



**JUZGADO CINCUENTA Y CINCO DE PEQUEÑAS
CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE
(Juzgado 73 Civil Municipal)**

Bogotá D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Cumplido el trámite de rigor, procede el despacho a resolver la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.- Fundamentos de la acción:

1.1.- El accionante de nacionalidad Venezolana YOEXI ALEXANDER POLANCO RODRÍGUEZ quien aduce actuar en calidad de padre de su menor hijo MATHIAS ALEXANDER POLANCO CASTILLO de 3 años¹, presentó acción de tutela, al estimar que le está siendo vulnerado el derecho a "la salud" del menor por CAPITAL SALUD E.P.S.-S.

1.2.- manifestó que hace 2 años en Colombia, el menor fue diagnosticado con "Leucemia Linfoide aguda", siendo tratado en el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA.

1.3.- Agregó que hace unos meses tuvo una recaída, lo que lo puso en nivel de riesgo medio a alto, estando actualmente delicado de salud, debido a que las quimioterapias no están teniendo el mismo efecto.

1.4.- Sostuvo que frente a esta situación, los médicos tratantes han sugerido la realización de un trasplante de médula ósea, y para ello, la Junta Médica decidió dar inicio a dicho proceso, pues de lo contrario, el menor puede llegar a perder la vida.

1.5.- En razón de ello, se emitieron las órdenes médicas del caso, una de ellas y denominada "consulta de trasplante" la que se ordenó llevara cabo ante la FUNDACIÓN HOSPITAL LA MISERICORDIA con los resultados respectivos; la segunda de ellas ordenó los "exámenes de compatibilidad" con la mamá, hermana y padre del menor, los cuales fueron autorizados por la I.P.S.

¹ Cumplidos el 15 de agosto de 2020 de acuerdo con el documento alegado junto con el libelo gestor y referido como "003.- Anexo documento del menor fd409c1b-7f70-4a6c-9a18-2ffcd1be3081"

1.6.- Afirmó que estas órdenes médicas se radicaron ante la E.P.S.-S. CAPITAL SALUD el **18 de julio de 2020**, mismo momento en el cual se ordenó el aislamiento preventivo obligatorio en la localidad de Kennedy, donde reside el menor junto a su núcleo familiar.

1.7.- Reclama que a pesar que se ha venido realizando el seguimiento de las autorizaciones que debe emitir la E.P.S.-S. CAPITAL SALUD, las respuestas obtenidas han sido negativas

1.8.- Por lo anterior, se presentó la denuncia y reclamo ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, y a pesar de las llamadas y seguimientos del caso, la E.P.S.-S. CAPITAL SALUD no ha emitido contestación.

2.- Petición de la Parte Accionante:

2.1.- Para el resarcimiento del derecho que estimó afectado a "la salud", y como quiera que el accionante no emitió contestación al requerimiento realizado desde el auto admisorio, tal como se le advirtió en éste, se entiende que la forma en que pretende le sea resarcido el derecho del menor involucrado, es únicamente la obtención de los servicios de laboratorio ordenados como medida provisional.

3.- Trámite y respuesta de las convocadas:

3.1.- Por auto del 25 de agosto de 2020 se admitió la solicitud de tutela², se ordenó la citación de la encartados en calidad de accionada y vinculados, se les otorgó el término de un (1) días para contestar la demanda.

Ante la existencia de las órdenes médicas por los servicios de laboratorio "tipificación antígeno leucocitario humano clase I y II (A B C DR DQ DP) y tipificación de antígeno leucocitario humano locus DR alta resolución"³ se ordenó en la misma providencia su realización efectiva como medida provisional; igualmente se requirió al accionante para que indicara cuáles son los derechos constitucionales que estima conculcados, so pena de entender como el único de ellos el derecho a la salud, también, debía indicar expresamente lo pretendido con la acción constitucional, esto es, la forma en que pretendía fuera resarcido el derecho fundamental

² La cual fue adjudicada a esta dependencia judicial por la oficina de reparto a las 7:40:40 p.m. el día 24 de agosto de 2020 y enviada vía correo electrónico a las 7:41 p.m.

³ N° 2007001827 y 2007001826 -Ver 001.- Anexos orden médica 1a339cf8-6955-480d-a7c2-bbab6cd5b9cf.

invocado, so pena de entender que para ello solamente requiere obtener los servicios de laboratorio ordenados como medida provisional, sin que a la fecha hayan sido acatado éstos y pese a que le fueron notificados desde el mismo día de la admisión de la acción constitucional a su correo electrónico⁴.

3.2.- **La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** afirmó que no se encuentra legitimada en la causa por pasiva para atender los pedimentos del accionante, máxime cuando las acciones y omisiones anunciadas en el escrito inductor no le son atribuibles; recordó las obligaciones de las E.P.S. frente a la prestación de los servicios en salud, la prohibición de imponer trabas administrativas y sus competencias legales como organismo de carácter técnico y máximo órgano de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Respecto de las actuaciones administrativas adelantadas a través de la Delegada de Protección al Usuario y para el caso de la referencia, indicó que la petición radicada el 8 de agosto de 2020⁵ fue puesta en conocimiento y corrido el traslado de rigor del PQRD a la E.P.S.-S. CAPITAL SALUD⁶ y hasta el día 25 del mismo mes, no ha recibido respuesta, por lo que se efectuó un segundo requerimiento en el que además se solicitó la información del caso frente al cumplimiento de la medida provisional decretada⁷, lo cual también se informó al accionante⁸.

3.3.- **La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL** informó que es la encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA y el Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud – FONSAET, los copagos generados por servicios no POS, los recaudados por la UGPP y la DAFPS; con funciones claramente determinadas pero en ningún caso directo responsable de la prestación del servicio de salud, pues la llamada a ello es la E.P.S. por intermedio de sus I.P.S. o red prestadora de servicios, por lo que no se encuentra legitimada en la causa por pasiva y solicita que así se declare.

3.4.- **EL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA – ESE DE COLOMBIA** anunció que cumple con las funciones y competencias legales

⁴ pyoexi@gmail.com, mismo desde el cual se remitió el libelo inductor a la oficina de reparto.

⁵ Ver documento electrónico denominado “002.- Anexo queja Superintendencia 4bdb4da2-a5c9-40fd-b494-df97b6af8c5e”

⁶ Ver documento electrónico denominado “008.4.- ANX-2020-84385_5”

⁷ Ver documento electrónico denominado “008.3.- ANX-2020-84385_4”

⁸ Ver documentos electrónicos denominados “008.5.- ANX-2020-84385_6 y 008.2.- ANX-2020-84385_3”

en calidad de Entidad Prestadora de Salud cumple su deber dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud atendiendo y prescribiendo los procedimientos, tratamientos y los medicamentos que necesitan los pacientes para tratar su patología y en tal virtud extiende las ordenes que requieran de acuerdo con el concepto médico del galeno tratante, para que las aseguradoras correspondientes procedan a autorizar y brindarle la cobertura necesaria para la atención de los pacientes beneficiarios.

Indicó que conoce la evolución del paciente desde el mes de septiembre de 2018, quien ha debido ser hospitalizado en múltiples ocasiones, la última de ellas desde el 18 de agosto de 2020, situación que se mantiene al momento de emitir la contestación, por lo que ha prestado todos los servicios médicos que ha requerido, realizado la totalidad de las prescripciones POS y NO POS, aclarando que sólo se dispensan los servicios previamente autorizados por la E.P.S. quien en últimas, es la única obligada a garantizar la prestación de los servicios médicos en favor de sus afiliados.

3.5.- La ESE HOSPITAL DE LA DIVINA MISERICORDIA DE MAGANGUÉ anunció que, pese a ser notificad de la admisión de la acción constitucional, no se trata de la misma entidad vinculada en el auto admisorio FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA.

3.6.- El MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL anunció su falta de legitimación en la causa por pasiva, recordando que sus competencias legales se ciñen a la actuación como ente rector en materia de salud, sin que en ningún caso sea el responsable de la prestación directa de los servicios de salud.

No obstante lo anterior y dentro del ámbito de sus competencias, adujo que el menor se encuentra afiliado a la **E.P.S. CAPITAL SALUD** dentro del régimen subsidiado, quien debe garantizar la prestación de los servicios en salud, el agentamiento de las citas médicas con los especialistas, máxime cuando el menor sufre de una enfermedad catastrófica y de alto costo, además que tanto el "*trasplante autólogo de médula ósea*" como los exámenes de "*tipificación antígeno leucocitario humano clase I y II (A B C DR DQ DP) y tipificación de antígeno leucocitario humano locus DR alta resolución*", se encuentran incluidos en el plan de beneficios en Salud.

3.7.- La SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD en nombre propio y como administradora del FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD afirmó no

tener conocimiento de los hechos narrados en el libelo inductor, por lo que se opone a las pretensiones elevadas por el accionante, máxime cuando las acciones u omisiones en la presunta afectación de derechos fundamentales no le es endilgable y en consecuencia, no se encuentra legitimada en la causa por pasiva. Aunado a ello que es obligación de la E.P.S. garantizar la prestación de los servicios médicos en favor del menor con patología oncológica, más aun cuando éstos⁹ se encuentran dentro del plan de beneficios de salud y además, es aportada la respectiva justificación médica y solicitud de medicamentos NO POS para los servicios requeridos¹⁰.

A su vez y aunque recalcó no estar legitimada en la causa por pasiva para atender los pedimentos del accionante, pues dentro de sus competencia legales no se encuentra la prestación directa de los servicios en salud, si allegó la comunicación librada al Coordinador de tutelas de la E.P.S.-S CAPITAL SALUD¹¹ a efecto de establecer el cumplimiento de la medida provisional decretada, máxime cuando el menor se encuentra clasificado en el nivel 1 de la encuesta Sisben, por lo que queda exonerado de copagos y cuotas de recuperación (Ley 1122 de 2007 Art. 14 y Decreto 780 de 2016 Art. 2.4.20.)

3.8.- La E.P.S.-S. CAPITAL SALUD mediante apoderado designado, anunció que la persona encargada del cumplimiento de las órdenes de tutela es la Gerente de la Sucursal Bogotá, CLARA INÉS OSPINA VERA¹²; aseveró que ha desplegado todas las gestiones necesarias para garantizar el acceso a todos los servicios médicos requeridos por su afiliado.

Atendiendo a las órdenes emitidas en el HOSPITAL DE LA MISERICORDIA y al estimarse como posibles personas compatibles a los padres o la hermana del menor, lo que permitirá determinar las resultas del trasplante de médula ósea, se están adelantando actualmente los trámites administrativos de cotización y de logística para la efectiva búsqueda del prestador que realice tal cirugía. Finalizó su intervención proponiendo como oposición la existencia de un “*hecho superado*” pues en el devenir de la acción constitucional corrigió su comportamiento.

⁹ Exámenes previos, consulta de trasplante con los resultados y el mismo trasplante.

¹⁰ Ver documento electrónico denominado “004.- Anexo justificación médica ed5b7742-686f-4d7b-a9ee-eba277349fcc”

¹¹ Ver documento electrónico denominado “013.- Secretaria de salud - Medida provisional 2597-20_08-25-2020-133930”

¹² Conforme con el extracto de la reunión ordinaria de Junta Directiva – Acta N° 110, Ver documento electrónico denominado “015.3.- EXTRACTO ACTA 110” y su respectiva certificación, ver anexo “015.1.- CERTIFICACIÓN LABORAL CLARA INÉS”

3.9. - **La FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA** recordó sus competencias como I.P.S. y a luces de la Ley 100 de 1993, esto es, como institución prestadora de salud de carácter privado cuyo objeto empresarial se enfoca en la prestación de servicios de atención pediátricos de alta complejidad. Indicando que atendió al menor determinándolo como paciente candidato de trasplante de médula ósea y por ello, solicitó el estudio de HLA al núcleo familiar con DR por secuenciación para el paciente; con ello afirmó haber cumplido a cabalidad con las obligaciones a su cargo y estando llamada la aseguradora E.P.S. de manera exclusiva a atender las pretensiones del libelo demandatorio.

3.10- Por auto del 1 de septiembre de 2020 se decidió vincular al **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD** quien aclaró que es una entidad de naturaleza científica y técnica con objeto, funciones y competencias delimitadas por la Ley (Decreto 4109 de 2011 y 2774 de 2012) por la que no se encuentra legitimado en la causa por pasiva para atender las pretensiones del actor; tampoco le consta ninguno de los hechos de la demanda los cuales se dirigen en contra de la entidad aseguradora como directa responsable.

No obstante lo anterior, procedió a explicar la conformación de la red de donaciones y trasplantes como actividad interinstitucional, donde ésta actúa como coordinador nacional (Decreto 2493 de 2004), sin que en esa labor se incluya la prestación directa de los servicios médicos o inclusión de los pacientes en las listas de espera. Indicó *in extenso* las fases previas a surtir desde la prestación del servicio en la I.P.S. y las autorizaciones emitidas por la E.P.S., la incursión en lista de espera, valoración del trasplante y la prohibición de trasplante a extranjeros no residentes en el territorio nacional

4. Problema Jurídico:

De acuerdo con el sustento fáctico expuesto por la parte accionante, el contenido de las respuestas brindadas y los anexos aportado dentro de la presente actuación, se hace necesario para la suscrita entrar a determinar, si en el *sub lite* se encuentra prueba de la vulneración actual o amenaza al derecho invocado en el libelo gestor, por negación de los servicios de salud en favor de MATHIAS ALEXANDER POLANCO CASTILLO, al no hacer efectiva la realización de los servicios de laboratorio “*tipificación antígeno leucocitario humano clase I y II (A B C DR DQ DP) y tipificación de antígeno leucocitario humano locus DR alta resolución*” y

el control con el especialista; solo en caso afirmativo, determinar quién o quienes se encuentran en la obligación de cesar las conductas transgresoras y la forma de restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

II. CONSIDERACIONES

1.- La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de nuestra Constitución Política, es un mecanismo cuyo objeto primordial es brindar a los asociados la protección judicial pronta y efectiva de sus derechos fundamentales, cuando quiera que por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos por la ley, se haya producido su trasgresión o amenaza.

Partiendo de la anterior premisa, es necesario reseñar los derechos fundamentales que serán objeto de estudio al interior de la presente acción.

2.- Cuando se hace referencia al derecho a la vida, se entiende que éste en sí, lleva una connotación en particular, ya que por disposición normativa está revestido de una especial primacía e inviolabilidad, bien sea como valor, como principio o como derecho, como quiera que *"(...) la vida constituye la base para el ejercicio de los demás derechos. Es decir, la vida misma es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos y obligaciones."*¹³

Como pilar dispositivo de derecho de regulación a nivel nacional, el inciso segundo del artículo 2º de la Carta Política, consagra el deber de las autoridades públicas, en cabeza del Estado proteger la vida de todos los residentes del territorio nacional, de igual manera se resalta dicha importancia en el artículo 5º ibídem, en la que se establece a la vida, como un derecho inalienable de la persona, el cual la jurisprudencia Constitucional, en el desarrollo de sus pronunciamientos destaca que: *"debe respetarse y debe protegerse"*¹⁴.

Ahora bien, cuando se habla del derecho a la salud, la Carta Política consagra en su artículo 49 que:

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T – 728 de 2010

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia, T-102 de 1993. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

"La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad."

De acuerdo a los parámetros establecidos por la norma constitucional, el derecho a la salud es una garantía que tienen todos los nacionales, de mantener su integridad tanto física como psíquica, la cual en cabeza del Estado debe estar debidamente respaldada y asegurada por los entes descentralizados que prestan dicho servicio.

De otro lado, con relación al derecho a la salud, la Corte Constitucional, manifestó que:

"(...) el derecho a la salud debe comprenderse desde una perspectiva integral, razón por la cual su ejercicio depende, necesariamente, de un conjunto de actividades que hacen posible el mismo. En términos concretos, la salud tiene una relación de interdependencia con la esfera social, económica, cultural, ambiental, la cual se materializa con la prestación de tratamientos, procedimientos, medicamentos, atención preventiva, entre otros.

En atención a lo expuesto, el goce del derecho a la salud no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada y parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos, procedimientos concurrentes de manera armónica e integral para mejorar hasta el máximo posible las condiciones de salud de sus destinatarios (...)"¹⁵.

Se entiende entonces, que el alcance de la protección al derecho a la salud trae consigo la intención y voluntad de que cada persona reciba una atención integral para su materialización y preservación, pasando desde los cuidados básicos hasta los tratamientos necesarios para la

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T – 201 de 2014.

recuperación de la salud de la persona que sufra determinada afección o enfermedad, denotando el carácter prioritario de su preservación y protección constitucionales.

A su vez la Corte Constitucional ha señalado, respecto de los menores de edad que gozan de un régimen especial, son sujetos de especial protección explicando "*(...) que su condición de debilidad no es una razón para restringir la capacidad de ejercer sus derechos si no para protegerlos, de forma tal que se promueva su dignidad*¹⁶ (...)". Igualmente ha afirmado con respecto al derecho a la salud de los niños, que prevalece sus derechos sobre los demás "*(...) tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros interés*¹⁷ (...)".

Es por lo expuesto que la acción de tutela procede cuando se vislumbre vulneración al derecho a la salud de los menores de edad gozan y, es deber del juzgador exigir su protección inmediata y prioritaria.

Por lo demás, del caso es recordar que la Corte Constitucional ha señalado, respecto del concepto de "*riesgo inminente para la vida y la salud del paciente*", que tal no se restringe a la comprensión de la vida en un sentido estrictamente fisiológico. Pues que ha precisado que "*(...) la Carta Política garantiza a los colombianos el derecho a gozar de una vida digna, lo cual comprende un ámbito de la existencia más amplio que el físico. Frente a este tipo de eventos, y después de valorar las circunstancias de cada caso, el juez de tutela debe inaplicar la norma regulatoria, para pasar a aplicar, directamente, la Constitución. Indicar que la vida no corre un riesgo inminente no es, entonces, una razón válida para negar el medicamento ordenado por el médico tratante* (...) "¹⁸.

3.- Caso concreto:

Es claro para el Despacho que el accionante es un sujeto de especial de doble protección en razón a su edad que lo cataloga como menor (3 años¹⁹) y por la patología catastrófica y de alto costo que lo aqueja

¹⁶ Ídem. Sentencia N° T-760 de 31 de julio de 2008. Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

¹⁷ Ídem. Sentencia N° T-760 de 31 de julio de 2008. Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

¹⁸ Ídem. Sentencia T-344 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA. Reiterada en Sentencia T-306 de 2005, Magistrado Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

¹⁹ Cumplidos el 15 de agosto de 2020 de acuerdo con el documento alegado junto con el libelo gestor y referido como "003.- Anexo documento del menor fd409c1b-7f70-4a6c-9a18-2ffcd1be3081"

“*LEUCEMIA LINFOBLASTICA AGUDA*”²⁰, la que generó que fuera remitido con el oncólogo, quien por su parte, emitió las ordenes médicas para el suministro de los servicios de laboratorio “*tipificación antígeno leucocitario humano clase I y II (A B C DR DQ DP) y tipificación de antígeno leucocitario humano locus DR alta resolución*”, cuyos resultados deben ser presentados el mismo día en que se agende la cita de control “*Consulta trasplante de médula ósea*”²¹.

En este punto se hace indispensable recalcar que, el presunto agente oficioso y pese a que se le requirió desde el momento en que se admitió la presente acción constitucional, no fue claro en cuanto a la determinación expresa de lo pretendido, esto es, la forma en que procuraba le fuera resarcido el derecho fundamental invocado en favor de su agenciado, y en sí mismos, los derechos que estimaba afectados, por lo que de conformidad con la documental allegada, y en atención al mejor interés del menor como sujeto especial de protección, se extenderá el presente estudio no solo a las órdenes médicas amparadas con la medida provisional, sino que se hará extensivo a la “*Consulta trasplante de médula ósea*” y respecto de los derechos fundamentales a “*vida, salud, seguridad social y la dignidad humana*”.

Para desvirtuar los dichos de la parte accionante, la convocada E.P.S.-S. CAPITAL SALUD se limitó a anunciar la presunta mediación de un “*hecho superado*”, el que fuera de no sustentarse en debida forma, inexistente se torna dentro de la presente actuación, pues aunque aseveró que ha desplegado todas las gestiones necesarias para garantizar el acceso a todos los servicios médicos requeridos por su afiliado, a la fecha no existe ninguna probanza de ello.

Por el contrario, a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD le fue posible probar que, mediante su dependencia Delegada de Protección al Usuario y en ejercicio de las actuaciones administrativas a su cargo, puso en conocimiento de la accionada la queja o petición presentada por el señor POLANCO RODRÍGUEZ el 8 de agosto de 2020²², por lo que al no recibir respuesta, se efectuó un segundo requerimiento para el 25 de agosto de 2020, en el que además se solicitó la información del caso

²⁰ Ver anexo electrónico denominado “004.- Anexo justificación médica ed5b7742-686f-4d7b-a9ee-eba277349fcc”

²¹ Todas ellas que pueden visualizarse en el documento electrónico denominado “001.- Anexos orden médica 1a339cf8-6955-480d-a7c2-bbab6cd5b9cf”

²² Ver documentos electrónicos denominados “002.- Anexo queja Superintendencia 4bdb4da2-a5c9-40fd-b494-df97b6af8c5e” y “008.4.- ANX-2020-84385_5”

frente al cumplimiento de la medida provisional decretada²³, sin que hasta la fecha se haya obtenido tal información.

En el mismo sentido, la SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD y dentro del marco de sus competencias, acreditó que mediante comunicación librada al Coordinador de tutelas de la E.P.S.-S CAPITAL SALUD²⁴ trató de obtener información sobre el cumplimiento de la medida provisional decretada, sin que le haya sido posible a la accionada o vinculada acreditar la contestación pertinente, todo ello decanta son asomo de duda en que deba entenderse que las ordenes provisionales acá ordenadas, a la fecha no hayan sido acatadas, pues de tal temática, nada se dijo en el escrito de contestación emitido por la E.P.S.

Ahora, el hecho de que afirme estar adelantando los trámites administrativos de cotización y de logística para la efectiva búsqueda del prestador que realice el "TRASPLANTE DE MÉDULA ÓSEA", no funda válidamente la figura jurídica anunciada como medio de defensa, pues desde cualquier perspectiva, lo cierto es que a la fecha se encuentran pendientes aún los exámenes y controles previos, necesarios y pertinentes en aras de determinar su procedencia y la viabilidad de los presuntos donadores, para que así pueda llegar a ser efectiva la intervención quirúrgica anunciada, ordenes médicas que además se encuentra probado, fueron radicadas en sus dependías y con ello puestas en su conocimiento desde el 18 de julio de 2020²⁵ (más de un mes antes de la presentación de la acción de tutela en las oficinas de reparto).

Y es que es lógico, pues como pudo establecerse, los servicios de laboratorio "tipificación antígeno leucocitario humano clase I y II (A B C DR DQ DP) y tipificación de antígeno leucocitario humano locus DR alta resolución" son los exámenes previos que deben practicarse no sólo al menor, sino también a su núcleo familiar más cercano (padres y hermana), para que el médico especialista en la cita de control "Consulta trasplante de médula ósea" pueda determinar de ellos si, efectivamente alguno de los involucrados puede servir como donador de la médula ósea requerida para atender el tratamiento del menor.

²³ Ver documento electrónico denominado "008.3.- ANX-2020-84385_4"

²⁴ Ver documento electrónico denominado "013.- Secretaria de salud - Medida provisional 2597-20_08-25-2020-133930"

²⁵ Ver documento electrónico denominado "001.- Anexos orden médica 1a339cf8-6955-480d-a7c2-bbab6cd5b9cf"

Entonces, como a la fecha no se acreditó ni aun el acatamiento de la medida provisional, menos puede hablarse de “*trámites administrativos de cotización y de logística para la efectiva búsqueda del prestador que realice el TRASPLANTE DE MÉDULA ÓSEA*”, aunado a ello, tampoco puede perder de vista ésta dependencia judicial, que al unísono, los entes rectores y de vigilancia en materia de salud, han afirmado que todos y cada uno de los servicios ordenados al menor en las ordenes médicas aportadas al plenario, se encuentran incluidos en el plan de beneficios en Salud.

Así las cosas, del supuesto fáctico contenido en el libelo inductor, es posible establecer que, la negación en la prestación de los servicios de salud, radicaron en la mora de la autorización y práctica de los exámenes que den paso a la consulta con el especialista, pese a ha sido el tratamiento dispuesto por el médico tratante, ordenado en el *sub examine* como medida provisional y se fundó en barreras administrativas, pues los dichos del libelo inductor en tal materia no fueron desvirtuados y por el contrario, ratificados con la contestación emitida por la convocada.

Conforme lo indicado en precedentes incisos, es claro que dentro del plenario existen las órdenes médicas que respaldan los dichos atinentes a la necesidad de la realización de los laboratorios y la posterior asignación de consultas con los especialistas, pues se trata del tratamiento idóneo para su patología²⁶; dichas ordenes proporcionadas por el profesional en medicina, deben ser de carácter obligatorio para las partes, tanto para quien lo recibe, como para quien debe acatarlo, puesto que dicho criterio se fundamenta en el conocimiento científico del médico tratante y por su contacto con el paciente, el cual puede establecer el medicamento, tratamiento, insumo y servicio más eficaz e idóneo para la enfermedad que padece, de modo que la entidad accionada deberá autorizarlos en los términos prescritos por el médico tratante, ya que es una responsabilidad que recae en cabeza de ésta, disponer lo necesario para garantizar la prestación de un servicio de salud óptimo, previa la exhibición de la orden médica que así lo imponga.

En este sentido, entiéndase que la obligación que recae sobre la E.P.S. como entidad aseguradora y mediante su I.P.S. contratada, se deriva del diagnóstico emitido por el especialista, la cual cuenta con una protección de rango constitucional, tema sobre el cual la Corte Constitucional, señaló:

²⁶ “LEUCEMIA LINFOBLASTICA AGUDA”

"Respecto al derecho al diagnóstico la jurisprudencia ha señalado que es un aspecto integrante del derecho a la salud, indispensable para lograr la recuperación definitiva del paciente. En este sentido ha definido el derecho al diagnóstico como **"todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad. Este derecho se encuentra conformado por los siguientes aspectos: "(i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles."**²⁷" (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

A su vez, no se puede dejar de lado que como es bien sabido, la temática de trasplantes en el país es bastante delicada, pues no todos los donantes llegar a ser compatibles con el paciente y sus necesidades, debiendo sometérseles a una espera indefinida para que pueda concretarse tal procedimiento, y en este caso, el paciente menor de edad tiene una gran posibilidad de que su donador se encuentre en su inmediato grupo familiar, por lo que no se puede justificarse bajo ningún argumento la mora y negligencia de la E.P.S. en la autorización y práctica de los exámenes requeridos, así como la posterior consulta, máxime cuando ello puede traducirse en la conservación de su vida.

Continuando con el presente estudio y siendo el caso sometido a estudio, especial, pues se trata de una persona que de acuerdo a su patología; se encuentra dentro de las enfermedades catalogadas como ruinosas y catastróficas (*LEUCEMIA LINFOBLASTICA AGUDA* – Cáncer) que es consecuentemente de alto costo; por lo que se remembra uno de los tantos pronunciamientos emitidos por el mayor órgano en materia constitucional:

"...Por regla general, toda persona que padezca una enfermedad calificada como de alto costo adquiere el estatus de sujeto de especial protección constitucional y se encuentra eximida de la obligación de realizar el aporte de copagos, independientemente de si se encuentra inscrito en el régimen contributivo o subsidiado. Se ha establecido jurisprudencialmente que, en aquellos eventos en los que corrobore que un usuario del servicio de salud y su familia no cuente con los recursos económicos suficientes para asumir el pago de copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación según el régimen al que pertenezca, porque con su cancelación se afecta el mínimo vital, es posible su exención en el pago,

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T 468 de 2013, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

*siempre y cuando se compruebe que al asumir este costo se afecta el mínimo vital del paciente y de su núcleo familiar...*²⁸

Sumado a ello que la SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD en nombre propio y como administradora del FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD informó que el menor se encuentra clasificado en el **nivel 1 de la encuesta Sisben**, por lo que queda exonerado de copagos y cuotas de recuperación (Ley 1122 de 2007 Art. 14 y Decreto 780 de 2016 Art. 2.4.20.).

Finalmente, se aclara que en esta oportunidad, no se hace posible la extensión del amparo constitucional más allá de los servicios de laboratorio "*tipificación antígeno leucocitario humano clase I y II (A B C DR DQ DP) y tipificación de antígeno leucocitario humano locus DR alta resolución*", y la posterior agenda de la cita de control "*Consulta trasplante de médula ósea*", pues fuera de que nada se aclaró por el agente oficioso, se tiene dos circunstancias que así lo impiden, la primera de ellas, sustentada en la inmediata existencia de la orden médica para que se lleve a cabo el "*trasplante autólogo de médula ósea*", pues como ya se dijo, ni tan siquiera se han agotados los exámenes previos y determinación de posible donante.

La segunda de ellas y de mayor peso, se sustenta en que el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA – ESE DE COLOMBIA anunció que el menor se encuentra actualmente hospitalizado en sus dependencias y desde el 18 de agosto de 2020, por lo que no puede hablarse de una total negación de la prestación de los demás servicios médicos a su favor, fuera de los exámenes y consultas que se encuentra probado en el *sub lite* y que habilitaron la concesión del amparo constitucional, por lo que se concluye imperiosamente en que deba negarse en esta ocasión la concesión de un tratamiento integral.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Juzgado Cincuenta y Cinco de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá (Antes Juzgado 73 Civil Municipal), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

²⁸ Sentencia T-676/14 Corte Constitucional. M. P: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014).

Primero: RATIFICAR la **MEDIDA PROVISIONAL** decretada en favor de MATHIAS ALEXANDER POLANCO CASTILLO mediante providencia del 25 de agosto de 2020.

Segundo: TUTELAR el derecho a la “*vida, salud, seguridad social y la dignidad humana*” de MATHIAS ALEXANDER POLANCO CASTILLO en contra de la E.P.S.-S CAPITAL SALUD, conforme lo expuesto en el presente fallo.

Tercero: ORDENAR a la E.P.S. COMPENSAR mediante la Gerente de la Sucursal Bogotá, CLARA INÉS OSPINA VERA²⁹, la persona encargada de cumplir los fallos de tutela, su representante legal y/o quien haga sus veces, que dentro del término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si no lo ha hecho, proceda a AUTORIZAR Y HACER EFECTIVOS los servicios de laboratorio “*tipificación antígeno leucocitario humano clase I y II (A B C DR DQ DP) y tipificación de antígeno leucocitario humano locus DR alta resolución*” al menor MATHIAS ALEXANDER POLANCO CASTILLO y su núcleo familiar³⁰, esto es, en los términos, cantidades y forma ordenada por el galeno tratante en ordenes médicas N° 2007001827 y 2007001826.

Igualmente y dentro del término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la emisión de los resultados de los anteriores laboratorios, si no lo ha hecho, proceda a AUTORIZAR, AGENDAR Y HACER EFECTIVA la cita de control “*Consulta trasplante de médula ósea*” esto es, en los términos, cantidades y forma ordenada por el galeno tratante en la orden de consulta N° 2007000897.

Cuarto: ORDENAR a la E.P.S. COMPENSAR mediante la Gerente de la Sucursal Bogotá, CLARA INÉS OSPINA VERA³¹, la persona encargada de cumplir los fallos de tutela, su representante legal y/o quien haga sus veces, que dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la realización de los laboratorios y a la programación de la cita de consulta, deberá **ACREDITAR** el cumplimiento del fallo a este recinto judicial.

²⁹ Conforme con el extracto de la reunión ordinaria de Junta Directiva – Acta N° 110, Ver documento electrónico denominado “015.3.- EXTRACTO ACTA 110” y su respectiva certificación, ver anexo “015.1.- CERTIFICACIÓN LABORAL CLARA INÉS”

³⁰ A las personas referidas tal como se desprende de la justificación médica y solicitud de medicamentos NO POS para los servicios requeridos “004.- Anexo justificación médica ed5b7742-686f-4d7b-a9ee-eba277349fcc”

³¹ Conforme con el extracto de la reunión ordinaria de Junta Directiva – Acta N° 110, Ver documento electrónico denominado “015.3.- EXTRACTO ACTA 110” y su respectiva certificación, ver anexo “015.1.- CERTIFICACIÓN LABORAL CLARA INÉS”

Quinto - Prevéngase a **E.P.S.-S CAPITAL SALUD** para que en el futuro se abstenga de incurrir en las omisiones que dieron lugar a conceder el amparo deprecado, so pena de hacerse acreedora a las sanciones legales.

Sexto: NEGAR la concesión del tratamiento integral de conformidad con los argumentos expuestos en el acápite considerativo del presente estudio.

Séptimo: NEGAR las pretensiones invocadas en contra de las demás entidades vinculadas de acuerdo con los argumentos expuestos en la parte motiva.

Octavo: NOTIFICAR el presente fallo a las partes interesadas en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Noveno: En caso de no ser impugnado el presente fallo envíese el expediente a la honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE

La Juez,



MARTHA INÉS MUÑOZ RODRÍGUEZ

Amb

Firmado Por:

MARTHA INES MUNOZ RODRIGUEZ
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 073 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

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: af77c1889cb9ab319fc7f3c396c668a0ca7c15235e8f27e1d6b77b65571165af
Documento generado en 02/09/2020 08:16:37 p.m.