



San Gil, Dieciséis (16) de Noviembre de Dos Mil Veintitrés (2023)

Sentencia No. 091 Radicado 2023-00094-00

Surtido el trámite establecido por el Decreto 2591 de 1991 y estando dentro del término señalado en el artículo 29 ibidem, procede el Despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela impetrada por parte de la señora BARBARA DANIELA CONTRERAS CONTRERAS, identificada con Cédula de Ciudadanía número 1.100.965.108 expedida en San Gil (S), actuando en representación de su menor hija A.L.C.C, identificada con NUIP 1.100.979.000 de San Gil (S), en contra de la E.P.S. FAMISANAR y la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL (S).

## I. ANTECEDENTES

Mediante escrito remitido vía E-mail, la señora BARBARA DANIELA CONTRERAS CONTRERAS, identificada con Cédula de Ciudadanía número 1.100.965.108 expedida en San Gil (S), actuando en representación de su menor hija A.L.C.C, identificada con NUIP 1.100.979.000 de San Gil (S), interpuso acción de tutela en contra de la E.P.S. FAMISANAR y la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL (S), por la presunta vulneración a sus Garantías Primarias a la Salud, a la Vida, a la Seguridad Social, a la Igualdad, y la Dignidad Humana, con base en los siguientes:

## II. HECHOS

Como supuestos fácticos del amparo impetrado, la agenciante aduce los siguientes:

Señala que su hija A.L.C.C., nació el 30 de noviembre de 2022, tiene actualmente nueve (9) meses, y se encuentra afiliada a la EPS FAMISANAR, zonificada en el municipio de San Gil.

Dice que el 18 de agosto del corriente año, asistió con su hija a cita de medicina general en BIOSANAR IPS, siendo atendida por la profesional ANA TERESA ESCOBAR PATIÑO, debido a que observó que se le estaba pronunciando una vena en la cabeza de la menor, además de notar crecimiento de la cabeza hacia un lado, siendo diagnosticada con G919 HIDROCEFALO, NO ESPECIFICADO, secundario a MACROCEFALIA, por lo cual le fue ordenado el examen de TOMOGRAFÍA COMPUTADA DE CRÁNEO SIMPLE CON SEDACIÓN, para ser realizado en el Hospital Regional de San Gil, lo mismo que examen de NEUROLOGÍA PEDIÁTRICA.

Asevera que, el 19 de septiembre llevó a su hija a valoración con el anestesiólogo en el Hospital Regional de San Gil, como requisito previo para realizar el pre mencionado examen, donde le manifestaron que para dicho procedimiento se haría necesaria una sedación a nivel general, habiendo ese mismo día solicitado la cita a una secretaria, quien le informó que debía esperar que la llamaran para agendarla, a fin de realizar la tomografía computada de cráneo simple, y en vista que no le han llamado, tomó la iniciativa de hacerlo ella, y en varias oportunidades le dijeron que aún no hay agenda para ese examen, que debía acudir personalmente a pedirle al anestesiólogo que le otorgara un espacio para la práctica de la tomografía a su hija, porque es él quien las asigna, lo cual le es muy difícil, ya que vive en una vereda y no posee recursos económicos para estar desplazándose constantemente.

Que, el 20 de septiembre de 2023, su hija se encontraba dentro de su coche asoleador, y de repente se cayó, golpeándose su cabeza con el piso, debido a que su cabeza está creciendo más de lo normal, por ello no puede controlar el movimiento de su cabecita y por su corta edad no mantiene su postura corporal, siendo ello una razón más



por la que se halla a espera de que le sea practicado el susodicho examen, para determinar la causa que le está ocasionando la afectación en el desarrollo y crecimiento de su cráneo. Ante este suceso, acudió al área de urgencias del Hospital Regional de San Gil con su hija, siendo atendida a las 6:38 p.m. de ese mismo día, por la médico general SÁNCHEZ NIÑO YESSICA GINETH, quien manifestó que como tal esa consulta no era una urgencia, que debía sacar cita con médico general en su EPS, y le recomendó suministrarle acetaminofén a su hija si continuaba llorando.

Aduce que, el día 22 de septiembre avante, a las 9:54 llevó a su hija a la FUNDACIÓN BIOSANAR IPS, siendo atendida por la profesional ANA TERESA ESCOBAR PATIÑO, Médico Cirujana, R.M. 81-168/03, quien diagnosticó G919 HIDROCEFALO, NO ESPECIFICADO, por lo cual le ordenó 890275 CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN NEUROLOGÍA PEDIÁTRICA, SOSPECHA DE HIDROCEFALIA MACROCEFALIA.

Manifiesta que se vio en la obligación de acudir al presente trámite, ante la demora en la asignación de la cita y la práctica del procedimiento antes señalados, que son necesarios y urgentes, puesto que ante la dilación por parte del Hospital Regional de San Gil en asignar dichas citas, se está afectando notablemente el desarrollo normal, físico, fisiológico y psicomotor de su hija, sin que haya podido determinar la enfermedad que padece actualmente y su tratamiento a seguir para controlar los efectos adversos que puedan ocasionar lesiones a lo largo de su vida, dado que su cabecita sigue aumentando de tamaño notablemente.

Soportó lo anterior con los siguientes documentos en formato digital:

- Copia del documento de identidad de BÁRBARA DANIELA CONTRERAS CONTRERAS.
- Copia de Registro civil de nacimiento de la menor A.L.C.C.
- Certificación de afiliación a la EPS FAMISANAR S.A.S.
- Copia de la Historia Clínica y órdenes médicas de la menor.
- Copia de la orden médica de consulta de primera vez con Neurología Pediátrica.

### III. PETICIONES

Del contenido de la demanda se concluye, que lo pretendido por la señora BÁRBARA DANIELA CONTRERAS CONTRERAS, en representación de su menor hija A.L.C.C., es que se tutelen los Derechos Fundamentales a la Salud, Vida, Seguridad Social, la Igualdad, y Dignidad Humana de la infante, y que en consecuencia se ordene a E.P.S. FAMISANAR S.A.S. y el HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL: (i) que le autoricen, programen y practiquen efectivamente y de manera inmediata el procedimiento de *"TOMOGRFÍA COMPUTADA DE CRÁNEO SIMPLE, CON SEDACIÓN, HIDROCEFALIA VS MACROCEFALIA EE"*, ordenada el 18/08/2023 por la Dra. Ana Teresa Escobar Patiño; (ii) Autorizar, programar y materializar inmediatamente la *"CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN NEUROLOGÍA PEDIÁTRICA, SOSPECHA DE HIDROCEFALIA MACROCEFALIA"*, ordenada por la Dra. Ana Teresa Escobar Patiño el 22/09/2023; (iii) El tratamiento integral y la exoneración de copagos, cuotas moderadoras y cuotas de recuperación para efectos de prestación de los servicios y tecnologías en salud que requiera y sean ordenados por sus médicos tratantes, relacionados con su diagnóstico de G919 HIDROCEFALO, NO ESPECIFICADO y demás patologías desencadenantes de la misma.

### IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez recibida por reparto virtual, según acta N° 5859, este Despacho mediante auto del 01 de noviembre de 2023 admitió la acción de tutela, ordenando correr traslado de la demanda a las accionadas para que informaran el motivo por el cual presuntamente



no se le ha practicado el examen denominado “*TOMOGRAFIA COMPUTADA DE CRANEO SIMPLE CON SEDACION*”, ni asignado la CITA DE NEUROLOGIA PEDIATRICA a la menor **A.L.C.C.**, identificada con NUIP 1.100.979.000 de San Gil (S), atendiendo su diagnóstico de “*G919 HIDROCEFALO, NO ESPECIFICADO*”; así como para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la demanda de tutela, presentaran las pruebas que consideraran pertinentes para ejercer su derecho constitucional de defensa y contradicción.

En la misma proyección se ordenó la VINCULACIÓN de la IPS FUNDACIÓN BIOSANAR SAN GIL, de la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES y de la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER.

#### V. CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y FÁCTICAS DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS y VINCULADAS

##### **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.**

Mediante mensaje de datos remitido el 02 de noviembre de 2023, a través del señor JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO, obrando como apoderado conforme al poder conferido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, Dr. Fabio Ernesto Rojas Conde, luego de hacer un recuento del marco normativo de la entidad que representa, de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados a la salud, seguridad social, vida digna, dignidad humana y derecho a la vida, propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Seguidamente, ahonda sobre las funciones de las entidades promotoras de salud-E.P.S., los mecanismos de financiación de la cobertura integral para el suministro de servicios y tecnologías en salud, financiados y no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y con el presupuesto máximo, y hace un extenso relato sobre las nuevas disposiciones contenidas en las Resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, emanada del Ministerio de Salud y protección social, donde estableció el presupuesto máximo para la financiación de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a la UPC y no excluidos de la financiación con recursos del SGSSS, de los afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado, y a su vez, se definieron los servicios y tecnologías en salud financiadas y NO financiadas, con cargo a dicho presupuesto máximo.

Frente al caso en concreto aduce que es función de la E.P.S., y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, ni tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una E.P.S., por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de la misma. Recordando que las E.P.S. 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 E.P.S.

De igual manera, acerca de la extinta facultad de recobro informa que, en este tipo de casos se suele solicitar equivocadamente que la ADRES financie los servicios no cubiertos por la UPC, o que el Juez de tutela la faculte para recobrar ante esa entidad los servicios de salud suministrados; por lo cual trae a colación la Resolución 094 de 2020 la



cual establece lineamientos sobre los servicios y tecnologías financiados por la UPC, en concordancia con el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019 (lo cita), afirmando que, si bien la ADRES es la encargada de garantizar al adecuado flujo de recursos de salud, específicamente de la financiación de los servicios no financiados por la UPC, el anterior artículo se debe interpretar con el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, el cual estableció el mecanismo de financiación denominado “PRESUPUESTO MÁXIMO”, cuya finalidad es que los recursos de salud se giren ex ante a la prestación de los servicios, para que las E.P.S. presten los servicios de salud de manera integral. En ese sentido, advierte que el Juez de alzada debe abstenerse de pronunciarse sobre el reembolso de los gastos que se incurra en cumplimiento de la tutela de la referencia, ya que la normatividad vigente acabó con dicha facultad y al revivirla vía tutela, generaría un doble desembolso a las E.P.S. por el mismo concepto, ocasionando no solo un desfinanciamiento al sistema de salud sino también un fraude a la ley.

Por todo lo anterior, cierra su intervención requiriendo que se niegue el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la ADRES, dado que resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de la agenciada, y en consecuencia DESVINCULAR a esa Entidad del trámite de la presente acción constitucional, negar cualquier solicitud de recobro por parte de la E.P.S., en tanto los cambios normativos y reglamentarios ampliamente explicados, demuestran que los servicios, medicamentos o insumos en salud necesarios, se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los presupuestos máximos, además de que los recursos son actualmente girados antes de cualquier prestación; y modular las decisiones en el sentido de no comprometer la estabilidad del sistema de seguridad social en salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragados con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

Aporta como probatoria el poder especial otorgado.

### **E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL**

Vía correo electrónico del 03 de noviembre hogañ, se recibió memorial suscrito por el señor HORBES BRANLING BUITRAGO MATEUS, en su calidad de Gerente de dicha Institución de Salud, mediante el cual manifiesta que esa entidad actúa bajo los parámetros de cuidado y atención al paciente, velando por su seguridad y salud, dado el procedimiento adecuado para la condición en este caso de la menor A.L.C.C., aduciendo que se puede demostrar que ese Hospital procedió de manera eficiente y oportuna a prestar los servicios de salud, cumpliendo con las obligaciones propias de la institución, tal como se evidencia en la historia clínica de la paciente.

Adiciona que la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL, no tiene relación alguna con las solicitudes hechas por la accionante en el presente trámite, puesto que ha cumplido con sus obligaciones en la prestación de los servicios de salud, y no tiene legitimación en la causa por cuanto no recae responsabilidad alguna en autorizar órdenes, remisiones o consultas, autorizar procedimientos, como tampoco cancelar incapacidades médicas o realizar determinaciones propiamente de la EPS, tal y como se indica en las pretensiones de la acción de tutela, que por mandato legal corresponde directamente a aquella.

Considera que la presente acción constitucional es improcedente en lo que a ellos respecta, puesto que al haber prestado el servicio de salud oportuno y manejado de la manera institucionalmente adecuada, no es procedente vincular a esa entidad en las solicitudes impetradas por la accionante, siendo una responsabilidad que no le corresponde, y dado que se prestaron los cuidados y servicios necesarios para salvaguardar los derechos fundamentales del paciente, es así que carece del interés sustancial en el proceso que se discute.



Cierra su intervención solicitando que se declare la improcedencia de la presente acción frente a la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL, por falta de legitimación en la causa por pasiva, así como la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales.

Aportó como probatoria copia de la historia clínica de la menor A.L.C.C.

### **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.**

Emitió su respuesta vía E-mail recibido el 08 de noviembre de 2023, por intermedio de la señora JESSICA LARA PEDRAZA, en calidad de Gerente Técnica en Salud Regional Norte de dicha E.P.S., informando que, de conformidad a la vinculación de A.L.C.C. Régimen subsidiado, se le viene garantizando el tratamiento médico integral de conformidad a lo ordenado por los médicos tratantes, sin que exista negación por parte de esa entidad, ni mucho menos vulneración a derecho fundamental alguno, para lo cual adjunta histórico de servicios generados donde consta atención en salud recibida.

Con relación a la TOMOGRAFÍA COMPUTADA DE CRÁNEO SIMPLE, manifiesta que el servicio se encuentra direccionado a la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL, a quien se le solicitó agendamiento, y que para la CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN NEUROLOGÍA PEDIÁTRICA, fue direccionada a la IPS SINAPSIS a quien le solicitó agendamiento, teniendo en cuenta que como Institución de Servicio en Salud, es la encargada de la prestación directa del procedimiento requerido, en marco de las funciones otorgadas por el SGSSS, afirmando con ello que no existe vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno por parte de FAMISANAR E.P.S., y que las pretensiones planteadas por la accionante no están llamadas a prosperar, razón por la que solicita que se declare la improcedencia del presente trámite tutelar.

Aunado a lo anterior, se opone a que se otorgue el TRATAMIENTO INTEGRAL, advirtiendo que para ello es necesario que se cumplan requisitos jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional, para la autorización de servicios por parte de la E.P.S. que no estén con cargo a la UPC (Unidad de Pago por Capitación) y los no contemplados para ser financiados con el presupuesto máximo establecido en la Resolución 586 de 2021, servicios que no podrían ser verificados conforme a lo establecido en las normas que rigen el Sistema, al brindarse tratamiento integral en decisiones con un contenido indeterminado y a futuro lo que pondría en grave riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema de Salud y privando del Derecho Fundamental a la Vida e integridad Física de los demás afiliados al Sistema. Aduce que no es procedente que se conceda el tratamiento integral en tanto se evidencia que no se han configurado motivos que lleven a inferir que la EPS haya vulnerado o pretenda negar deliberadamente el acceso a la afiliad, de servicios a futuro.

Con base en lo precedente, culmina su escrito realizando las siguientes peticiones:

*“(...) 1. Solicito a su Señoría, se sirva declarar **IMPROCEDENTE** la presente acción frente a esta entidad, por inexistencia de violación o puesta en peligro de los Derechos Fundamentales de la accionante, por parte de **FAMISANAR**.*

*2. **VINCULAR Y ORDENAR a la ESE HOSPITAL SAN GIL** la realización del servicio de TOMOGRAFIA COMPUTADA DE CRANEO SIMPLE a nuestro afiliado A.L.C.C, de conformidad al direccionamiento realizado por FAMISANAR EPS.*

*3. **VINCULAR Y ORDENAR a la IPS SINAPSIS** la realización del servicio de CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN NEUROLOGIA PEDIATRICA a nuestro afiliado A.L.C.C, de conformidad al direccionamiento realizado por FAMISANAR EPS.*

*4. **NO ACCEDER** a la solicitud presentada para **TRATAMIENTO INTEGRAL**, por las razones expuestas con anterioridad.*



5. Denegar la acción de tutela instaurada por el accionante, por cuanto la conducta desplegada por **FAMISANAR EPS** ha sido legítima y tendiente a asegurar el derecho a la salud y la vida del usuario, dentro de las obligaciones legales de la misma y, además, por no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio.

#### **PETICIÓN SUBSIDIARIA.**

1. Solicito respetuosamente señor Juez que, en caso de conceder el amparo, se determinen expresamente en la parte resolutive de la sentencia las prestaciones en salud cobijadas por el fallo y la **patología cubierta** así como la patología respecto de la cual se otorga el amparo, para evitar la posibilidad de que en el futuro se terminen destinando los recursos públicos del sistema para el cubrimiento de servicios que no lleven implícita la preservación del derecho a la vida a través de una concesión de Integralidad, que precisamente es el objetivo del amparo. (...).

Para soportar lo afirmado, adjuntó a su respuesta las siguientes pruebas:

- Copia de la autorización de la Tomografía Computada de Cráneo Simple.
- Copia de la autorización de la Consulta de Primera vez por Especialista en Neurología Pediátrica.
- Correo de solicitud de agendamiento de la tomografía, dirigido al Hospital Regional de San Gil.
- Correo de solicitud de agendamiento de la cita por Neurología Pediátrica, dirigida a la IPS SINAPSIS.

#### **SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER y la IPS FUNDACIÓN BIOSANAR DE SAN GIL**

No obstante haber sido notificadas en debida forma de su vinculación al presente contradictorio, a la fecha no emitieron pronunciamiento alguno a los requerimientos del Despacho.

### **VI. CONSIDERACIONES**

#### **A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN**

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Nacional, el objetivo fundamental de la Acción de Tutela no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuando los mismos se han visto vulnerados, o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados por la Ley.

La Carta Política de 1991 consagra importantes garantías constitucionales y mecanismos para hacerlas efectivas, entre los cuales se encuentra la Acción de Tutela (Art. 86) diseñada con el objeto de proteger en forma inmediata los derechos fundamentales.

Así concebida, la acción de tutela es un derecho preferencial que se concreta en una vía judicial, a través de la cual las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por sujetos particulares en casos excepcionales.

Pero no obstante, ese carácter instrumental de justicia de tutela, no debe emplearse dada la informalidad y brevedad de los términos procesales a ella aplicables, para que los ciudadanos sometan a consideración por esta vía todo tipo de inquietudes y conflictos,



cuando al tenor del Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 la acción es de naturaleza subsidiaria, es decir, procede tan solo cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente con otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así se ha pronunciado la Corte:

*“...En otros términos, la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente al de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta le reconoce.” (Gaceta Constitucional, Sentencia T-001, abril 3 de 1992, página 167).*

## B. COMPETENCIA.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que, a través de la acción de tutela, toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo y procederá sólo en la medida en que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es así como la acción de tutela se encuentra reglamentada en los Decretos Legislativos 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, así como por el Auto 124 de 2009, por lo que de acuerdo a esta reglamentación se dio trámite a la presente.

## C. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE LAS PARTES

La señora BARBARA DANIELA CONTRERAS CONTRERAS, identificada con Cédula de Ciudadanía número 1.100.965.108 expedida en San Gil (S), actuando en representación de su menor hija A.L.C.C, identificada con NUIP 1.100.979.000 de San Gil (S), está legitimada por activa para incoar la presente acción de tutela contra la E.P.S. FAMISANAR y la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL (S), toda vez que está asumiendo la defensa de los Derechos Fundamentales a la Salud, a la Vida, a la Seguridad Social, a la Igualdad, y la Dignidad Humana de la infante, presuntamente vulnerados por las entidades accionadas, cumpliéndose con los presupuestos que la Honorable Corte Constitucional ha determinado para admitir la procedencia de la tutela en interés del tercero.

Así mismo, la E.P.S. FAMISANAR S.A.S. y la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL, se encuentran legitimadas por pasiva, como Entidades Jurídicas de Derecho Privado y Público, respectivamente, capaces de intervenir en el Amparo Constitucional, en la medida en que se les atribuye la supuesta vulneración de los derechos fundamentales de la menor A.L.C.C. En igual sentido las vinculadas IPS FUNDACIÓN BIOSANAR SAN GIL, la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES y la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de establecer si la E.P.S. FAMISANAR S.A.S. y la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL, conculcaron o pusieron en riesgo, amenaza o no, los Derechos Fundamentales a la Salud, Vida, Seguridad Social, Igualdad y Dignidad Humana, de la



menor A.L.C.C., identificada con NUIP 1.100.979.000 de San Gil (S), quien ostenta la calidad de sujeto de especial protección constitucional, por el hecho de no haberle autorizado, programado y realizado efectivamente el examen denominado “*TOMOGRFIA COMPUTADA DE CRANEO SIMPLE, CON SEDACION*”, ni asignado la CITA DE NEUROLOGIA PEDIATRICA, en razón de su diagnóstico de “*G919 HIDROCEFALO, NO ESPECIFICADO*”, por no exonerarla de copagos, cuotas moderadoras y cuotas de recuperación, así como el tratamiento integral, para efectos de prestación de todos los servicios de salud que requiera y sean ordenados por sus médicos tratantes, y si es la acción de tutela el medio idóneo para tales fines.

## VIII. ASPECTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL A CONSIDERAR

En aras de responder asertivamente el cuestionamiento anterior, considera el Despacho pertinente recordar aspectos de orden constitucional en relación con los derechos invocados por la señora BÁRBARA DANIELA CONTRERAS en representación de su menor hija A.L.C.C., de los cuales busca protección, acotando que la Corte Constitucional en Sentencia T-513 de 2020<sup>1</sup>, se refirió al Derecho Fundamental a la Salud de los niños y las niñas, y en ella expuso:

“(…)

1. El artículo 49 Superior dispone que la atención en salud es un servicio público y un derecho económico, social y cultural que el Estado debe garantizar a las personas. Ello implica asegurar el acceso a su promoción, protección y recuperación. Adicionalmente, el artículo 44 constitucional establece que “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...)” y prevé la prevalencia de estos frente a los derechos de los demás.

2. Esta disposición constitucional es concordante con lo establecido en tratados internacionales suscritos por Colombia, como es el caso de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño<sup>2</sup>. Este instrumento obliga al Estado a asegurar la atención en salud a los menores de edad con estándares de calidad, al hacer referencia al más alto nivel posible y de accesibilidad, indicando que deben adelantarse esfuerzos para asegurar que no se prive el goce de estos servicios a los menores<sup>3</sup>.

A nivel legal, el artículo 27 del Código de Infancia y Adolescencia establece que “todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud”. Igualmente, este código contiene un mandato específico sobre la atención en salud para los menores en situación de discapacidad, previendo su artículo 36 que “los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad tienen derecho a gozar de una calidad de vida plena, y a que se les proporcionen las condiciones necesarias por parte del Estado para que puedan valerse por sí mismos, e integrarse a la sociedad. Así mismo: (...) A la habilitación y rehabilitación, para eliminar o disminuir las limitaciones en las actividades de la vida diaria”.

En el mismo sentido la Ley 1751 de 2015<sup>4</sup> reitera la prevalencia del derecho fundamental a la salud de los menores de edad y se dispone su atención integral, ordenando al Estado implementar las medidas necesarias para ello, las cuales deben adoptarse de acuerdo con los diferentes ciclos vitales<sup>5</sup>. Además, por medio de esta ley

<sup>1</sup> Sentencia T-513 del 11 de diciembre de 2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

<sup>2</sup> Adoptado en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

<sup>3</sup> Artículo 24.1: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”. En el caso de los niños y niñas, la importancia de esta disposición internacional tiene aplicación directa en los procesos judiciales o administrativos que involucran menores, pues la Ley 1008 de 2006 otorgó competencias a diferentes actores institucionales para conocer y tramitar asuntos que “sean materia de Tratados y Convenios Internacionales vigentes en Colombia en los que se reconozcan principios, derechos, garantías y libertades de los niños y de las familias”<sup>3</sup>. Adicionalmente, el artículo 6º del Código de Infancia y Adolescencia establece que la Convención hace parte integral de su normativa

<sup>4</sup> Ley Estatutaria de Salud.

<sup>5</sup> Ley 1751 de 2015. Artículo 6º. “f) Prevalencia de derechos. El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la



*también se determinó que la atención en salud de los niños, niñas y adolescentes no puede estar limitada bajo ninguna restricción administrativa o económica.*

*3. La Corte Constitucional ha establecido el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y las niñas. En este sentido sostuvo la Corte en sentencia SU-225 de 1998 que “[d]el artículo 44 se deriva claramente que, la Constitución, respetuosa del principio democrático, no permite, sin embargo, que la satisfacción de las necesidades básicas de los niños quede, integralmente, sometida a las mayorías políticas eventuales”. Según la Corte “[p]or esta razón, la mencionada norma dispone que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares”. Advirtió además que “[s]e trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela”.*

*4. El derecho a la salud de los niños y niñas adquiere una protección adicional en la Ley Estatutaria de Salud. La Corte sostuvo en sentencia C-313 de 2014 que “El artículo 44 de la Carta, en su inciso último, consagra la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Este predominio se justifica, entre otras razones, por la imposibilidad para estos sujetos de participar en el debate democrático, dado que sus derechos políticos requieren para su habilitación de la mayoría de edad. Esta consideración de los derechos del niño, igualmente encuentra asidero en el principio rector del interés superior del niño, el cual, ha sido reconocido en la Convención de los derechos del niño, cuyo artículo 3, en su párrafo 1, preceptúa que en todas las medidas concernientes a los niños, se debe atender el interés superior de estos (...)”.*

*En este sentido, cualquier consideración en lo referente a la atención en salud de los niños y niñas debe verse determinada por la fundamentalidad de su derecho, la prevalencia de este sobre los derechos de los demás y la amplia jurisprudencia de la Corte en la materia encaminada a reconocer la protección reforzada de los menores de edad en lo referente a la satisfacción de sus derechos. (...)”.*

De igual manera, en la sentencia de unificación SU-508 de 2020<sup>6</sup>, el máximo órgano Constitucional, se refirió a las personas que ostentan una condición de especial protección constitucional, como el caso de la menor representada, de la siguiente manera:

*“(...) aa. Titularidad del derecho*

*112. El derecho a la salud es un derecho universal. Ello significa que toda persona, sin distinción alguna, tiene el derecho a acceder al servicio público de atención en salud. Sin embargo, el artículo 49 inciso 1 en concordancia con el artículo 13 inciso 3 de la Constitución Política de Colombia reconoce que ciertos grupos pueden gozar de una protección reforzada o ser titulares de ciertos contenidos concretos (escenarios constitucionales). Lo anterior fue recogido por la Ley 1751 de 2015 que en párrafo del artículo 6 señaló que a pesar de que los principios del derecho fundamental a la salud se deben interpretar de manera armónica y sin privilegiar uno frente a otro, ello no impide que se adopten acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional. Para el presente caso, son de relevancia los menores, los adultos mayores y personas en situación de discapacidad.*

*a. Niñas, niños y adolescentes*

*113. El artículo 44 inciso 1 de la Constitución Política de Colombia establece que la salud y la seguridad social, entre otros, son derechos fundamentales de los niños. El artículo 44 inciso 3 de la Constitución Política de Colombia consagró, además, que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.*

*114. La Corte Constitucional ha sostenido que los niños requieren de especial protección constitucional, debido a su condición de vulnerabilidad, susceptibilidad e*

Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años”

<sup>6</sup> Sentencia SU-508 del 07 de diciembre de 2020, M.P. Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas



*indefensión<sup>7</sup>. El carácter de especial protección significa, por un lado, que los derechos de los niños deben interpretarse junto con el principio de dignidad y, por otro lado, que éstos gozan de una protección prevalente cuando se presentan conflictos con otros intereses<sup>8</sup>.*

*115. En materia de salud, la jurisprudencia constitucional ha integrado el derecho a la salud con el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño, el cual consagra que la salud comprende el disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación<sup>9</sup>. Por ello, la Corte Constitucional ha ordenado reiteradamente a las EPS tomar las medidas tendientes a proteger y garantizar los derechos de esta población<sup>10</sup>. (...)*

## DE LA EXONERACIÓN DE COPAGOS, CUOTAS MODERADORAS Y/O CUOTAS DE RECUPERACIÓN.

En la misma sentencia previamente citada<sup>11</sup> y a propósito del mencionado derecho a la salud, respecto de la exoneración de cuotas moderadoras y copagos, el máximo Tribunal Constitucional, expresó:

***“(...) El régimen de exoneración de cuotas moderadoras y copagos***

*13. La Ley 100 de 1993 dispuso en su artículo 187 que los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. para racionalizar el uso de servicios en el sistema y complementar la financiación del PBS<sup>12</sup>.*

*14. El régimen de cuotas moderadoras y copagos fue adoptado en el Acuerdo 260 de 2004 del Ministerio de Salud y Protección Social. Allí se estableció la diferencia entre cuotas moderadoras y copagos, se indicó que las primeras se aplican a los afiliados cotizantes y sus beneficiarios y las segundas únicamente a estos últimos. También prescribe en su artículo 5º una serie de principios con fundamento en los cuales debe definirse la aplicación de estos montos. Se trata de los principios de equidad, información al usuario, aplicación general y no simultaneidad.*

*Adicionalmente, en su artículo 6º, determinó a cuáles servicios se les aplica el cobro de cuotas moderadoras<sup>13</sup>. A su vez, el artículo 7º dispuso que se cobrarán los copagos en todos los servicios contenidos en el PBS con excepción de:*

<sup>7</sup> C. Const., sentencia de constitucionalidad C-507 de 2004 y sentencias de tutela T-760 de 2008, T-036 de 2013, T-610 de 2013, T-252 de 2017, T468 de 2018 y 471 de 2018, entre otras.

<sup>8</sup> C. Const., sentencias de constitucionalidad C-041 de 1994 y sentencias de tutela T931 de 2004, T-036 de 2013 y T-610 de 2013, reiteradas por la sentencia T-471 de 2018.

<sup>9</sup> C. Const., Sentencias de tutela T-754 de 2015 y T-471 de 2018.

<sup>10</sup> C. Const., sentencia de tutela T-471 de 2018.

<sup>11</sup> Sentencia T-513 del 11 de diciembre de 2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

<sup>12</sup> Ley 100 de 1993. Artículo 187. *“Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud. En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobre. Tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica y la antigüedad de afiliación en el Sistema, según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Los recaudos por estos conceptos serán recursos de las Entidades Promotoras de Salud, aunque el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de Promoción de la Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía. PARÁGRAFO. Las normas sobre procedimientos de recaudo, definición del nivel socioeconómico de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables, entre otros, serán definidos por el Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”.*

<sup>13</sup> Acuerdo 260 de 2004. Artículo 6. **Artículo 6º. Servicios sujetos al cobro de cuotas moderadoras.** *Se aplicarán cuotas moderadoras a los siguientes servicios, en las frecuencias que autónomamente definan las EPS:*

1. Consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada.

2. Consulta externa por médico especialista.

3. Fórmula de medicamentos para tratamientos ambulatorios. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos. El formato para dicha fórmula deberá incluir como mínimo tres casillas.

4. Exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos en ella. El formato para dicha orden deberá incluir como mínimo cuatro casillas.



*“1. Servicios de promoción y prevención. / 2. Programas de control en atención materno infantil. / 3. Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles. / 4. Enfermedades catastróficas o de alto costo. / 5. La atención inicial de urgencias. / 6. Los servicios enunciados en el artículo precedente”.*

*Otra exclusión incluida en el Acuerdo se encuentra en el párrafo 2º del artículo 6º que dispone que “[s]i el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios”.*

*15. En adición al Acuerdo 260 de 2004, se han adoptado diversas normas que exoneran del pago de estas cuotas y copagos a determinadas personas o para determinados servicios. A continuación, se incluye un cuadro de estas exoneraciones junto con su fuente normativa<sup>14</sup>.*

<b>Servicio o persona exenta</b>	<b>Fuente normativa</b>
<i>Las personas en situación de discapacidad mental que tienen derecho a los servicios de salud de manera gratuita, a menos que su patrimonio directo o derivado de la prestación alimentaria, le permita asumir tales gastos.</i>	<i>Ley 1306 de 2009, artículo 12.</i>
<i>a) La población menor de 18 años a quien se le haya confirmado, a través de los estudios pertinentes, el diagnóstico de cáncer en cualquiera de sus etapas, tipos o modalidades, certificado por el Onco-Hematólogo Pediátrico, debidamente acreditado para el ejercicio de su profesión, de acuerdo con la normatividad vigente;</i>  <i>b) La población menor de 18 años con diagnóstico confirmado y certificado por el Onco-Hematólogo Pediátrico de Aplasias Medulares y Síndromes de Falla Medular, Desórdenes Hemorrágicos Hereditarios, Enfermedades Hematológicas Congénitas, Histiocitosis y Desórdenes Histiocitarios;</i>  <i>c) La población menor de 18 años, cuando el médico general o cualquier especialista de la medicina, tenga sospecha de cáncer o de las enfermedades enunciadas en el literal anterior y se requieran exámenes y procedimientos especializados, hasta tanto el diagnóstico no se descarte.</i>	<i>Ley 1388 de 2010, artículo 4.</i>
<i>Las personas mayores de edad, en relación con la práctica de la vasectomía o ligadura de trompas.</i>	<i>Ley 1412 de 2010, artículos 2 y 3.</i>
<i>Los niños, niñas y adolescentes de Sisbén 1 y 2, en situación de discapacidad física, sensorial y cognitiva, enfermedades catastróficas y ruinosas que sean certificadas por el médico tratante, respecto a los servicios y medicamentos de la parte especial y diferenciada del Plan de Beneficios.</i>	<i>Ley 1438 de 2011, artículo 18.</i>
<i>Los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia física o sexual y todas las formas de maltrato, que estén certificados por la autoridad competente, respecto de los servicios para su rehabilitación física,</i>	<i>Ley 1438 de 2011, artículo 19.</i>

5. Exámenes de diagnóstico por imagenología, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos en ella. El formato para dicha orden deberá incluir como mínimo tres casillas.

6. Atención en el servicio de urgencias única y exclusivamente cuando la utilización de estos servicios no obedezca, a juicio de un profesional de la salud autorizado, a problemas que comprometan la vida o funcionalidad de la persona o que requieran la protección inmediata con servicios de salud.

<sup>14</sup> Véase la Circular 016 del 2014 del Ministerio de Salud y Protección Social



<i>mental y atención integral hasta que se certifique médicamente su recuperación.</i>	
<i>Todas las mujeres víctimas de violencia física o sexual, que estén certificadas por la autoridad competente, respecto de la prestación de los servicios de salud física, mental y atención integral, sin importar su régimen de afiliación, hasta que se certifique médicamente la recuperación de las víctimas.</i>	<i>Ley 1438 de 2011, artículo 54.</i>
<i>Las víctimas del conflicto armado interno en los términos del artículo 3o de la Ley 1448 de 2011, y las pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, en los términos del artículo 3o del Decreto-ley número 4635 de 2011, que se encuentren registradas en el Sisbén 1 y 2, en todo tipo de atención en salud que requieran. En caso de no hallarse afiliadas a ningún régimen, tendrán que ser afiliadas en forma inmediata al régimen subsidiado.</i>	<i>Ley 1448 de 2011, artículo 52, parágrafo 2; Decreto-ley 4635 de 2011 artículo 53, parágrafo 2.</i>
<i>Las personas con cualquier tipo de discapacidad, en relación con su rehabilitación funcional, cuando se haya establecido el procedimiento requerido, en concordancia con los artículos 65 y 66 de la Ley 1438 de 2011.</i>	<i>Ley 1618 de 2013, artículo 9, numeral 9.</i>
<i>Las víctimas de lesiones personales causadas por el uso de cualquier tipo de ácidos o sustancia similar o corrosiva que generen daño o destrucción al entrar en contacto con el tejido humano y generen algún tipo de deformidad o disfuncionalidad, respecto de los servicios, tratamientos médicos y psicológicos, procedimientos e intervenciones necesarias para restituir la fisonomía y funcionalidad de las zonas afectadas</i>	<i>Ley 1438 de 2011, artículo 53A, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1639 de 2013.</i>

(...)"

## IX. CASO EN CONCRETO

Como se reseñó en los antecedentes, el caso sub examine tiene su origen en el escrito presentado por la señora BARBARA DANIELA CONTRERAS CONTRERAS, quien aboga por la salvaguarda de las prerrogativas fundamentales a la salud, vida, seguridad social, igualdad y dignidad humana, a nombre y representación de su menor hija A.L.C.C., quien cuenta con tan sólo nueve (9) meses de nacida, las que considera trasgredidas por parte de la E.P.S FAMILIAR y la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL, atendiendo a que la menor fue diagnosticada con G919 HIDROCEFALO, NO ESPECIFICADO, secundario a MACROCEFALIA, motivo por el cual su médico tratante, desde el 18 de agosto hogaño, prescribió la realización del examen de TOMOGRAFÍA COMPUTADA DE CRÁNEO SIMPLE, CON SEDACIÓN, y adicionalmente ordenó CONSULTA DE PRIMERA VEZ CON ESPECIALISTA EN NEUROLOGÍA PEDIÁTRICA, manifestando la inicialista que a la fecha de interposición del presente libelo, las entidades accionadas han dilatado la prestación efectiva de tales servicios de salud, situación que está afectando notablemente el desarrollo normal, físico, fisiológico y psicomotor de su hija, sin que se haya podido determinar la enfermedad que padece actualmente y su tratamiento a seguir para controlar los efectos adversos que puedan ocasionar lesiones a lo largo de su vida, dado que su cabecita sigue aumentando de tamaño notablemente.

Dado el acontecer fáctico descrito precedentemente, la libelista principal considera necesario que por parte de la E.P.S. se garantice el tratamiento integral para su menor hija, y de igual manera solicita la exoneración de copagos, cuotas moderadoras y/o cuotas de recuperación, dada su precaria situación económica, pues no cuenta con recursos suficientes para asumir tales costos.



En su participación en el contradictorio, la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL, adujo que la presente acción constitucional es improcedente en lo que a ellos respecta, puesto que al haber prestado el servicio de salud oportuno y manejado de la manera institucionalmente adecuada, no es procedente vincular a esa entidad en las solicitudes impetradas por la accionante, siendo una responsabilidad que no le corresponde, dado que se prestaron los cuidados y servicios necesarios para salvaguardar los derechos fundamentales de la paciente, careciendo de interés sustancial en el proceso que se discute.

En contraposición, la **E.P.S. accionada** esgrimió en su defensa que, ha cumplido con todas sus obligaciones como entidad de aseguramiento al efectuar las autorizaciones correspondientes, informando que la tomografía computada de cráneo simple, fue direccionada al Hospital Regional de San Gil, y que la consulta de primera vez por especialista en Neurología Pediátrica se expidió con destino a la IPS SINAPSIS, estas dos entidades a las cuales se remitió el correo correspondiente, solicitando los agendamientos respectivos, encontrándose a la espera de su pronunciamiento. Aunado a ello, se opone rotundamente a que se otorgue el Tratamiento integral, en tanto que no se evidencia que se hayan configurado motivos que permitan inferir que la EPS haya vulnerado o pretenda negar deliberadamente el acceso a servicios de salud de la afiliada.

#### SOBRE LA EXISTENCIA DE VULNERACIÓN O AMENAZA DEL DERECHO A LA SALUD, VIDA EN CONDICIONES DIGNAS Y SEGURIDAD SOCIAL DEL ACCIONANTE

Recordemos que E.P.S. FAMISANAR manifestó en su respuesta allegada el 08 de noviembre de 2023, que no ha negado ningún servicio de salud, ni ha actuado con negligencia respecto de los requerimientos de la menor A.L.C.C., aduciendo que ha expedido las autorizaciones pertinentes respecto de las órdenes reclamadas, dejando entrever que la obligación en su efectiva realización recae ahora en las IPS a las cuales las direccionó para su agendamiento.

Sin embargo, si observamos la Historia Clínica de la paciente, aportada con el escrito genitor, se avizora que las órdenes prescritas a la menor, por parte de su médico tratante, Dra. ANA TERESA ESCOBAR PATIÑO, datan, la TOMOGRAFÍA COMPUTADA DE CRÁNEO SIMPLE, CON SEDACIÓN, y CONSULTA MÉDICA EN ANESTESIOLOGÍA PARA SEDACIÓN, del 18/08/2023, y la CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN NEUROLOGÍA PEDIÁTRICA, del 22/09/2023, panorama ante el cual, para este Despacho prima el criterio médico científico, por lo cual habrá de precisarse que en relación con el médico tratante y la prioridad de sus órdenes la Corte señaló:

*“Así los servicios de salud de cualquier tipo y clase que deben prestar las E.P.S., entre ellas los medicamentos, no son aquellas prestaciones que el ciudadano desde un punto de vista meramente subjetivo considere conveniente para él, sino aquellas prestaciones en salud que el médico tratante, con un criterio científico objetivo ha determinado que necesita el paciente para recuperar su salud. Por ello, estas órdenes médicas no revisten un carácter arbitrario e irrazonable, sino que por el contrario se encuentran plenamente justificadas con base en criterios científicos, razón por la cual considera la Corte que las prestaciones en salud ordenadas por el médico tratante adquieren una fundamentabilidad concreta respecto del paciente en razón de la finalidad última de proteger el derecho fundamental a su salud.”*

Empero, de la probatoria arrojada al expediente por parte de la accionada, no se vislumbran acciones efectivas tendientes a su materialización, puesto que, como puede deducirse, van transcurridos más de tres (3) meses, y hasta ahora, sólo se cuenta con las autorizaciones, sin una fecha específica para su realización, lo que demuestra desinterés y falta de proactividad de parte de la accionada en brindar como corresponde, los servicios médicos requeridos por la paciente A.L.C.C., máxime cuando se trata de la prestación de un derecho iusfundamental respecto de un sujeto de especial protección constitucional; en consecuencia, ha de advertirse a la E.P.S. FAMISANAR que con la expedición de los



Formatos de DIRECCIONAMIENTO DE SERVICIOS PBS, no pueden darse por suministrados los servicios que requiere la paciente, más aún en tratándose de sujetos de especial protección constitucional, ya que dicha acción no va más allá de un trámite administrativo, que no sufre lo que realmente demanda la afiliada para el restablecimiento de la salud de su menor hija, pues lo que efectivamente requiere es que se preste el servicio ordenado por la profesional de la salud que los prescribió.

En este orden de ideas, partiendo del precedente jurisprudencial, el Despacho, atendiendo a que las condiciones de salud de la infante son delicadas y de cuidado, y considerando que se trata de una persona que ostenta la calidad de sujeto de especial protección constitucional, concederá el resguardo de los derechos fundamentales a la salud, vida y Seguridad Social de la menor A.L.C.C.; y en consecuencia, se ordenará al Representante Legal de la E.P.S. FAMISANAR S.A.S., o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, sin que se impongan requisitos administrativos que generen dificultad o dilación, previa la verificación de la existencia y vigencia de los convenios contractuales con las Instituciones Prestadoras del Servicio adscritos a su red de servicios, proceda a AUTORIZAR, AGENDAR Y REALIZAR efectivamente y de manera inmediata, la *“TOMOGRAFÍA COMPUTADA DE CRÁNEO SIMPLE CON SEDACIÓN”*, ordenada desde el 18/08/2023 por la Dra. Ana Teresa Escobar Patiño, lo mismo que la *“CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN NEUROLOGÍA PEDIÁTRICA, SOSPECHA DE HIDROCEFALIA MACROCEFALIA”*, ordenada por la misma profesional el 22/09/2023, con miras a que bajo criterio médico científico actual se proceda a establecer el tratamiento que en aseguramiento de la salud de la menor A.L.C.C., identificada con NUIP 1.100.979.000 de San Gil (S), sea necesario con ocasión de la patología *“G919 HIDROCEFALO, NO ESPECIFICADO, secundario a MACROCEFALIA”*.

#### EN LO TOCANTE A LA EXONERACIÓN DE COPAGOS, CUOTAS MODERADORAS Y CUOTAS DE RECUPERACIÓN

Como la representante de la menor A.L.C.C., afirma que reside en el sector rural de este municipio, específicamente en la vereda Alto del Encinal, y que es una persona de escasos recursos económicos, razón por la que no se encuentra en condiciones para costear el valor de los copagos y cuotas de recuperación que le impone la E.P.S. para recibir los servicios de salud prescritos por los médicos tratantes de su menor hija, aunado a que se halla afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el régimen subsidiado; frente a tales afirmaciones debe advertir el Juzgado que cuando se alega la falta de la capacidad económica del usuario y de su núcleo familiar, la carga de la prueba<sup>15</sup> se invierte de tal manera que le corresponde a la E.P.S. el probar lo contrario, lo que para el presente caso no ocurrió, ya que la accionada no hizo pronunciamiento alguno al respecto, ni desvirtuó la afirmación de la accionante.

En ese sentido, el máximo órgano de cierre constitucional, respecto de la capacidad económica del paciente y la inversión de la carga de la prueba, afirmó lo siguiente:

<sup>15</sup> Sentencia T-622 de 2012. “...Precisamente para despejar cualquier interrogante referido a la capacidad de pago del usuario del sistema de salud, esta Corporación reiteró en la sentencia T-1066 de 2006 las siguientes reglas probatorias: (i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad<sup>15</sup>.”



*“(…) 3.6 De forma puntual, en torno a la capacidad económica del paciente y su familia, este Tribunal ha concluido que el actor y su núcleo familiar están en la obligación de poner en conocimiento del juez el evento de una precaria situación económica, invirtiéndose con ello la carga de la prueba hacia la E.P.S., quien deberá acreditar que el afiliado cuenta con la capacidad financiera requerida; en caso de guardar silencio, se tendrá por probada la afirmación del accionante. Se ha considerado que:*

*“(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad (vi) hay presunción de incapacidad económica frente a los afiliados al SISBEN teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población” (...).”*

De conformidad con lo hasta aquí analizado, habida cuenta que la promotora de la presente acción demanda su otorgamiento en favor de su representada, manifestando que no cuenta con recursos económicos para cubrir el valor de los copagos exigidos para la prestación de los servicios de salud prescritos por sus médicos tratantes, en cuanto a la patología de “G919 HIDROCEFALO, NO ESPECIFICADO, secundario a MACROCEFALIA”, y teniendo en cuenta la condición de sujeto de especial protección constitucional de la menor A.L.C.C., aunado a estar afiliada al régimen subsidiado en salud, menester resulta extender la protección constitucional a través de la exoneración de copagos, cuotas moderadoras y/o cuotas de recuperación<sup>16</sup>, en aras de evitar poner

<sup>16</sup>Sentencia T-402 de 2018 “...5.1.7. De otro lado, con el objetivo de evitar que el cobro de copagos se convierta en una barrera para la garantía del derecho a la salud, esta Corporación ha considerado que hay lugar a la exoneración del cobro de los *pagos moderadores*, en los casos en los cuales se acredite la afectación o amenaza de algún derecho fundamental, a causa de que el afectado no cuenta con los recursos para sufragar los citados costos. Particularmente, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos reglas que el operador judicial debe tener en cuenta para eximir del cobro de estas cuotas: (i) cuando la persona que necesita de urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor<sup>166</sup>; (ii) cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente de forma oportuna, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de financiamiento de la cuota moderadora, con la posibilidad de exigir garantías, a fin de evitar que la falta de disponibilidad inmediata de recursos se convierta en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio<sup>167</sup>.”

5.1.8. En síntesis, la cancelación de cuotas moderadoras y copagos es necesaria en la medida en que contribuyen a la financiación del Sistema de Seguridad Social en Salud y protege su sostenibilidad. No obstante, el cubrimiento de copagos no puede constituir una barrera para acceder a los servicios de salud, cuando el usuario no tiene capacidad económica para sufragarlos, por lo que es procedente su exoneración a la luz de las reglas jurisprudenciales anteriormente referidas. Así mismo, el Acuerdo 260 de 2004 que definió el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras en el Sistema de Salud, estableció que estas deben fijarse con observancia de los principios de equidad, información al usuario, aplicación general y no simultaneidad, siempre en consideración de la capacidad económica de las personas. Así mismo, dispuso el deber de aplicar copagos a todos los servicios de salud con excepción de ciertos casos particulares, dentro de los cuales se encuentran: (i) aquellos en los cuales el paciente sea diagnosticado con una enfermedad catastrófica o de alto costo y (ii) cuando el usuario se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas.

En este orden de ideas, es procedente que el operador judicial exima del pago de copagos y cuotas moderadoras cuando: (i) una persona necesite un servicio médico y carezca de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, caso en el cual la entidad encargada deberá asegurar al paciente la atención en salud y asumir el 100% del valor correspondiente; (ii) el paciente requiera un servicio médico y tenga la capacidad económica para asumirlo, pero se halle en dificultad de hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado. En tal supuesto, la E.P.S. deberá garantizar la atención y brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora; y (iii) una persona haya sido diagnosticada con una enfermedad de alto costo o esté sometida a las prescripciones regulares



barreras a los usuarios para acceder a los servicios de salud, de conformidad con el soporte Jurisprudencial previamente esbozado, y solo en relación con el tratamiento de la patología descrita, como así se dispondrá en la resolutive.

## EN LO RELACIONADO CON EL TRATAMIENTO INTEGRAL

Como colofón, en lo atinente a la posibilidad de que se ordene a E.P.S. FAMISANAR S.A.S., el suministro del tratamiento integral respecto de la patología que padece la menor A.L.C.C., revisado el material probatorio aportado con el escrito tutelar y el recolectado dentro del trámite, se tendrá en cuenta lo considerado por la Honorable Corte constitucional en la Sentencia T-651 de 2014, que, frente a la ausencia de criterio médico científico, sostuvo:

*“4.- Imposibilidad del juez de ordenar el reconocimiento de prestaciones en salud sin orden médica en dicho sentido. Reiteración de jurisprudencia*

*Ahora bien, en un nivel de abstracción distinto, ha sostenido la Corte Constitucional que el juez de tutela debe garantizar de manera efectiva la satisfacción del derecho a la salud, en aquellos casos en que se discute la conveniencia médica de una determinada prestación o servicio. Esto, mediante la prerrogativa que prima facie tiene el derecho fundamental a la autonomía personal.*

*En dichas situaciones, resulta especialmente importante para el juez de amparo la determinación de que el proceso de decisión de aplicación de un tratamiento o medicamento tiene tanto una prohibición como una obligación, que son componentes de la calidad en la prestación del servicio como elemento esencial del derecho de salud. **De un lado, se prohíbe de manera general que el juez sustituya criterios médicos por criterios jurídicos, por lo cual sólo se autoriza al mencionado juez, ordenar tratamientos y/o medicamentos que previamente hayan sido prescritos por el médico tratante.** De otro, es deber del juez de tutela velar por el ejercicio del derecho a la autonomía de los pacientes, mediante órdenes que posibiliten a estos decidir libre y conscientemente sobre el sometimiento a ciertos tratamientos médicos, cuando la negativa de su reconocimiento se sustenta en razones de inconveniencia<sup>17</sup>.*

*En efecto, **se ha establecido de manera reiterada por parte de este Tribunal Constitucional que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente.** Por lo cual no están llamados a decidir sobre la idoneidad de los mismos. Se ha afirmado pues, que [l]a actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento.<sup>18</sup> **Por ello, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico (...) [es] que este haya sido ordenado por el médico tratante<sup>19</sup>**” (Negrilla y subraya del Despacho).*

En este orden de ideas, atendiendo el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en la materia, el Despacho se abstendrá de ordenar el suministro de tratamiento integral, como quiera que en esta instancia se desconoce qué servicios de salud pueda llegar a requerir la infante A.L.C.C., por orden de sus médicos tratantes, quienes son, en últimas, los llamados a determinarlos y no este Despacho Judicial; empero la E.P.S, deberá tener en cuenta que por mandato Constitucional y Legal debe garantizar a la usuaria el acceso a los servicios de salud que requiera de manera continua, oportuna, eficiente y de calidad en un lugar cercano a la residencia de la paciente, más aún cuando dichos servicios son ordenados bajo criterio científico del médico tratante, de conformidad con lo considerado en el presente proveído.

de un programa especial de atención integral para patologías específicas, casos en los cuales se encuentra legalmente eximida del cubrimiento de la erogación económica.

<sup>17</sup> Extracto de la sentencia T-050 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>18</sup> T-569 de 2005. Cr. también entre otras, las sentencias T-059 de 1999, T-1325 de 2001, T-398 de 2004 y T-412 de 2004.

<sup>19</sup> T-569 de 2005.



Aunado a lo anterior, al no advertirse amenaza o vulneración de derechos fundamentales por parte de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL (S), ni de la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, como de la IPS FUNDACIÓN BIOSSANAR DE SAN GIL, y la SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE SANTANDER, se procederá a su desvinculación del presente trámite tutelar, no sin antes INSTAR a estas dos últimas entidades para que, en lo sucesivo, atiendan de manera oportuna los requerimientos efectuados por los Jueces Constitucionales, so pena de las medidas correspondientes.

\*\*\*\*\*

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de San Gil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

## RESUELVE

**PRIMERO. TUTELAR** los Derechos Fundamentales a la salud, vida y Seguridad Social de la menor A.L.C.C, identificada con NUIP 1.100.979.000 de San Gil (S), en los términos y por las razones previstas en el presente proveído.

**SEGUNDO. ORDENAR** al Representante Legal de la E.P.S. FAMISANAR S.A.S., o quien haga sus veces, que dentro del término perentorio de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, sin que se impongan requisitos administrativos que generen dificultad o dilación, previa la verificación de la existencia y vigencia de los convenios contractuales con las Instituciones Prestadoras del Servicio adscritos a su red de servicios, proceda a **AUTORIZAR, AGENDAR Y REALIZAR efectivamente y de manera inmediata**, la “*TOMOGRAFÍA COMPUTADA DE CRÁNEO SIMPLE CON SEDACIÓN*”, ordenada desde el 18/08/2023 por la Dra, Ana Teresa Escobar Patiño, lo mismo que la “*CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN NEUROLOGÍA PEDIÁTRICA, SOSPECHA DE HIDROCEFALIA MACROCEFALIA*”, ordenada por la misma profesional el 22/09/2023, con miras a que bajo criterio médico científico actual se proceda a establecer el tratamiento que en aseguramiento de la salud de la menor A.L.C.C., identificada con NUIP 1.100.979.000 de San Gil (S), sea necesario con ocasión de la patología “G919 HIDROCEFALO, NO ESPECIFICADO, secundario a MACROCEFALIA”.

**TERCERO. EXONERAR** del cobro de **COPAGOS, CUOTAS MODERADORAS y/o CUOTAS DE RECUPERACIÓN** por todos los servicios de salud que E.P.S. FAMISANAR S.A.S. deba prestarle a la menor A.L.C.C, identificada con NUIP 1.100.979.000 de San Gil (S), con ocasión de la patología “G919 HIDROCEFALO, NO ESPECIFICADO, secundario a MACROCEFALIA”, en aquiescencia de lo considerado en la parte motiva.

**CUARTO. NEGAR EL TRATAMIENTO INTEGRAL**, por las razones previstas en la presente proyección.

**QUINTO. DESVINCULAR** del presente trámite tutelar a la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SAN GIL (S), la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, así como a la IPS FUNDACIÓN BIOSSANAR DE SAN GIL, y la SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE SANTANDER, no sin antes **INSTAR** a estas dos últimas entidades para que, en lo sucesivo, atiendan de manera oportuna los requerimientos efectuados por los Jueces Constitucionales, so pena de las medidas correspondientes.

**SEXTO. NOTIFÍQUESE** esta providencia a todos los interesados en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 y 5 del Decreto 306 de 1992.



SÉPTIMO. Contra esta decisión procede la **IMPUGNACIÓN** presentada dentro de los tres días siguientes a su notificación.

OCTAVO. A costa de la parte interesada expídanse fotocopias auténticas de la presente sentencia, de así requerirlo.

NOVENO. Si no fuere impugnada, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

DÉCIMO. **EXCLUIDA DE REVISIÓN**, previas las anotaciones de rigor, **ARCHÍVENSE** las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS DANIEL BUSTAMANTE JAIMES  
JUEZ

CDBJ/Cjrv