



**JUZGADO ONCE PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE
BUCARAMANGA
– En tutela –**

Bucaramanga, septiembre siete (07) de dos mil veinte (2020)

1.- ASUNTO

Se resuelve la impugnación interpuesta por la doctora Myriam Rocío León Amaya – Apoderada Especial de NUEVA EPS S.A.-, contra la decisión de tutela adoptada el pasado veinticuatro (24) de julio de 2020 por la Juez Dieciséis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga –en tutela-, mediante la cual tuteló los derechos fundamentales del menor de edad EDWIN DAVID CARVAJAL HERNÁNDEZ.

2.- ACCIÓN

2.1. La señora Ana Bibiana Hernández puso de presente que su hijo ingresó a urgencias el pasado veintiuno (21) de diciembre de 2019, en donde le realizaron un procedimiento quirúrgico denominado *kasai* ante falencias en el funcionamiento de su hígado y, posterior a ello, los médicos tratantes le ordenaron seguir con dieta especial.

2.2. A pesar de haber interpuesto una acción de tutela en pretérita oportunidad para lograr la entrega del suplemento *Monogen lata por 400G*, la Empresa Promotora de Salud NUEVA EPS –en donde se encuentra afiliado- ahora se niega a suministrar el alimento nutricional que fue prescrito el pasado 03 de julio de 2020 por el gastroenterólogo, resultando incomprensible que a la fecha su hijo de escasos 4 meses de edad no reciba el tratamiento médico ordenado.

2.3. En tales términos, deprecó el amparo de las garantías fundamentales a la salud y a la vida a través de la acción de tutela interpuesta, con el propósito que se le ordene NUEVA EPS y a la farmacia ETICOS, garantizar la entrega del alimento referido.

3.- ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Dieciséis Penal Municipal de Bucaramanga con Funciones de Control de Garantías –en tutela- admitió la acción constitucional y corrió traslado del líbello tutelar a los accionados y demás vinculados, incorporándose los siguientes informes:

3.1. Julio Eduardo Rodríguez Alvarado –en representación de la Oficina Asesora Jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES)- alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva teniendo en cuenta que a las

Empresas Promotoras de Salud les asiste el deber exclusivo de garantizar la prestación de los servicios que demanden sus usuarios.

De otra parte, indicó que cualquier pretensión relacionada con el reembolso constituye una solicitud antijurídica, puesto que pretende que el Juez Constitucional desborde sus competencias y ordene facultades de recobro, por medio de las cuales las EPS omiten el trámite administrativo correspondiente.

3.2. Myriam Rocío León Amaya –Apoderada Especial de la NUEVA EPS S.A.- señaló que el menor de edad figura activo en el Subsistema de Salud como beneficiario en el Régimen Contributivo.

Destacó que el suplemento pretendido por la agente oficiosa, se encuentra excluido del Plan de Beneficios en Salud y, por tanto, requiere de una autorización especial que el galeno tratante gestiona con el Ministerio de Salud a través de la plataforma MIPRESS, aclarando que a la fecha no existe orden médica pendiente por tramitar.

Así pues, solicitó declarar improcedente la acción de tutela en cuanto a NUEVA EPS al no encontrarse acreditada la vulneración de derechos fundamentales referidos por la madre del accionante, en la medida en que el alimento *MONOGEN LATA POR 400G* ya fue entregado y el presente asunto constituye un hecho superado.

4.- SENTENCIA IMPUGNADA

La Juez Dieciséis Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga amparó los derechos fundamentales del niño EDWING DAVID CARVAJAL HERNÁNDEZ y, en consecuencia, le ordenó al Representante Legal de NUEVA EPS que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del respectivo proveído, autorizara y realizara la entrega del medicamento "*Ácido Ursodesoxicólico 300 mg (tableta) cantidad 30*" y el soporte nutricional denominado "*Estrés Metabólico altas en péptidos y antioxidantes y modificadas en hidratos de carbono y lípidos Monogen Polvo 400 gramos Lata, cantidad 27 latas para tres meses*", concediéndole a la par atención integral en salud respecto al diagnóstico *CIRROSIS BILIAR NO ESPECIFICADA, ATRESI DE LOS CONDUCTOS BILIARES Y ENFERMEDAD TÓXICA DEL HÍGADO*.

5.- IMPUGNACIÓN

Myriam Rocío León Amaya –Apoderada Especial de NUEVA EPS- indicó que la orden tendiente a que se le garantice atención integral en salud al actor se ofrece infundada, en la medida en que bajo ninguna circunstancia se le ha negado a EDWING DAVID CARVAJAL la prestación de los servicios en salud que demandan sus diagnósticos, evidenciándose que en el sistema no obra ninguna orden médica pendiente por materializar.

Aunado a éste ítem, manifestó que los jueces no pueden amparar derechos futuros y declarar la prestación de servicios inciertos e indeterminados sobre diagnósticos que no han sido valorados por los galenos tratantes, recordando que en todas las ocasiones debe mediar una orden médica que certifique la pertinencia y necesidad de cierto servicio. En su defecto, solicitó facultar expresamente a NUEVA EPS para ejercer el recobro ante la Administradora ADRES por sobre todos aquellos gastos en los que se incurra para satisfacer la orden constitucional.

6.- CONSIDERACIONES

6.1. La Carta Política reguló en su articulado la acción de tutela como un mecanismo expedito para que toda persona natural tenga la facultad de reclamar ante los jueces constitucionales la salvaguarda inmediata de sus derechos fundamentales, en los eventos en que la acción u omisión de cualquier autoridad o incluso de los particulares, vulnera o amenaza tales garantías constitucionales; no obstante, bajo un prolijo recuento jurisprudencial ha determinado –asimismo- que dicho medio *solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

6.1.1. Lo anterior permite entrever que la procedibilidad de la acción de tutela se torna excepcional a los casos en que se encuentre acreditado el cumplimiento de una serie de presupuestos que a *grosso modo* resultan ser (i) la legitimación en la causa, ligado a la relevancia constitucional, en cuanto sea una cuestión que plantea una discusión de orden constitucional al evidenciarse una afectación directa de un derecho fundamental –que para el caso no se discute- (ii) la subsidiariedad y (iii) la inmediatez.

6.2. Ahora, este Despacho judicial goza de competencia para pronunciarse sobre la impugnación formulada contra la decisión de primer grado, a raíz de la calidad de superior funcional que tiene frente a la Juez Dieciséis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga.

6.3. En primera medida, advierte el Despacho que la señora Ana Bibiana Hernández Bonilla se encuentra legitimada para interponer el presente trámite constitucional en nombre y representación de su menor hijo EDWIN DAVID CARVAJAL HERNÁNDEZ, quien figura directamente afectado en sus derechos fundamentales por cuenta de las actuaciones aparentemente promovidas por la NUEVA EPS. De otra parte, se tiene que, en efecto, el actor, presenta una afiliación activa al régimen contributivo en la Empresa Promotora de Salud NUEVA EPS; de modo que, le asistiría responsabilidad en caso de demostrarse la negligencia denunciada, de acuerdo al marco de sus competencias.

6.4. La impugnación interpuesta insiste en que la orden encaminada a concederle atención integral en salud al niño EDWIN DAVID CARVAJAL HERNÁNDEZ no tiene ningún

fundamento válido, habida cuenta que desatiende la prestación efectiva de los servicios en salud que hasta el momento ha procurado NUEVA EPS. En suma, destacó que lo anterior constituye el amparo de servicios futuros e indeterminados que no están soportados en valoraciones médicas, en donde se establece la necesidad y pertinencia de los mismos.

6.5. En orden a abordar el problema jurídico propuesto por la empresa NUEVA EPS, resulta apropiado señalar que la Corte Constitucional en Sentencia T – 239 de 2015 se pronunció frente al tratamiento integral que deben brindar las Promotoras como garantía efectiva del derecho a la salud de los pacientes. En cita:

*“Este Tribunal Constitucional ha expuesto que la atención de los usuarios del sistema de seguridad social en salud debe ser integral, esto es, completa, pues de otra manera no sólo se afecta el derecho a la salud, sino que la inobservancia del mismo invade la órbita de protección de otros derechos como la vida en especial la vida digna, entre otros. **La prestación del servicio de salud debe efectuarse con el propósito de brindar una respuesta efectiva a las necesidades del usuario.** Esto es, con la totalidad de tratamientos, medicamentos y procedimientos disponibles basados en criterios de razonabilidad, oportunidad y eficiencia. El cumplimiento de estos presupuestos es obligación del Estado y de las entidades prestadoras del servicio de la salud.”*

6.5.1. Expuesto lo anterior, se advierte que el impugnante atiende el llamado del presente mecanismo constitucional argumentando que la concesión del tratamiento integral presume una conducta omisiva de parte de la Promotora, además de que la prestación de los servicios en salud debe estar soportada en órdenes médicas emitidas por un profesional de la salud adscrito a la red de NUEVA EPS, quien tiene los conocimientos necesarios para determinar la idoneidad del tratamiento a seguir.

6.6. En esos términos, cabe advertir de antemano que, bajo el principio de legalidad y el criterio de *lex artix*, le asiste razón a la recurrente en el entendido en que el médico tratante es el profesional idóneo para prescribir los servicios que en cada asunto en particular sean necesarios para restablecer la salud del paciente y, sobre esa base, es que proceden las EPS a autorizar y brindar el servicio formulado. Así las cosas, *para que un afiliado pueda acceder al servicio de salud en comento, simplemente bastaría que la experticia y los conocimientos técnicos y científicos de un profesional de la salud que haya conocido y estudiado de primera mano las condiciones del usuario, determine con “el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología”¹ la necesidad de la tecnología en salud pretendida, que buscaría asegurar un estado de salud aceptable a la persona, ya que sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso,* pues el juez

¹ Sentencia T-274 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto



constitucional *"no puede arrogarse estas facultades para el ejercicio de funciones que le resultan por completo ajenas en su calidad de autoridad judicial"*². (Negrilla fuera de texto).

6.6.1. Sin embargo, de forma excepcional es dable conceder el amparo a través de este medio cuando el diagnóstico implica una necesidad notoria en pro de los derechos fundamentales del aquejado y, en ese sentido, se precisa que si bien *por regla general, las entidades prestadoras de salud solo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional adscrito a su red de prestadores de servicios médicos, en circunstancias excepcionales, ante la inexistencia de una orden o cualquier otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, surge diáfana la intervención del juez constitucional con miras a impartir un mandato en uno u otro sentido.*

Dentro de esa gama de posibilidades, se encuentran los pacientes cuyas patologías conllevan síntomas, efectos y tratamientos que configuran hechos notorios; tal es el caso de quienes han sido diagnosticados con pérdida del control de sus esfínteres. Las reglas de la experiencia han demostrado que, generalmente, estos se ven expuestos a cuadros de incontinencia urinaria o fecal. Ante esa eventualidad, la solución suele ser paliativa y se circunscribe al uso de pañales desechables, con el fin de tornar menos gravosa una perturbación funcional, difícilmente reversible. En uno de esos casos, este Tribunal Constitucional ha señalado que 'si bien los pañales no fueron ordenados por el médico tratante, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que la necesidad de los mismos para quien padece incontinencia, 'es un hecho notorio' que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro³.

6.6.2. Expuesto lo anterior, advierte el Despacho que los argumentos expuestos por NUEVA EPS no son suficientes para acometer contra la orden de tratamiento integral que fue

² Ibídem. En el mismo sentido esta Corte lo ha expresado de la siguiente manera: *"en el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente."* Criterio expresado en la Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la cual reiteró la posición desarrollada, entre otras, en las siguientes sentencias: T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-819 de 1999, Álvaro Tafur Galvis, T-414 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. // Así pues, *"Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos. Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico."* Sentencia T-345 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa

³ Corte Constitucional. Sentencia T-790 de 2012.

ordenada por la juzgadora de primer nivel, atendiendo a que –tal y como se anota en párrafos precedentes- la mentada determinación corresponde a una garantía real de los servicios de salud que debería recibir en este caso el paciente como consecuencia del diagnóstico que presenta, representados en medicamentos, tratamientos y/o procedimientos –entre otros servicios- a los cuales tiene el derecho de acceder sin ningún tipo de dilación y/o impedimento administrativo, aunque siempre bajo el condicionamiento de que sean prescritos por el médico tratante.

6.6.3. Lo anterior en la medida en que la Juez constitucional no ha ordenado cosa distinta a una garantía real de las prestación de los servicios en salud que eventualmente prescriban los galenos tratantes a nombre de EDWIND DAVID CARVAJAL HERNÁNDEZ, aclarando que esta prerrogativa se funda en el diagnóstico presente en su humanidad y la necesidad de brindar un tratamiento continuo para restablecer sus condiciones de salud, sin que desde este punto se le esté atribuyendo un actuar negligente a la EPS, sino que se asegura que la atención en salud no se someta a dilaciones injustificadas, tal y como sucedió con la entrega del suplemento alimenticio denominado *Monogen Polvo 400 gramos Lata* y el medicamento prescrito en la misma fecha -03 de julio de 2020- por el especialista en gastroenterología; de modo que, los reproches esgrimidos por el impugnante serán desestimados y se ratificará el tratamiento integral objeto de censura.

6.7. En relación a la reclamación ante la ADRES, se tiene que la carga impuesta a las Entidades Prestadoras de Salud no significa el desmedro o menoscabo de sus finanzas, por cuanto se trata de servicios no cubiertos por el antiguamente denominado POS o, en otras palabras, no incluidos dentro del PBS, en los cuales se debe acudir a las instituciones públicas y privadas que tengan suscrito contrato con el Estado⁴ con cargo al subsidio de oferta; circunstancia que opera por disposición legal y sin que –por ende- sea necesario previo pronunciamiento judicial para tramitar la respectiva repetición y/o reclamación emanante de los gastos en los que la EPS incurrió con ocasión a la prestación de servicios en salud –excluidos del PBS, itérese- demandados por la usuaria.

6.7.1. La anterior postura es plenamente compartida en razón a que, en el marco de la acción de tutela, sólo corresponde proteger derechos fundamentales que se encuentren amenazados o vulnerados por las actuaciones u omisiones de cualquier autoridad pública o privada o incluso aquellas promovidas por los particulares, mas no solucionar conflictos de carácter administrativos o económicos, lo cual coincide inequívocamente con los lineamientos jurisprudenciales zanjados por la H. Corte Constitucional en los que al unísono ha indicado que “... no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el FOSYGA, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no

⁴Artículo 31 del decreto 806 de 1998

se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC...⁵.

6.7.2. En tales términos, palmario es que el Juez constitucional no está encargado de dirimir el conflicto planteado por el alzadista, máxime si se tiene en cuenta que la EPS cuenta con herramientas adecuadas para adelantar el respectivo recobro, sin que sea necesaria previa autorización constitucional, tal como lo prevé la jurisprudencia nacional atrás referida; motivos todos por los cuales serán desestimados los reproches formulados por el demandado y se ratificará íntegramente el proveído de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero: Confirmar la decisión adoptada el pasado veinticuatro (24) de julio de 2020 por la Juez Dieciséis Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga – en tutela–, mediante la cual amparó los derechos fundamentales del menor de edad **EDWIN DAVID CARVAJAL HERNÁNDEZ**, conforme a lo expuesto.

Segundo: Notificar esta decisión a las partes interesadas en este asunto, de acuerdo a lo indicado en el Decreto 2591 de 1991.

Tercero: Una vez ejecutoriado enviar a la Honorable Corte Constitucional el presente fallo para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JUAN CARLOS MORALES MELÉNDEZ
JUEZ

Firmado Por:

JUAN CARLOS MORALES MELENDEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 011 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCION DE CONOCIMIENTO

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

⁵ Sentencia T-760 de julio 31 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Acción de tutela - Segunda instancia
Rad. 2020-00075
Accionante: Edwin David Carvajal
Agente oficiosa: Ana Bibiana Hernández
Contra: NUEVA EPS

Código de verificación:

2bd56b69c8541f9874e7ba04e59738ed1129f16037a4e1023f900719bdadbf61

Documento generado en 09/09/2020 10:22:12 a.m.