que las cuotas moderadoras, a cargo de los cotizantes y beneficiarios, persiguen regular la utilización de los servicios de salud y estimular su buen uso. La mencionada normatividad establece el pago de cuotas moderadoras y copagos como un deber de los afiliados al Sistema, más no lo dispone como un requisito *sine qua non* para acceder al servicio médico como tal.

En efecto, el artículo 187 de la Ley 100 señala que: *“En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres, a la par que el Acuerdo, en su artículo 5°, fija como uno de los principios que guían el régimen de pagos moderadores, la equidad cuyo alcance se traduce en que dichas erogaciones en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales”.*

De manera que para determinar los casos en que se torna necesario eximir al afiliado del pago de las cuotas moderadoras y de los copagos, La Corte ha precisado dos reglas jurisprudenciales, de origen constitucional, que deben tenerse en cuenta para proteger efectivamente algún derecho fundamental que pueda resultar vulnerado: *“cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de los pagos moderadores, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor⁷ y cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea suministrado, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de pago al afectado, para lo cual podrá exigir garantías adecuadas, sin que la falta de pago pueda convertirse en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio⁸.”*

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho a analizar si la EPS Famisanar vulnera los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, salud y seguridad social del ciudadano GERMAN PRIETO VALBUENA, al no realizar un trámite de

⁷ Sentencia T-743 de 6 de agosto de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸ Sentencia T-330 de 28 de abril de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

movilidad de régimen y dispensar una serie de servicios e insumos, y si estos cuentan con pertinencia o necesidad por indicación del médico tratante.

De conformidad con los postulados y jurisprudencia antes mencionada procede el despacho a estudiar el caso.

EL CASO OBJETO DE ESTUDIO

Para el caso concreto, se estaría frente a la presunta vulneración al derecho a la vida en condiciones dignas, salud y seguridad social del ciudadano GERMAN PRIETO VALBUENA, quien de acuerdo a lo esbozado por el accionante y los documentos allegados, acredita tener 57 años de edad y según historia clínica⁹ del 14 de marzo de 2021, expedida por la Clínica San Rafael, presentar un diagnóstico de *“linfoma no hodgkin mixto, de pequeñas células hendidas y de grandes células folicular”* además de *“hemorroides externas sin complicación”*.

Sea lo primero resolver, con relación a la pretensión dirigida a garantizar la continuidad de la afiliación, ordenando a la EPS una movilidad del régimen contributivo al subsidiado, frente a esta situación, no se allegaron documentos que acreditaran que se adelantó el trámite de movilidad respectivo ante la EPS, por su parte Famisanar, contesto que el accionante, no acredita en que consiste la trasgresión a su derechos fundamentales por esta situación, ya que sobre el particular, se observa que no se ha realizado el trámite correspondiente ante la EPS, es decir no podría predicarse una omisión o negativa, pues no cumple con la carga mínima probatoria. Razón por la cual es **desacertado ordenar un trámite de movilidad de régimen contributivo a subsidiado**, ya que el interesado no ha elevado petición a la EPS en dicho sentido, ni acredita a este Despacho documentalmente haberlo hecho.

Respecto a los otros servicios según el dicho de la accionante, a mediados de marzo del año 2020, su esposo se vio afectado en su salud, siendo que al día de hoy según historia clínica presenta los diagnósticos antes mencionados, por ello debe ir constantemente a citas médicas, además de requerir una serie de insumos para el manejo de su enfermedad. A lo largo del escrito de tutela, la accionante peticiona, para una mejor calidad de vida de su esposo autorización prioritaria de quimioterapias, medicamentos, pañales, pañitos húmedos, guantes, tapabocas, sondas ya que cada vez que deben ir el médico, al ser un paciente sensible por su diagnóstico, debe cuidarse del virus Covid 19 y así evitar empeorar su salud, de ideal forma en la medida provisional se solicito el suministro de oxígeno. Argumento dichos servicios han sido peticionados de forma directa al médico tratante, pero éste, se ha negado a expedir las autorizaciones ya que la entidad se lo tiene prohibido.

Nótese que según la inconformidad de la actora, la EPS Famisanar le impide acceder a los servicios que según ella requiere, pero le han sido negados, pero

⁹ Archivo: anexo 4, folio 4.

que a manera de ejemplo, por la dieta líquida que maneja el afectado presente problemas estomacales frecuentes requiriendo aseo permanente y con relación al servicio de transportes que por los problemas de hemorroides y el camino que no es pavimentado sino calle destapada, siente dolor, además de las carencia de recursos económicos para sufragar el transporte de ida y vuelta.

Por su parte Famisanar EPS, afirmo que se le están garantizando los servicios en salud prescritos por médicos tratantes a GERMAN PRIETO VALBUENA, sin embargo, los servicios requeridos con esta acción, carecen del requisito de la prescripción del médico tratante, aspecto que corroboro este Despacho, ya que no se aportaron ordenes medicas que acrediten la necesidad de los servicios, desde el punto de vista médico científico, revisado todo el acervo probatorio allegado por las partes, observa este Despacho que brillan por su ausencia las respectivas órdenes que expidiera el médico tratante adscrito a la red de Famisanar EPS, en las que prescriba los servicios requeridos con esta acción.

Si bien es cierto a la EPS Famisanar, 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 médico que respalde los servicios y suministros solicitados. No se puede obligar a lo imposible a las entidades promotora de salud, cuando no se ha ordenado el servicio solicitado, ello es indispensable, dado que debe existir la valoración del médico tratante, quien al final, es quien determina el tratamiento a seguir y solicitarlo a la EPS, para que ésta autorice el mismo, situación inexistente en el caso objeto de estudio.

Al respecto es importante señalar lo dispuesto en sentencia T-062 de 2006, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ: *“la atención y el tratamiento a que tiene derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el Servicio Público de la Seguridad Social en Salud”*.

Por lo anterior la pretensión de los servicios solicitados, en lo que atañe al **servicio de transporte, guantes, pañales, crema para cola, tapabocas, suministro de oxígeno y suplemento alimenticio**, no estarían llamados a prosperar, pues no se observa ningún soporte de lo pedido por el actor en esta acción, pues carece del requisito de la prescripción del médico tratante, siendo un aspecto necesario, establecido por la Honorable Corte Constitucional para la procedencia de este mecanismo, pues quien ostenta el conocimiento técnico-científico para determinar la viabilidad o no de los tratamientos es el profesional de la salud.

Ahora bien, considera este Despacho, que no se puede desconocer la posibilidad que efectivamente los usuarios hubiesen puesto a consideración del médico tratante la necesidad de los insumos y servicios peticionados, pero no se allego ningún soporte probatorio que así lo acredite. O que teniendo conocimiento el médico tratante éstos no las emita, dicha situación puede ser posible si se ve bajo la luz del criterio científico, mas no por razones de prohibición o de índole administrativo. Motivo por el cual este Despacho ordenará una valoración interdisciplinaria al señor GERMAN PRIETO VALBUENA, donde el afectado o en caso de este no poder su núcleo familiar más allegado, exponga las razones o la necesidad y a su vez se emita por parte de los galenos un informe servicio a servicio, sobre la pertinencia o no de los servicios requeridos con esta acción.

Lo anterior, tiene su fundamento en pronunciamiento emanado por la Honorable Corte Constitucional, en sentencia T-061 del 2019¹⁰, ya que en un caso parecido ante la falta de prescripción u órdenes del médico tratante, no se puede desconocer la condición actual de salud y ordeno una valoración al usuario, a fin de descartar o corroborar la necesidad de los servicios.

Con relación al **tratamiento integral**, deprecado, observa este estrado que Famisanar EPS, ha garantizado la prestación del servicio de salud; en la medida que conforme a la historia clínica allegada por parte de la Clínica San Rafael, se ha garantizado la prestación del servicio, siendo que para lo peticionado es necesario demostrar un riesgo o amenaza inminente, por cuanto de tutelar un tratamiento que no ha sido negado aún, se estaría frente a una situación futura e incierta, 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.

Según el artículo 187 de la ley 100 de 1993, se establece que los afiliados estarán sujetos a pagos compartidos, siendo que para el caso objeto de estudio, el actor figura afiliado al régimen contributivo, situación que, en principio permite inferir que se cuenta con un ingreso y le asiste la obligación de pagar los copagos y cuotas moderadoras que se generen, con ocasión a los servicios de salud prestados. Teniendo en cuenta que la excepción para sufragar los costos derivados de los servicios de salud se aplica a las personas más pobres, según los pronunciamientos de la Corte Constitucional, es decir aquellas que no cuentan con ningún ingreso económico. También de los elementos de prueba allegados, se observa, un copago por valor de \$3.500 pesos¹¹, considera este Juzgado, que falto mas desarrollo a este punto ya que no se acredito la carencia de recursos económicos para asumir estos rubros que corresponden a todas las personas que se encuentren inscritas al sistema general de seguridad social en salud. Razones por las cual **no es procedente**

¹⁰ Corte Constitucional T-061 del 2019, MP. Alejandro Linares Cantillo.

¹¹ Anexo 4, folio 5 y 6.

solicitar la exoneración del copago o cuota moderadora y no se podría enrostrar una falta u omisión a la entidad promotora de salud, por cumplir con su deber legal y exigir el copago o cuotas moderadoras.

Consecuente con lo manifestado se **TUTELARÁ** el derecho fundamental a la salud, en su faceta diagnóstica a favor de GERMAN PRIETO VALBUENA, por las razones antes expuestas Famisanar EPS, a través de su representante legal, gerente, director o quien haga sus veces, deberá en un término no superior a 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, programar una **VALORACIÓN DIAGNOSTICA** en un término no superior a 15 días hábiles, en la que participe su médico tratante y determine con precisión (orden) los medicamentos, insumos o servicios que requiere para el tratamiento de sus diagnósticos “linfoma no hodgkin mixto, de pequeñas células hendidas y de grandes células folicular” además de “hemorroides externas sin complicación”. Una vez el médico tratante emita las correspondientes órdenes o servicios, conforme a la valoración, deberán ser solicitados en principio a la EPS o posteriormente de mediar una negativa injustificada o dilación en la respuesta, acudir nuevamente a este mecanismo.

No se accederá a las pretensiones elevadas por la accionante, de acuerdo a los argumentos esbozados. Así mismo, se desvinculará a la Clínica San Rafael y la Administradora de los Recursos del Sistema en General de Salud (ADRES), al establecerse que no han vulnerado derechos fundamentales del agenciado.

De acuerdo con lo expuesto el **JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ**, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud, en su faceta diagnóstica a favor de GERMAN PRIETO VALBUENA, por las razones antes expuestas Famisanar EPS, a través de su representante legal, gerente, director o quien haga sus veces, debe en un término no superior a 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, programar una **VALORACIÓN DIAGNOSTICA** en un término no superior a 15 días hábiles, en la que participe su médico tratante y determine con precisión (orden) los medicamentos, insumos o servicios que requiere para el tratamiento de sus diagnósticos “linfoma no hodgkin mixto, de pequeñas células hendidas y de grandes células folicular” además de “hemorroides externas sin complicación”. Una vez el médico tratante emita las correspondientes órdenes o servicios, conforme a la valoración, deberán ser solicitados en principio a la EPS o posteriormente de mediar una negativa injustificada o dilación en la respuesta, acudir nuevamente a este mecanismo.

Tutela No. 2021-075
Accionante: Olga Lucia Torres (German Prieto Valbuena)
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela parcialmente

SEGUNDO: NO ACCEDER, a las pretensiones elevadas por la accionante, con relación a la movilidad entre régimen, insumos, servicio de transporte, suministro de oxígeno y exoneración de copagos o cuotas moderadoras y Tratamiento Integral conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: DESVINCULAR, al Hospital Universitario Clínica San Rafael y a la Administradora de los Recursos del Sistema en General de Salud (ADRES), ya que no han vulnerando derechos fundamentales de agenciado.

CUARTO: Del cumplimiento de este fallo Famisanar EPS, debe comunicar por escrito oportunamente a este Despacho.

QUINTO: INFORMAR a la accionante y accionados, que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

SEXTO: ORDENAR que, de no ser recurrida 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 MUNICIPAL CN 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:

823dfe765af42b5af1e8255d36c106540dd1b0574c2e9bb71b87096175ffcb36
Documento generado en 15/04/2021 03:38:24 PM

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