Sentencia Constitucional No.103

Granada (Meta), veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Referencia:	Acción de Tutela No.2021-00118-00
Accionante:	Lesly Yasmín Murcia Rojas
Afectado:	Krystal Annelyxce Murcia Rojas
Accionada:	Capital Salud EPS
Acto Procesal:	Sentencia

Decide el Juzgado la acción de tutela formulada por Lesly Yasmín Murcia Rojas en representación de su menor hija Krystal Annelyxce Mabel Sabogal contra Capital Salud EPS.

ANTECEDENTES Y TRÁMITE PROCESAL

Lesly Yasmín Murcia Rojas, solicitó el amparo a los derechos fundamentales *"a la salud en conexidad con la vida"*, los que considera vulnerados por la accionada.

Como fundamento de la acción de tutela el accionante relató, sucintamente que su hija, menor Krystal Annelyxce Mabel Sabogal Murcia, cuenta con una condición de discapacidad múltiple que fue diagnosticada en el año 2016 y la cual consiste en discapacidad cognitiva, retraso del neurodesarrollo, trastorno del comportamiento, trastorno oposicional desafiante, nódulos subependimarios en seguimiento, así mismo, cuenta con factores de riesgo como hipoglicemia neonatal, anomalías genéticas mayores en la ausencia de punta de dedo en tercer y cuarto dedo de mano izquierda y retrognatia leve y paladar ojiva. El 11 de octubre de 2018 se le realizó a Krystal una radiografía de tobillo, de rodilla y de pierna donde no se encontró nada grave sobre el particular. El 20 de marzo de 2019, su hija se sometió a un examen de polisomnograma basal con registro de capnógrafo transcutánea, en la cual se concluyó que Krystal sufre además de una baja eficiencia de sueño, síndrome de apnea hipopnea obstructiva de sueño severo. El 23 de julio de 2019, le fue realizado a su hija la cirugía de nasolaringoscopia y la de amigdalectomía vía abierta debido al diagnóstico de apnea del sueño, igualmente, en la misma fecha le realizaron a Krystal un examen anatomopatológico en el cual se concluyó un diagnóstico de hiperplasia folicular reactiva y adenoiditis crónica hipertrófica. El 30 de septiembre de 2019, se le realizó un estudio extramural, en el cual se halló que su hija sufre de un trastorno de la migración neuronal por heterotópicas subependimarios nodulares ventriculares, así mismo, en la mencionada fecha también se le realizó a su hija una intervención quirúrgica consistente en una resonancia magnética, en virtud de la falta del desarrollo fisiológico normal esperado para una niña de su edad. El 08 de octubre de 2019 le realizaron una hemiglosectomia con cierre primario, a raíz de macroglosia. En la misma fecha, le fue realizada una estomatorrafia (sutura de herida mucosa oral) por el mencionado diagnóstico. El 11 de febrero de 2020 asistí con mi hija a una cita médica, en la cual se ordenó que se remitiera un informe de logros y rendimientos escolares, toda vez que no cuenta con un profesional de apoyo que acompañe a mi hija en sus actividades, aun cuando esto fue ordenado por el médico, por cuanto yo debo trabajar para obtener el dinero para subsistir y cuidar de las dos, y no puedo estar todo el día con ella, más aún, cuando no cuento con familiares que me puedan colaborar cuidando a Krystal. El 12 de noviembre de 2020, nuevamente le realizaron a su hija un examen de polisomnograma basal, en el cual se reiteraron las conclusiones del estudio del 20 de marzo de 2019, en el sentido de que continua con el síndrome de apnea hipopnea obstructiva de sueño severo y con un sueño anormal. El 12 de marzo de 2021 se le realizó una evaluación de la función osteomuscular y funcional motora, donde se ordenó un estudio computarizado de

la marcha. El 15 de marzo de 2021 asistió con su hija a una cita médica de control por psiquiatría, en la cual se le recetó risperidona en tableta, una evaluación de la función osteomuscular, un estudio computarizado de la marcha, una radiografía panorámica de miembros inferiores y una radiografía de cadera. Debido a que la accionada no me remitía los medicamentos solicitados, no autorizaba los medicamentos ni los exámenes, interpuso un derecho de petición ante la EPS, la cual, el 05 de mayo de 2021, dio respuesta alegando que supuestamente ya fueron autorizados y entregados los medicamentos y los procedimientos ordenados, pero a la fecha tan solo le han otorgado el medicamento, pero no se han realizado los exámenes. El 28 de junio de 2021 fue con su hija a odontopediatría con el fin de efectuar un control de apiñamiento dentario. El 29 de junio de 2021 asistió con su hija a una cita médica, en la cual el médico recomendó una cita de control psiquiátrica pediátrica, terapias integrales conductuales de fonoaudiología y psicología de 12 sesiones en casa, al igual que la toma del medicamento risperidona. El 04 de agosto de 2021 acudió con Krystal a una cita médica en la cual le ordenaron la realización de una radiografía panorámica de columna, creatinina en suero, resonancia magnética de cerebro, consulta de otorrinolaringología, y terapias ocupacionales, de lenguaje, física y psicoterapia. La gran mayoría de procedimientos se han realizado en el Hospital de la Misericordia - HOMI, por lo que allí reposa gran parte de la historia médica de su hija, sin perjuicio de ello, CAPITAL SALUD ESP-S S.A.S. pretende cambiar el centro médico al que ha asistido Krystal en gran parte de su vida, cuestión de evidencia una actitud desinteresada e incluso grosera ante los derechos fundamentales de mi hija, toda vez que obstaculiza la prestación del servicio de salud.

Como pretensiones la accionante solicitó se ordene a Capital Salud EPS autorizar y realizar el estudio computarizado de la marcha, toda vez que su hija ya cuenta con todos los exámenes previos que son necesarios. Que ordene a CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S. Otorgar a un personal profesional de apoyo, con el fin de que esté con su hija, ya que debe de trabajar todo el día para poder ganar dinero para su subsistencia. Que ordene a CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S. determinar que las terapias de lenguaje, física y psicoterapia solicitadas por los médicos, se realicen en la residencia, por cuanto debe trabajar y le es imposible llevar a Krystal todos los días a que se le realicen las terapias necesarias. Que ordene a CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S. autorizar, pagar y entregar los medicamentos ordenados en gastroenterología, por cuanto ya existe la autorización, pero no se ha remitido el pago por parte de la entidad. Que ordene a CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S. actuar de manera pronta y sin dilaciones injustificadas en la prestación de salud para su hija, toda vez que han autorizado exámenes y pagos, pero no se efectúan los procedimientos necesarios.

TRÁMITE CONSTITUCIONAL

Admitida la acción de tutela mediante auto interlocutorio, se ordenó notificar a la accionada, vinculando a la Secretaría de Salud del Meta, Secretaria Municipal de Salud, Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia de Salud, la Administradora de Recursos del Sistema de Seguridad Social, Hospital la Misericordia, Gencell Phapma, Sud Red Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE, el Hospital Departamental de Villavicencio, Gastro Kids S.A.S., Audifarma, para que se pronunciaran sobre los hechos objeto del amparo deprecado.

CONTESTACIÓN A LA ACCIÓN DE TUTELA

Servicios Neuropediátricos, a través de su gerente, informaron que la paciente Krystal Annelyxce Mabel Sabogal Murcia, fue conocida por el área de Electro diagnóstico, al practicarle un estudio POLISOMNOGRAFICO el 12 de noviembre del 2020, entregando el reporte a tiempo, con los hallazgos descritos.

Gastro Kids, a través de su representante legal solicitó desvincular del proceso a GASTROKIDS SAS y se dé por terminado el proceso en contra de esta entidad toda vez que en la actualidad no se evidencia vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante, pues ha brindado los servicios al menor, con calidad, oportunidad y pertinencia según su patología y los servicios autorizados por CAPITAL SALUD EPS.

La Superintendencia de Salud a través de su asesora Rocío Ramos Huertas solicitó desvincular a esta entidad de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud, lo que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a esta Entidad.

La Administradora de Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, a través su asesor jurídico adujo que es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad. Sin perjuicio de lo anterior, en atención al requerimiento de informe del H. Despacho, es preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

La Sud Red Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., a través de personal administrativo solicitó la desvinculación del presente tramite toda vez que no ha vulnerado los derechos fundamentales en Salud de la menor Krystal Annelyxce Mabel Sabogal Murcia identificada con T.I. Nº 1120843967, toda vez que esta Entidad, le ha prestado el Servicio de Salud que ha requerido, cuando así lo ha solicitado, acorde con su patología y a los servicios que tiene habilitados en el Portafolio y contratados por su E.P.S. Capital Salud.

La Secretaria de Salud Departamental del Meta, a través de su representante legal solicitó CAPITAL SALUD EPS-S, es la responsable de garantizar los servicios de salud requeridos por el accionante debido que registra ACTIVO-A en la base de datos BDUA de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud “ADRES, por lo tanto, no es competencia del Departamento del Meta-Secretaría de Salud asumir la atención en salud. De acuerdo a lo anterior, se solicita desvincular a la Secretaría de Salud del Meta de la presente acción de tutela por falta de legitimación en la causa por pasiva, y ordenar a CAPITAL SALUD EPS-S, asumir su responsabilidad sin más dilaciones, por ser el llamado a responder en la presente acción de tutela.

LA FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA, a través del área jurídica, concluye que no existe ninguna conducta concreta, activa u omisiva que permita determinar la supuesta afectación de los derechos fundamentales a la salud y a la vida del paciente, por parte de la Institución, lo cual deriva la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales del accionante por parte de su entidad. En efecto y teniendo en cuenta que LA FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA, es una institución prestadora de servicios de salud de alta complejidad, de carácter privado, solicitan la desvinculación, teniendo en cuenta la inexistencia de la vulneración del derecho fundamental del paciente KRYSTAL ANNELYXCE MABEL SABOGAL MURCIA.

El Hospital Departamental de Villavicencio, solicitó a través de su gerente la desvinculación del presente tramite constitucional.

El Ministerio de Salud y Protección Social a través de su coordinadora de acciones constitucionales, adujo respecto a los procedimientos solicitados por el accionante mediante la presente acción constitucional, que los mismos se encuentran incluidos en la Resolución 2481 del 24 de diciembre de 2020, “Por la cual se actualizan integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, en los siguientes términos: 8749 OTROS ESTUDIOS DE RADIOLOGÍA ESPECIAL E INTERVENCIONISTA DE CABEZA, CARA Y CUELLO OC. Respecto a las TERAPIAS, solicitadas por el accionante mediante la presente acción constitucional, se debe indicar que las mismas se encuentra incluidas en la Resolución 2481 del 24 de diciembre de 20203 , “Por la cual se actualizan integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, en los siguientes términos: 23.7.3. TERAPIAS DE CONDUCTOS RADICULARES 39.9.8. TERAPIAS DIALÍTICAS CONTINUAS 92.2.6. BRAQUITERAPIA 92.2.8 TERAPIA CON RADIOISOTOPOS 93.1.0 TERAPIA FISICA 93.1.1 EJERCICIO ASISTIDO 93.1.5 MODALIDADES ELECTRICAS Y ELECTROMAGNETICAS DE TERAPIA 93.1.6 MODALIDADES MECANICAS DE TERAPIA 93.1.7 MODALIDADES NEUMATICAS DE TERAPIA 93.3.3 TERAPIA MODALIDADES HIDRAULICAS E HIDRICAS 93.3.9 TERAPIA DE INTEGRACION SENSORIAL 93.7.0 TERAPIA FONOAUDIOLOGICA INTEGRAL 93.7.1 TERAPIA FONOAUDIOLOGICA PARA PROBLEMAS EVOLUTIVOS Y ADQUIRIDOS DEL LENGUAJE 93.7.2. TERAPIA FONOAUDIOLÓGICA DEL HABLA Y DEGLUCIÓN 93.7.3. TERAPIA FONOAUDIOLÓGICA PARA DESÓRDENES AUDITIVOS COMUNICATIVOS 93.7.4 TERAPIA FONOAUDIOLOGICA PARA DESORDENES COGNITIVO COMUNICATIVOS 93.7.5 OTRO ENTRENAMIENTO Y TERAPIA DEL HABLA 93.8.3 TERAPIA OCUPACIONAL 93.9.4 TERAPIA RESPIRATORIA 94.3.1 PSICOTERAPIA INDIVIDUAL 94.4.0 PSICOTERAPIA DE PAREJA 94.4.1 PSICOTERAPIA FAMILIAR. Así las cosas, encontramos que, si las terapias que solicita el tutelante se encuentran incluidas en el cuadro que antecede, la EPS debe prestar el servicio al accionante con la debida oportunidad.

Capital Salud EPS, guardo silencio.

Debe dejarse claridad que obra constancia de fecha 17 de septiembre de 2021, en el expediente, de comunicación telefónica con la accionante Lesly Murcia, al abonado 3225595720, informó que la accionada Capital Salud EPS, no le ha materializado las terapias, exámenes objeto de la tutela.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo establecido para la protección de los derechos fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión ilegitima de una autoridad pública o eventualmente de los particulares; siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o contando con él éste sea ineficaz para proveer su salvaguarda.

En el punto al derecho a la salud, la Corte Constitucional ha manifestado que: *"La salud es un derecho fundamental y es, además, un servicio público así sea prestado por particulares. Las entidades prestadoras de salud deben garantizarlo en todas sus facetas – preventiva, reparadora y mitigadora y habrán de hacerlo de manera integral, en lo que hace relación con los aspectos físico, funcional, psíquico, emocional y social. Dentro de la garantía del derecho a la salud incluye varias facetas: una faceta preventiva dirigida a evitar que se produzca la enfermedad, una faceta reparadora, que tiene efectos curativos de la enfermedad y una faceta mitigadora orientada a amortiguar los efectos negativos de la enfermedad. En este último caso, ya no se busca una recuperación pues ésta no se puede lograr. Se trata, más bien, de atenuar, en lo posible, las dolencias físicas que ella produce y de contribuir, también en la medida de lo factible, al bienestar psíquico, emocional y social del afectado con la enfermedad. En este sentido la faceta mitigadora, cumple su objetivo en la medida en que se pueda lograr amortiguar los efectos negativos de la enfermedad, garantizando un beneficio para las personas tanto desde el punto de vista físico, psíquico, social y emocional. Así las cosas, cuando las personas se encuentran en una situación de riesgo se deben tomar todas las cautelas posibles de modo que se evite provocar una afectación de la salud en alguno de esos aspectos."*[1]

Sendero jurisprudencial del cual se desprende que el derecho a la salud es un derecho fundamental, y revisado el expediente se constata que la afectada es una menor de edad a quien fue diagnosticada principalmente con retraso mental leve deterioro del comportamiento de grado no especifico y los diagnósticos discapacidad cognitiva, retraso del neurodesarrollo, trastornos afectivos bipolares, trastorno del comportamiento, trastorno oposicional desafiante, nódulos subependimarios en seguimiento, razón por la que el médico tratante ordenó los exámenes estudio computarizado de la marcha, una evaluación de la función osteomuscular, una radiografía panorámica de miembros inferiores y una radiografía de cadera ordenado en Fórmula Médica de fecha 12 de marzo de 2021, además de los medicamentos RIFAXIMINA 2% SUSPENSION ORAL (2000MG/100ML) CANTIDAD 2 POR 10 DIAS DE TRATAMIENTO prescrito en formula medica MIPRES de fecha 4 de agosto del año en curso, AMITRIPTILINA 25 MG TABLETAS 25 MG CANTIDAD 90 DURACION 90 DIAS y PICOSULFATO DE SODIO GOTAS FRSC 15ML CANTIDAD 9 POR NOVENTA DIAS prescritos en fórmula médica de fecha 04 de agosto de 2021 expedida por la IPS GASTRO KIDS. Sumado a ello se prescribió terapias de lenguaje, física y psicoterapia dados sus múltiples diagnósticos, las cuales aduce la accionante fueron prescritos por los galenos para ser materializadas en la residencia de la menor, que la negación de estos servicios obviamente le afecta su salud y de no ser tratado conforme a lo ordenado por el médico tratante, genera un riesgo grave a su salud, situación que no puede desconocer la EPS frente a la materialización oportuna de los

[1] Corte Constitucional Sentencia T-548 de 2011.

medicamentos ordenados por el galeno tratante. Toda vez que la afectada es una menor de edad, discapacitada y su madre manifiesta necesitar con urgencia los medicamentos, terapias y exámenes médicos ordenados por los especialistas tratantes.

En ese orden de ideas, la demora en la materialización de estos servicios médicos le afecta su salud y de no ser tratada conforme a lo ordenado por el médico tratante, genera un riesgo grave a su salud, situación que no puede desconocer la EPS frente a la materialización oportuna de los procedimientos o suministros ordenados por el galeno tratante. Toda vez que la afectada es una menor de edad que requiere de urgente intervención médica para evitar el deterioro de su salud. La demora y el exceso de trámites administrativos por parte de la EPS, ocasionaron que la accionante acudiera a la acción de tutela para lograr se programara y materializara los servicios médicos requeridos, omisión de la EPS, que origina un riesgo en la salud del menor usuario, desconociendo la resolución No. 1552 de 2013, la cual establece que las Entidades Promotoras de Salud (EPS), de ambos regímenes, directamente o a través de la red de prestadores que definan, deberán tener agendas abiertas para la asignación de citas de medicina especializada la totalidad de días hábiles del año.

Así mismo existe la omisión de la EPS frete a la resolución No. 1604 de 2013 que establece el mecanismo excepcional de entrega de medicamentos en un lapso no mayor de 48 horas, después de que el afiliado reclama los medicamentos.

De entrada, ha de dejar claridad este Estrado Judicial que el afectado merece toda la atención del servicio de salud por parte de la EPS Capital Salud, pues sus condiciones actuales de salud no pueden verse ni ser desentendidas por cuanto irían en contravía de los derechos constituciones hoy solicitados en protección. De ahí que, corresponde a Capital Salud EPS, la obligación de prestar el servicio de salud de manera continua y sin dilaciones administrativas conforme a lo ordenado por el médico tratante y frente a la gravedad del diagnóstico de la enfermedad padecida.

Mas aun, cuando se trata de una paciente cuyo diagnóstico requiere de especial asistencia por parte del médico tratante y de agilidad en los trámites administrativos, pues la oportuna gestión de su EPS, tiene especial relevancia y repercusión en plan de mejoramiento de salud, teniendo en cuenta que se trata de un sujeto de especial protección constitucional. La sola autorización de los procedimientos y medicamentos que requiere el menor afectado, no suple el cumplimiento de sus derechos, pues es la materialización de ellos la que garantiza el derecho que tiene toda persona al acceso a la salud de alto nivel. Al respecto la Honorable Corte Constitucional en sentencia **Sentencia T-142/14, precisó:**

> *La Corte Constitucional ha manifestado que el trámite establecido para solicitar servicios médicos, no pueden convertirse en obstáculos, para que los afiliados y/o beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en salud, puedan acceder a los mismo, teniendo en cuenta, que "(…) los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios*

y de la entidad de aseguramiento correspondiente." En especial, se ha considerado que se irrespeta el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad (…)"

"Por tanto, pacientes con graves padecimientos de salud, no pueden estar expuestos a la interrupción de las prestaciones que ella apareja, independientemente de que hayan sido asumidas de manera directa por la entidad a la cual se encuentran afiliados o por centros clínicos, médicos, hospitalarios o de otra índole con los cuales aquélla contrate. Los contratos mediante los cuales se consolida la prestación de determinados servicios propios de la seguridad social, establecen una relación jurídica entre la entidad responsable y el establecimiento que efectiva y directamente los brinda al usuario, y en modo alguno la negligencia administrativa en lo concerniente a su celebración, renovación o prórroga puede afectar a los usuarios y beneficiarios de tales servicios."[i]

Es así como en la legislación colombiana, considera como uno de sus principios incluidos en la Ley 1751 de 2015, el cual taxativamente expresa que la prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones, asociado a llevar acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de **las niñas, niños** y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y **sujetos de especial protección**. De otra parte en su artículo 2° al referirse a la naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud indica *"El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud"* y en su artículo 6 reafirma el principio de oportunidad en la prestación del mismo.

De acuerdo a la Ley Estatutaria 1751 de 2015, establece en su *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,** gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salu*d 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*.

Lo anterior significa, que la afectada se encuentra frente a una BARRERA que le impide materializar el goce efectivo y real de su derecho fundamental a la salud, y de pasó restringe y limita con carácter absoluto el derecho fundamental a la salud; por lo tanto, se amenaza y se pone en peligro su bienestar físico y moral al dilatarse por parte de la EPS los servicios médicos ordenados por el galeno tratante.

Es decir que la encargada de cumplir y de suplir todas las necesidades de sus afiliados es Capital Salud EPS, quien debe velar porque su red de prestadores de servicios más conocidas como IPS, atiendan de una manera pertinente a sus

inscritos, velando por la calidad de los servicios requeridos, así como también que no puede pretender excusarse en que son simplemente los aseguradores y que subcontratan para la prestación de servicios, dejando a la deriva su relación con el contrato que suscriben con el afiliado, que para el caso en concreto no se puede apartar de su responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones como Entidad Prestadora de Salud poniendo barreras administrativas para el acceso al goce efectivo del derecho a la salud.

Ahora bien, advierte este despacho amparar de manera oficiosa el tratamiento integral, pues de la patología diagnosticada al menor afectado se extracta que es de suma relevancia del oportuno cuidado por parte de la Empresa Prestadora de Salud. Teniendo en cuenta los hechos narrados por la accionante bajo la gravedad de juramento, se observa obstáculos en la óptima autorización de los servicios médicos conforme a las recomendaciones del especialista tratante. Encontrándose pendientes aún servicios médicos por realizar y cualquier negativa por parte de la EPS genera un riesgo grave de salud, La Honorable Corte Constitucional, precisa que las EPS son las encargadas de brindar el tratamiento integral a sus usuarios, la sentencia T-527/19 Magistrado Ponente José Fernando Cuartas señala los parámetros a tener en cuenta el juez constitucional para otorgar el tratamiento integral mediante tutela:

30. La integralidad fue reconocida como principio en el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, que además de establecer que los servicios de salud deben ser suministrados de forma completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, -sin que sea admisible el fraccionamiento de la prestación del servicio- indicó que "[e]*n los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada*"[62].

31. Con fundamento en este principio y ante las dificultades administrativas que afrontan los usuarios del sistema al reclamar la prestación de servicios, este Tribunal ha ordenado a la EPS el tratamiento integral. Para ello ha definido que debe ser verificado el cumplimiento de dos condiciones: "*(i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación[63], poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte[64]; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente[65]*". Según la Corte [l]*a claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes[66].*"[67]

32. Finalmente, es preciso señalar que tratándose de menores de edad la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que el análisis de la viabilidad del otorgamiento del tratamiento integral debe ser menos estricto, en virtud de las garantías contenidas en los artículos 13, 44 y 47 de la Constitución.[68]

Anudado a lo anterior se tiene que la afectada, no debe ser limitada frente a la garantía de que se materialicen todos los procedimientos, servicios, exámenes, medicamentos e insumos que prescriba el galeno tratante para el manejo de la patología, que la titular de los derechos es una menor con múltiples discapacidades y sujeto de especial protección constitucional, por lo cual le corresponde a juez de tutela garantizar el efectivo cumplimiento de sus derechos fundamentales.

Las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional. Esta declaración se soporta en la existencia de un deber constitucional de protección fundado en las condiciones singulares de vulnerabilidad y eventualmente de desprotección, que hace que tal población requiera de atención especial por parte del Estado y de la sociedad en general. Este deber constitucional de protección está cualificado por las obligaciones del Estado colombiano adquiridas con la celebración de tratados internacionales y por obligaciones especiales recogidas en disposiciones legales y reglamentarias.

Ahora bien, frente a la pretensión de ordenar personal profesional de apoyo, con el fin de que esté con su hija, este despacho encuentra improcedente conceder dicha solicitud toda vez que no se avizora dentro de la Historia Clínica de fecha 11 de febrero de 2021, orden médica que prescriba los servicios de enfermería domiciliaria o cuidador y dictaminando como análisis lo siguiente:

“ANALISIS: SE TRATA DE ESCOLAR DE 8 AÑOS Y 4 MESES, CON FACTORES DE REISGO NEUROLOGICO, Y SIGNOS FENOTIPICOS MAYORES QUE NO ORIENTAN A NINGUNO SINDROME CLARO, CON RESTRASO EN EL DESARROLLO MOTOR, CON ALTERACION DEL LENGUAJE COMPRENSIVO Y EPXRESIVO SEVERO DE LA SOCIALIZACION E INDEPENDENCIA Y CON ALTERACION COMPORTAMENTAL, CON ANTECEDENTE DE MACROGLOSIA Y SAHOS SEVERO, QUIEN FUE LLEVADA A INTERVENCIONES QUIRURUGICAS, HA RECIBIDO MANEJO INTEGRAL CON REHABILITACION QUIEN HA PRESENTADO DIFICULTADES, ADEMAS DIFICULTADES EN EL APRENDIZAJE LECTO ESCRITO, EXISTE COMPROMISO COGNITIVO POR CLINICA Y CORROBORARON POR WISC IV Y TEST DE FIGURA HUMANA, CON DEFICIT LEVE Y MODERADO RESPECTIVAMENTE, QUE COINCIDE CON EL CUADRO CLINICO. DEBE CONTINUAR EN PROCESO DE EDUCACION DE INCLUSION CON APOYO PEDAGOGICO ESPECIALIZADO Y APOYO TERAPEUTICO. SE SOLICITA PRUEBA COGNITIVA. SE LE EXPLICA A LA MADRE REFIERE ENTENDER Y ACEPTAR CONTROL EN 2 MESES. SE SOLICITA INFORME ESCOLAR”.

Ordenando consultas médicas especializadas y terapias ocupacionales integral, terapia fonoaudiológica integral sod. De manera que, el cuidado de la menor Krystal Annelyxce Murcia Rojas recae sobre la accionante y su núcleo familiar, el cual es ampliamente reconocido por la madre a través de las Historia Clínicas, aduciendo que la afectada tiene padre, abuelos paternos sanos, hermanos y tíos. Sin que medie prueba que refiera la imposibilidad material, física o psíquica del cuidado de la menor por parte de sus parientes.

> La Resolución 5521 de 2013, por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS). Al respecto, se define como la atención que consiste en una *“modalidad de prestación de servicios de salud extrahospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia.”*[113]

De forma puntual, en el artículo 29, la misma resolución establece que esta atención está cubierta por el sistema, cuando el médico tratante así lo ordena para asuntos directamente relacionados con la salud del paciente. Por el contrario, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud no tiene la obligación de asumir dichos gastos. Textualmente, el artículo en cita dispone que:

"La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está cubierta en los casos que se consideren pertinentes por el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Dicha cobertura está dada sólo para el ámbito de la salud y no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores, aunque dichos servicios sean prestados por personal de salud."

En consecuencia, la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan Obligatorio de Salud, el cual debe ser asumido por las EPS, siempre que se requiera de una atención técnica y especializada relacionada con las patologías que padece el paciente, y no corresponda a la búsqueda de unos servicios dirigidos al otorgamiento de cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar.

3.4.2. Por lo demás, obsérvese como la norma en cita es clara en señalar que tal servicio debe ser prescrito por el médico tratante, pues dicho profesional es el que conoce de primera mano el estado de salud y los padecimientos del usuario y, por supuesto, es quien cuenta con los conocimientos técnicos para determinar la necesidad de la prestación del mencionado servicio. Por ello, se ha considerado que el juez de tutela no puede abrogarse la facultad de establecer la procedencia de este requerimiento, básicamente al entender que en una materia como la expuesta, el criterio predominante de sujeción se encuentra en el respeto a la *lex artis*.

En este orden de ideas, los cuidados básicos de una persona que depende de otros para ejecutar sus labores diarias, ya sea por su avanzada o corta edad, o por las enfermedades que la aquejan, pueden ser prestados por una persona sin conocimientos especializados en el ámbito de la salud, entre otras, en la satisfacción de necesidades básicas como comer, vestirse, ir al baño, etc. Por lo general, se ha entendido que este apoyo puede ser brindado por familiares, personas cercanas o un cuidador que no necesariamente debe ser un profesional de la salud. Es allí cuando en virtud del principio de solidaridad, como ya se dijo, la familia cumple un papel esencial en el cuidado de estas personas, así como en la prevención de enfermedades y en la paliación de los sufrimientos que éstas puedan llegar a padecer.[2]

Atendiendo a la anterior jurisprudencia, la accionante no puede trasladar la carga del cuidado de la menor afectada bajo los recursos de la salud, por cuanto en principio es resorte de su núcleo familiar y bajo esta circunstancia no se puede amparar dicha pretensión, mas aun cuando no se observa que se requiera de personal especializado para el cuidado diario, que dichas ordenes médicas están dirigidas para el personal capacitado y encargado de la educación y terapias de la menor Krystal Annelyxce Murcia Rojas.

[2] Corte Constitucional Sentencia 226 de 2015.

Frente al derecho de libre escogencia de IPS propuesto por la accionante, quien aduce que la menor Krystal Annelyxce Murcia Rojas debe seguir su tratamiento en la IPS Hospital La Misericordia de Bogotá, esta judicatura, tratándose de un derecho conjunto entre la libertad de las Empresas Prestadoras de Salud en contratar de manera libre las Instituciones que conformaran su red de prestadores de servicios y la facultad de los afiliados en elegir cuál de las instituciones contratadas pueden elegir, concederá el amparo como quiera que existe relación contractual por parte de la EPS y el Hospital La Misericordia, pues reiteradamente se han prestados servicios médicos y se le brindado atención crónica dentro de esta entidad a la menor afectada.

> La libertad que tienen las EPS de suscribir convenios con cualquier IPS, está consagrada en la Ley 100 de 1993 en el artículo 178, que indica como una de sus funciones, la obligación de prestar el servicio de salud en aquellas instituciones prestadoras de salud con que se haya suscrito un convenio.
>
> Sobre el tema, la Resolución 5261 de 1994[35], en su artículo 1° establece la responsabilidad que tienen las Entidades Promotoras de Salud de prestar los servicios de salud en aquellas IPS con las que establezcan convenios y sólo en casos específicos definidos por la misma Resolución y la Ley 1122 de 2007, se podrá acudir a otra IPS. Por ejemplo, en los siguientes eventos: i) que se necesite una atención de urgencias, ii) que haya una autorización expresa de la EPS y, iii) cuando se encuentre demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS.
>
> Así las cosas, las EPS tienen la libertad de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno, siempre que garanticen a sus usuarios un servicio integral y de buena calidad. Por tanto, los afiliados deben acogerse a la IPS a la que son remitidos por sus respectivas EPS, aunque sus preferencias se inclinen por otras instituciones.[3]

Lo anterior significa, que, si bien la accionante puede escoger la IPS a la cual quiere sea remitido y atendido su hijo, esta debe ser dentro de la Red de Prestadores de Servicios de la EPS. De ahí que, de existir convenio vigente es deber de la EPS Capital Salud, seguir direccionando los servicios médicos requeridos por la menor afectada y ofertados por el Hospital La Misericordia.

En cuanto las terapias domiciliarias solicitadas por la accionante, se tiene que por prescripción medica se ordenaron en casa terapias conductuales, ocupacional, fonoaudiología, psicología, 12 sesiones de casa una por mes orden para 3 meses prescritas en orden médica de fecha 26 de junio de 2021. Servicios medico que la EPS mo ha materializado, pese a existir concepto medico que lo ordena considerado dentro de sus analisis cientifico, necesario para el tratamiento de la paciente.

La Honorable Corte Constitucional en setnencia T-840 de 2012, concede la atencion domiciliaria de terpias, teniendo en cuenta la prescripcion medica del

[3] Corte Constitucional, Sentencia T-745 de 2013, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt.

galeno abscrito a la EPS, aduciendo el deber de la Empresas Prestadoras de Salud en garantizar la atención integral de los usuarios como se verá:

La Sala reitera que toda persona tiene derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requiera. Para ello, las entidades encargadas de garantizar la prestación de los servicios de salud, EPS, deben remover todas las barreras y obstáculos que impidan su acceso efectivo, y además deben adelantar todas las gestiones necesarias y suficientes para que quien requiera las prestaciones, o las requiera con necesidad, pueda efectivamente obtenerlas.[26]En el caso objeto de estudio, la Corte advierte que el usuario efectivamente requiere el servicio de atención médica domiciliaria (terapias físicas y respiratorias, servicio de enfermería y visitas de medicina general, de acuerdo a las órdenes de los médicos internistas que han tratado su enfermedad[27] y que están adscritos a la ESP[28]). No obstante, no ha podido acceder a dichos servicios debido a la renuencia de la entidad en prestar el servicio, entre otros bajo el argumento de no contar con un proveedor de tales servicios en el municipio de su residencia. Pero la Sala ya mostró que este argumento no es válido, y por tanto ratifica la Nueva EPS violó el derecho del señor Hernández Zárate a la salud y, en consecuencia, ordenará lo correspondiente.

Entonces así, extendiendo criterio del médico adscrito a la EPS, es deber de la misma velar por el cumplimiento oportuno y efectivo de los servicios y recomendaciones emitidas por el galeno tratante. Quien consideró se prestarán terapias en la residencia de la accionante. Frente a las demás terapias no se evidencia orden medica que prescriba su materialización en casa de la menor Krystal Annelyxce Mabel Sabogal.

En consecuencia, se concederá el amparo deprecado por la accionante Lesly Yasmín Murcia Rojas en representación de su menor hija Krystal Annelyxce Mabel Sabogal contra Capital Salud EPS contra la EPS Capital Salud para que a través de su representante legal o quien haga sus veces, garantice y materialice sin dilaciones injustificadas y exceso de trámites administrativos los exámenes médicos y medicamentos, teniendo en cuenta las recomendaciones del galeno tratante, de igual manera conceder el tratamiento integral de la menor afectada. La prestación de los servicios en salud en el Hospital La Misericordia. Ademas de las terapias domiciliarias ordenadas a favor de la menor Krystal Annelyxce Mabel Sabogal.

Lo anterior en razón a que la afectada no tenga que verse nuevamente avocada a incoar a través de la acción de tutela, los derechos fundamentales hoy concedidos en garantía constitucional.

DECISION

En virtud de las motivaciones que preceden, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Granada (Meta), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Conceder parcialmente el amparo de los derechos fundamentales *“a la salud, en conexidad con la vida y a la seguridad social”*, deprecados por la accionante Lesly Yasmín Murcia Rojas en representación de su menor hija Krystal Annelyxce Mabel Sabogal contra Capital Salud EPS, teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal y jurisprudencial en la parte motiva de esa decisión.

Segundo. Ordenar a Capital Salud EPS, para que a través de su representante legal o quien haga sus veces en un término de 48 horas, si aún no lo han hecho y contados a partir de la notificación de este proveído, garantice y materialice sin dilaciones injustificadas y exceso de trámites administrativos a la titular de los derechos Krystal Annelyxce Mabel Sabogal los exámenes médicos estudio computarizado de la marcha, una evaluación de la función osteomuscular, una radiografía panorámica de miembros inferiores y una radiografía de cadera ordenado en Fórmula Médica de fecha 12 de marzo de 2021, además de los medicamentos RIFAXIMINA 2% SUSPENSION ORAL (2000MG/100ML) CANTODAD 2 POR 10 DIAS DE TRATAMIENTO prescrito en fórmula médica MIPRES de fecha 4 de agosto del año en curso, AMITRIPTILINA 25 MG TABLETAS 25 MG CANTIDAD 90 DURACION 90 DIAS y PICOSULFATO DE SODIO GOTAS FRSC 15ML CANTIDAD 9 POR NOVENTA DIAS prescrito en formula medica de fecha 04 de agosto de 2021 expedida por la IPS GASTRO KIDS, teniendo en cuenta las recomendaciones del galeno tratante.

Tercero. Ordenar a Capital Salud Suministre en la residencia de la menor Krystal Annelyxce Mabel Sabogal, las terapias conductuales, ocupacional, fonoaudiología, psicología, 12 sesiones de casa una por mes orden para 3 meses prescritas en orden médica de fecha 26 de junio de 2021.

Cuarto. Ordenar a la EPS Capital Salud, para que a través de su representante legal o quien haga sus veces, en adelante garantice a la menor afectada Krystal Annelyxce Mabel Sabogal, toda la integralidad del tratamiento que genere de la patología retraso mental leve deterioro del comportamiento de grado no especifico y los diagnósticos discapacidad cognitiva, retraso del neurodesarrollo, trastornos afectivos bipolares, trastorno del comportamiento, trastorno oposicional desafiante, nódulos subependimarios en seguimiento, parálisis cerebral espástica, diagnosticada a la menor afectada, y en adelante todos los procedimientos, insumos, medicamentos y exámenes que sean ordenados y prescritos por el médico tratante.

Quinto. Negar la pretensión de ordenar personal profesional de apoyo solicitado por la accionante Lesly Yasmín Murcia Rojas, de acuerdo a la parte considerativa de esta decisión.

Sexto. Ordenar a la EPS Capital Salud, de tener contrato vigente se siga atendiendo a la menor Krystal Annelyxce Mabel Sabogal en el Hospital la Misericordia de Bogotá.

Séptimo. Sobre el efectivo cumplimiento de lo aquí dispuesto, la accionada deberá informar por escrito a este Estrado Judicial.

Octavo. Desvincular de la presente acción de tutela a la Secretaría de Salud del Meta, Secretaria Municipal de Salud, Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia de Salud, la Administradora de Recursos del Sistema de Seguridad Social, Hospital la Misericordia, Gencell Phapma, Sud Red Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE, el Hospital Departamental de Villavicencio, Gastro Kids S.A.S., Audifarma, por considerar que no han vulnerado derecho fundamental alguno dentro de este asunto.

Noveno. Notifíquese esta determinación a las partes por el medio más expedito de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

décimo. De no ser impugnada la presente sentencia dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, remítase el expediente al día siguiente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión como lo establece el inciso segundo del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Decimo. Una vez surtido el trámite ante la Corte Constitucional y en firme la presente decisión, procédase a su archivo.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE,

JAIME ROBERTO CORREDOR FANDIÑO
JUEZ

[i] sentencia T-278 de 2008