



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE
DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
j39pccmbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., ocho (8) de julio de dos mil veinte (2020)

Ref. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-89-039-2020-00058-00.

ACCIONANTE: VERONICA PACHECO CISNEROS quien actúa como agente oficioso de su menor **MARIANGEL CAROLINA BRITO PACHECO.**

ACCIONADA: CAPITAL SALUD EPS-S.

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez rituado en legal forma el trámite correspondiente.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Se expone como fundamento de la tutela que, su menor agenciada cuenta con diagnóstico de “déficit cognitivo, trastorno en la migración cerebral y epilepsia refractaria de difícil control” motivo por el cual ha sido tratada por diferentes galenos concluyendo que requiere el cambio del “neuroestimulador”, debido a que el actual se encuentra sin batería.

Manifestó que, le realizaron exámenes (evaluaciones) entre los meses de diciembre del 2019 a febrero del presente año, asimismo señala solicitar autorización ante la EPS accionada bajo el radicado No. 0212204848727, empero no ha recibido respuesta.

Agrega que, a la menor se le han incrementado las crisis convulsivas (atonías de cabeza o caídas, mioclonías, tónica axiales, tónicas en sueño) razón por la que ha sido ingresada por urgencias en el Hospital Simón Bolívar en diferentes ocasiones, arrojándose el mismo diagnóstico, realizar el cambio del generador que se requiere con prontitud para evitar el descontrol de las crisis convulsivas que conllevaría a peligrar la vida de la paciente.

Finaliza enfatizado que el pasado 9 de junio instauró queja en la Superintendencia Nacional de Salud con radicado No. 1-2020-295620, sin obtener respuesta, de manera que, habiendo agotado todos los recursos, procedió a la presente acción en razón a la incertidumbre que al acongoja por el estado de salud de su menor.

2. La Petición

Con fundamento en lo anterior solicitó se amparen sus derechos fundamentales a la vida digna en conexidad con salud y, en consecuencia, se ordene a la EPS accionada CAPITAL SALUD, autorizar el procedimiento implantación de estimulador de nervio vago, cambio de generador por agotamiento de batería – modelo del generador Aspire 106, para luego dar cumplimiento a dicha autorización en la IPS Hospital San José Centro y, autorizar el tratamiento integral y, las consultas de programación en la liga contra la epilepsia durante 1 año cada mes para realizar la programación del estimulador de nervio vago.

3.- Trámite Procesal

Una vez admitida la presente acción, se ordenó la notificación a la entidad accionada y a las vinculadas, a efectos de que ejercieran el derecho a la defensa sobre los hechos alegados, la primera **CAPITAL SALUD EPS S.A.S**, expuso que fue autorizado el acceso a los servicios de salud, sin embargo, aseguró que la oportunidad o agendamiento es potestad exclusiva de la institución prestadora de servicio de salud, de acuerdo con su disponibilidad de agenda y la oportunidad establecida en la norma; asimismo indicó que la Sociedad de Cirugía Hospital San José debe ser integrada al presente asunto.

Señaló que se encuentra realizando los trámites administrativos con la IPS autorizada, con la finalidad de obtener asignación prioritaria del procedimiento pendiente de la afiliada, concluyó mencionando la improcedencia del tratamiento integral

A su turno, la **SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ -HOSPITAL SAN JOSÉ**, afirmó que en efecto la menor se encuentra afiliada a Capital Salud EPS-S., por lo que de acuerdo con la normatividad vigente son las empresas aseguradoras del servicio de salud, las responsables de brindar de forma oportuna, con calidad y seguridad, a través de su red de prestación de servicios.

Frente a la menor, mencionó que ha sido valorada por la especialidad de neurocirugía, atenciones en las cuales le fueron entregados los signos de alarma correspondientes, así como las ordenes respectivas para el tratamiento de su patología, siendo su última atención el 10 de febrero del presente año, quedando consignado en su historia clínica de la siguiente manera:

“Análisis: PACIENTE CON EPILEPSIA REFRACTARIA TRATADA Q QUIEN REQUIERE CAMBIO DE ESTIMULADOR DE NERVIO VAGO, SE SOLICITA AUTORIZACION PARA PROCEDIMIENTO QUIRURGICO. INFORMACION DE LOS DIAGNOSTICOS PLAN DE MANEJO Plan de manejo: -Signos de alarma y recomendaciones generales:-INFORMACION DE LAS ORDENES INFORMACION COMPLEMENTARIA Finalidad de la consulta: NO APLICA T.A: --F.C : -F.R: -T : - Peso (kg) : --Talla (mts): -I.M.C:-COD DX NOMBRE DX TIPO DX CATEGORIA DX DESC AMPLIADA AMPLIACIÓN DX POR ESP G402 EPILEPSIA Y SINDROMES EPILEPTICOS SINTOMATICOS RELACIONADOS CON LOCALIZACIONES (FOCALES) (PARCIALES) Y CON ATAQUES PARCIALES COM”.

Finalizó enfatizando que, en todo momento ha cumplido con sus obligaciones legales y contractuales en la atención dada al accionante, suministrándole servicios de alta calidad, proporcionándole las incapacidades medicas del caso, recomendaciones, entre otras, no obstante, señaló que los familiares de la menor no se han acercado a radicar la documentación como valoración por anestesia, paraclínicos para el procedimiento requerido.

La **SUPERINTENDENCIA DE SALUD**, realizó un recuento normativo respecto de la protección por tratarse de un menor de edad, el derecho a la salud mental, la especial protección hacia las personas discapacitadas, de la prevalencia del medico tratante, al igual que de la atención médica y la prohibición de imponer trabas administrativas, luego solicito su desvinculación de toda responsabilidad, por razón que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a su conducta.

Finalmente, la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.**, describió los derechos presuntamente vulnerados, las funciones de las entidades promotoras de salud EPS y, propuso la falta de legitimación por pasiva, toda vez que no es responsable del agravio a que alude la parte accionante, solicitando su desvinculación.

Finalmente, la **FUNDACIÓN LIGA CENTRAL CONTRA LA EPILEPSIA MIEMBRO DE LA I.L.A.E I.B.E.**, no emitió pronunciamiento alguno al respecto, pese a encontrarse enterada del curso de la acción constitucional de la referencia.

II. CONSIDERACIONES

De la Acción de Tutela

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, 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, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo 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.

La acción de tutela en consecuencia es viable, cuando quiera que un derecho fundamental constitucional se encuentre bajo amenaza o vulneración, situación que deberá ser demostrada o probada, por quien reclama su protección.

Problema Jurídico

En el caso objeto de análisis el problema jurídico consiste en determinar si se han vulnerado o no, los derechos fundamentales a la vida y salud de la menor MARIANGEL CAROLINA BRITO PACHECO por parte de CAPITAL SALUD EPS-S., al no realizar el procedimiento ordenado por su médico tratante, el cual requiere con ocasión al cuadro clínico que le aqueja.

Del Derecho a la Salud

Frente al tema, la Ley 1751 del 16 de febrero de 2015 (Ley Estatutaria de Salud) en su art. 2° establece el derecho a la salud como fundamental y el art.10° señala que las personas tienen derecho a acceder a los servicios de salud que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad.

Sobre la naturaleza del derecho a la salud, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-081 de 2016 señaló:

“Por medio de la Sentencia T-760 de 2008, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo “en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.” El legislador reconoció a la salud como derecho fundamental mediante la Ley 1751 de 2015, en cuyo Artículo 2° se especifica que es un derecho autónomo e irrenunciable y debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad (...)

Derecho a la salud de los menores de edad.

En primer lugar, ha de advertirse que de los documentos allegados al paginario, se evidencia que el paciente es un menor de edad, situación que le proporciona especial protección por parte del Estado.

Así lo ha indicado el Artículo 10º de la ley 1571 de 2015, cuyo tenor señala:

“La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctima de la violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad gozarán de especial protección (...)”

Respecto al derecho a la salud de los niños, la H. Corte Constitucional, con ponencia de Dr. Mauricio González Cuervo, indicó el derecho a la salud de los niños como fundamental, autónomo y prevalente, en reiteración jurisprudencial precisó:

*“(...) El artículo 44 de la Carta consagra los derechos fundamentales de los niños, entre ellos la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social y el derecho a recibir cuidado y amor. Dispone que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. También señala que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. En el mencionado artículo se dispone también que **la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Igualmente señala que “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.***

Así mismo señaló que en la Convención Americana sobre derechos humanos en su artículo 19 estableció: **“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.**

En estricto sentido, el Código de Infancia y la Adolescencia en *“(...) su artículo 8º, señala también lo que se entiende por “interés superior del niño, niña y adolescente” y en el 9º la “prevalencia de los derechos del niño, niña y adolescente”. A su vez el artículo 27 desarrolla “el derecho a la salud”, haciendo un análisis especial sobre la salud integral; en el 36 se habla sobre “los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad” y finalmente en el 46 se precisan las “obligaciones especiales del sistema de Seguridad Social en Salud” para los niños, niñas y adolescentes con anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad.”*

Así las cosas, la jurisprudencia ha reiterado que **“(...) los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son de naturaleza fundamental y autónoma y tienen un carácter prevalente por expresa disposición del artículo 44 superior, lo que quiere decir que tratándose de menores no es necesario demostrar su conexidad con otro derecho fundamental. Igualmente requieren de protección inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional cuando se encuentren amenazados o vulnerados.** Seguidamente expuso la Corporación que: *“Tan clara es la voluntad del Constituyente de proteger de manera especial al niño, que sus derechos a su salud y a la seguridad social fueron reconocidos como fundamentales, tratamiento que no recibieron estos mismos derechos frente a las demás personas, pues con respecto a éstas su protección por la vía de la tutela sólo*

es posible en la medida en que su desconocimiento pueda afectar por conexidad un derecho fundamental o un principio o valor constitucional. (...) La jurisprudencia también ha señalado que los servicios de salud que requieran los niños, son justiciables, incluso en asuntos en los que se trate de servicios que se encuentren por fuera de los planes obligatorios de salud (POS y POS-S).”¹

Tratamiento Integral

En lo que al tratamiento respecta, La Corte Constitucional ha manifestado que: “...la atención y el tratamiento a que tienen 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 paciente² 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”³

En estricto sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-178 del 2017, “(...) ha estudiado el tema bajo dos perspectivas, la **primera**, relativa al concepto mismo de salud y sus dimensiones y, la **segunda**, a la totalidad de las prestaciones pretendidas o requeridas para el tratamiento y mejoría de las condiciones de salud y de la calidad de vida de las personas afectadas por diversas dolencias o enfermedades.

(...)

Así las cosas, esta segunda perspectiva del **principio de integralidad** constituye una obligación para el Estado y para las entidades encargadas de brindar el servicio de salud pues les obliga a prestarlo de manera eficiente, **lo cual incluye la autorización total de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, terapias, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera y que sean considerados como necesarios por su médico tratante**”.

Negrilla y subrayado fuera de texto.

Luego, es posible solicitar por medio de la acción de tutela el tratamiento integral, debido a que con ello se pretende garantizar la atención en conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes, que han sido previamente determinadas por su médico tratante. Cuando la atención integral es solicitada mediante una acción de tutela el juez constitucional debe tener en cuenta que esta procede en la medida en que concurren los siguientes supuestos: “(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.”

¹ Sentencia T-170 de 2010

² En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T-136 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³ Sentencia T-1059 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Ver también: Sentencia T-062 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Otras sentencias: T-730 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-536 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-421 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla)

Con todo, se torna preciso aclarar que dicho Tribunal ha identificado una serie de casos en los que se hace necesario otorgar una atención integral al paciente, independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren dentro de la cobertura del PBS-, cuales son aquellos en los que están involucrados sujetos de especial protección constitucional, vale decir, los que guardan relación con, entre otros, menores de edad, adultos mayores, desplazados, personas con discapacidad física, o que padezcan de enfermedades catastróficas.

Finalmente, debe destacarse que la protección deprecada ha ampliado su cobertura, en tanto que en la actualidad también se ha reconocido la existencia de otros casos excepcionales en los cuales cuando las personas exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones límites que los agobian.

Caso Concreto

Descendiendo al sub examine y analizadas las pruebas allegadas al plenario, observa el Despacho que la accionante pretende la protección de los derechos fundamentales a la vida y salud de su menor hija Mariangel Carolina Brito Pacheco, para lo cual afirma que presenta diagnóstico de “déficit cognitivo, trastorno en la migración cerebral y epilepsia refractaria de difícil control” concluyendo que requiere el cambio del “neuroestimulador”, conforme consta en la Historia Clínica adjunta y confirmado por la vinculada Sociedad de Cirugía de Bogotá - Hospital San José, entidad que le ha prestado atención médica; razón por la cual su médico tratante le prescribió “(...)PACIENTE CON EPILEPSIA REFRACTARIA TRATADA Q QUIEN (sic) REQUIERE CAMBIO DE ESTIMULADOR DE NERVIO VAGO, SE SOLICITA AUTORIZACION (sic) PARA PROCEDIMIENTO QUIRURGICO (sic) (...)”; no obstante, el mismo no ha sido efectuado pese a que la EPS accionada lo autorizó para que el procedimiento sea realizado la IPS adscrita.

Al respecto, la accionada Capital Salud EPS-S manifestó que el procedimiento solicitado a través de la presente acción se encuentra debidamente autorizado; sin embargo, el cumplimiento cabal y oportuno no atañe exclusivamente a la entidad, sino que también a las IPS a donde se encuentra direccionado el servicio autorizado, por lo que la disponibilidad de agenda, distribución de fechas de citas de atención a los pacientes trasciende la esfera de control de la EPS.

En claro lo anterior, se evidencia que el procedimiento denominado: “IMPLANTACIÓN DE NEUROESTIMULADOR DEL NERVIO VAGO” ha sido autorizado por la EPS accionada desde el pasado 12 de febrero; no obstante, pese a su autorización no se encuentra acreditado que la entidad garantizara tal intervención de manera efectiva, por lo que no basta con autorizar el mismo, iterase, cuando no está siendo efectivamente tratado al paciente, ello significa una flagrante quebrantamiento de los principios con los que debe actuar toda entidad prestadora del servicio de salud, dado que su omisión puede agravar la condición de salud al no permitir la continuidad del tratamiento que requiere, máxime cuando se trata de un menor de edad que por su sola condición debe recibir un servicio oportuno e integral.

Ahora, frente al argumento de ser responsabilidad de la IPS realizar el procedimiento quirúrgico antes referido debe destacarse que es obligación de las EPS contratar una red prestadora suficiente y con capacidad para atender las necesidades de sus afiliados y garantizar que el servicio que estas prestan sea en óptimas condiciones a fin de que los usuarios no se vean afectados en la

continuidad de los tratamientos, sin que sea, en el caso en particular, el paciente el que tenga que soportar y sobrellevar el hecho que Sociedad de Cirugía de Bogotá - Hospital San José la cual le presta los servicios de salud a la paciente para realizar tal procedimiento, no lo haya efectuado.

De manera que la omisión de la Sociedad de Cirugía de Bogotá - Hospital San José consistente en no haber efectuado el procedimiento prescrito a la paciente, desemboca directamente en cabeza de la EPS accionada, pues el Sistema de Seguridad Social le impone la obligación a esta, de la efectiva prestación del servicio de salud y por ende, no puede desconocer ello y trasladar la carga a la IPS, y es que la EPS como quedó ya definido, tiene la libertad de contratar las entidades prestadores de servicios para garantizar a los usuarios la debida atención médica.

Finalmente, en lo que respecta al tratamiento integral, evidencia el Despacho que la paciente de quien se predica la vulneración de los derechos fundamentales invocados hace parte del grupo de sujetos de especial protección como se indicó anteriormente, por tratarse de un menor de edad, ello permite al Juez constitucional garantizarle de forma integral la atención médica que requiera.

Frente al tópico la H. Corte Constitucional ha indicado: *“El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. **Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento.***

(...)

En ese orden es posible concluir que la atención médica que deben prestar las EPS debe ser en todos los casos integral y completa, incluso en aquellos eventos en los que el médico tratante no haga una prescripción específica o no sugiera que se lleve a cabo un determinado tratamiento cuando éste parece vital.”⁴

En consecuencia, en aras de amparar el derecho fundamental a la salud de la menor MARIANGEL CAROLINA BRITO PACHECO, se ordenará al representante legal de la Capital Salud EPS-S o quien haga sus veces, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo han hecho, sin importar los trámites administrativos que tengan que adelantar, los cuales no pueden afectar bajo ninguna circunstancia al paciente, realice el procedimiento denominado: “IMPLANTACIÓN DE NEUROESTIMULADOR DEL NERVIOS VAGO”, en la forma ordenada por su médico tratante y, en una IPS de su red prestadora de servicios o en otra ajena.

De otro lado, teniendo en cuenta el diagnóstico de la menor denominado “G402 EPILEPSIA Y SINDROMES EPILEPTICOS SINTOMATICOS RELACIONADOS CON LOCALIZACIONES...” sumado a ser sujeto de especial protección constitucional deberá ser concedido su tratamiento integral, en aras de restablecer su salud y mejorar sus condiciones de vida.

4 Sentencia T-212/11

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional solicitado por la señora **VERONICA PACHECO CISNEROS** quien actúa como agente oficioso de su menor **MARIANGEL CAROLINA BRITO PACHECO**, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de **CAPITAL SALUD EPS-S** o quien haga sus veces, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo han hecho, sin importar los trámites administrativos que tengan que adelantar, los cuales no pueden afectar bajo ninguna circunstancia al paciente, realice a la menor **MARIANGEL CAROLINA BRITO PACHECO** el procedimiento denominado: "IMPLANTACIÓN DE NEUROESTIMULADOR DEL NERVIIO VAGO", en la forma ordenada por su médico tratante, en una IPS de su red prestadora de servicios o en otra ajena.

TERCERO: ORDENAR a **CAPITAL SALUD EPS-S.**, que brinde el **TRATAMIENTO INTEGRAL** que requiera la paciente **MARIANGEL CAROLINA BRITO PACHECO**, en razón a su condición de especial protección constitucional y, de la enfermedad que le aqueja, que son aquí objeto de solicitud de amparo, y que le sean prescritos por los médicos tratantes adscritos a la EPS accionada, a efectos del restablecimiento de su salud y mejorar sus condiciones de vida.

CUARTO: Notifíquese la presente decisión a los extremos de la acción en forma personal o por el medio más idóneo y expedito posible.

QUINTO: Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISION. Oficiése. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

**CRISTHIAN CAMILO MONTOYA CARDENAS
JUEZ**

AFMM

Firmado Por:

**CRISTHIAN CAMILO MONTOYA CARDENAS
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 39 COMPETENCIA MÚLTIPLEBOGOTÁ**

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: 16949b46a69fc71546d87d680ba22aa9a4ea1b6098f60c35e308ff005703fbb
Documento generado en 08/07/2020 04:23:13 PM