



DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES MIXTAS DE FUSAGASUGÁ

Fusagasugá, cinco (05) de septiembre dos mil veintitrés (2023).

ACCIÓN DE TUTELA N° 252904004003-2023-504 INTERPUESTA POR CARLOS ANDRÉS MONTAÑEZ CHAPARRO COMO AGENTE OFICIOSO DE ANDRÉS FELIPE MONTAÑEZ GÓMEZ CONTRA LA EPS FAMISANAR S.A.S. Y LA UNIDAD MEDICO QUIRÚRGICA DE ORL S.A.S.

SENTENCIA

Corresponde a este Despacho resolver en primera instancia la acción de tutela promovida por el señor **CARLOS ANDRÉS MONTAÑEZ CHAPARRO**, actuando en calidad de agente oficioso de su hijo **ANDRÉS FELIPE MONTAÑEZ GÓMEZ** en contra de la **EPS FAMISANAR S.A.S.** y la **UNIDAD MEDICO QUIRÚRGICA DE ORL S.A.S.**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y al interés superior del niño.

ANTECEDENTES

Hechos.

Indica el accionante que su hijo **ANDRÉS FELIPE MONTAÑEZ GÓMEZ**, un menor de doce (12) años de edad, presenta diagnóstico de: "*Asma severa parcialmente controlada (j-450), 2. rinitis alérgica (j-303) 3. prurigo (l-282), 4. alergia a ácaros de polvo y sensibilización a perro, cucaracha, ciprés y hormiga (t-784), 5. apnea del sueño, síndrome de apnea, hipoapnea obstructiva del suelo leve (g-473)*".

Señala que la doctora Viviana María Valencia González, médica especializada en alergología e inmunóloga, ordenó consulta de control y seguimiento por especialista en alergología a favor del menor, desde el 13 de septiembre de 2022.

Manifiesta que, pese a que dicha consulta médica fue pre autorizada por la **EPS FAMISANAR** el día 09 de febrero de 2023, a la fecha no ha podido ser programada en razón a que la **UNIDAD MEDICA QUIRÚRGICA DE ORL S.A.S.**, señala que no hay agenda disponible para llevarla a cabo.

Sostiene que el retardo en la atención médica y la negativa de la accionada en prestar el servicio requerido, conlleva a un riesgo para el estado de salud del menor, teniendo en cuenta sus diagnósticos.



Objeto

De acuerdo con lo expuesto, el accionante pretende el amparo de los derechos fundamentales de su menor hijo a la salud y a la vida digna, en consecuencia, solicita ordenar a las encartadas, que dispongan lo pertinente para que se programe en favor de **ANDRÉS FELIPE MONTAÑEZ GÓMEZ** consulta por control o seguimiento con especialista en alergología, así como un tratamiento médico integral de conformidad con lo dispuesto por su médico tratante.

TRÁMITE DE INSTANCIA

La presente acción fue admitida por auto del 22 de agosto de 2023, a través del cual se ordenó librar comunicación a las accionadas, con el fin de ponerles en conocimiento el escrito de tutela y solicitarles la información pertinente. Así mismo, se vinculó a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** y al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, para que se pronunciaran respecto de los hechos y pretensiones de la acción de tutela e informaran que tramite han dado a la queja elevada por la libelista.

A su vez, se decretó la medida provisional solicitada por la accionante por lo que este despacho ordenó a la **EPS FAMISANAR S.A.S.**, y a la **UNIDAD MEDICO QUIRÚRGICA DE ORL S.A.S.**, que en el marco de sus funciones y dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia dispusieran lo pertinente para que se programe en favor del menor **ANDRÉS FELIPE MONTAÑEZ GÓMEZ** " *consulta por control o de seguimiento con especialista en alergología*" de conformidad con lo dispuesto por su médico tratante.

Informes recibidos

La **EPS FAMISANAR S.A.S.** indica que ANDRÉS FELIPE MONTAÑEZ GÓMEZ, se encuentra vinculado a la entidad, reportando estado de afiliación ACTIVO, en el Régimen Contributivo en calidad de beneficiario, por lo cual sostiene que el usuario ha recibido un tratamiento médico integral de conformidad a lo ordenado por los médicos tratantes, sin que exista vulneración a derecho fundamental alguno.

Informa que para el caso en concreto solicitó programación para consulta por alergología, a la UNIDAD MEDICO QUIRÚRGICA DE ORL S.A.S, quien de conformidad sus competencias, es quien debe agendar la cita médica.

Señala que las funciones de las Entidades Aseguradoras difieren de las Instituciones Prestadoras de Servicios en Salud, pues la EPS como Entidad aseguradora de sus afiliados, garantiza la prestación de los servicios a través de la red de prestadores que se tiene contratada para tal fin, por lo que no depende de forma exclusiva de esta entidad la garantía de suministro de servicios de salud.



Adicionalmente, sostiene 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 afiliada de servicios a futuro.

Por las razones expuestas solicita se levante la medida provisional decretada, y se declare improcedente la presente acción frente a esta entidad, por inexistencia de violación o puesta en peligro de los derechos fundamentales de la accionante, además de porque refiere que la conducta por ellos desplegada ha sido legítima y tendiente a asegurar el derecho a la salud y la vida del usuario.

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** alega la inexistencia del nexo de causalidad entre la presunta violación de derechos fundamentales invocados por la parte accionante y esta entidad, así como falta de legitimación en la causa por pasiva, habida cuenta que según manifestó la vulneración de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la superintendencia, sino que los fundamentos fácticos de la acción, se encuentra a cargo de la Entidad Administradora del Plan de Beneficios en Salud.

Adicionalmente precisó que el ente de control del Sistema de Salud en Colombia no es el que tiene en cabeza el aseguramiento de los usuarios del sistema, ni tiene la facultad de prestar servicios de salud, toda vez que la prestación efectiva de los mismos está en cabeza de las EPS.

Por lo anterior solicitó declarar la improcedencia de la presente acción de tutela en lo relacionado con la Superintendencia Nacional de Salud, y en consecuencia exonerarla de toda responsabilidad que se pueda llegar a endilgar durante de la misma.

El **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** sostiene que no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos por tanto alega falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de vulneración de derechos fundamentales, luego, solicita su exoneración de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela.

Por último, la **UNIDAD MEDICO QUIRÚRGICA DE ORL S.A.S.**, pese a estar notificada en debida forma al correo de notificaciones judiciales, no allegó respuesta alguna.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la constitución política de Colombia, norma que la establece como un mecanismo jurídico sumario y que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando le son vulnerados o están en amenaza debido a la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular.

Para que la acción constitucional prospere se debe demostrar la vulneración de los preceptos fundamentales que se consideran conculcados y en algunos casos, también la causación de un



perjuicio irremediable, para que el juez de tutela concrete su garantía, pues únicamente cuando sea indubitable su amenaza o vulneración resulta viable por esta vía ordenar el reconocimiento de una situación que puede llegar a ser dirimida por otro medio de defensa judicial (C. C. T-471 de 2017).

Derecho fundamental a la salud.

Dispone el artículo 49 constitucional que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, y que estos deben ser garantizados a todas las personas, desde las ópticas de promoción, protección y recuperación del estado de salud.

Esta disposición constitucional reafirma que a todas las personas se les debe otorgar la garantía de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de ese estado de salud, determinando, de manera irrefutable, que el derecho a la salud adquiere el rango de fundamental y por ello todas las personas tienen el derecho a su atención, definiendo así el sujeto, sin hacer exclusión de ninguna índole, para abarcar, por consiguiente, la universalidad de los destinatarios del mismo.

En aplicación directa de la Constitución, la jurisprudencia constitucional siempre ha optado por considerar que el derecho a la salud es fundamental por cuanto protege múltiples ámbitos de la vida humana, y a la vez es un derecho complejo, tanto por su concepción como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan, y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad (Sentencia T-760 de 2008 y T-062 de 2017).

Con la expedición de la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud es reconocido finalmente como derecho fundamental, para regularlo como aquella garantía consistente en la adopción de medidas y prestación de servicios, en procura del más alto nivel de calidad e integridad posible, sobre todo, de personas en estado de debilidad manifiesta, puesto que, sumado a la prestación de un servicio de calidad y tratamiento eficiente e integral, esas personas merecen especial protección por parte del Estado.

Precisamente con esta legislación, se estableció que la atención en materia de salud, debe ser prestada de manera integral, es decir, que *«los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador»*, por las entidades encargadas por el Estado, con observancia de sus elementos esenciales e interrelacionados, tales como la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad, la calidad e idoneidad profesional y principios básicos como los de universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de los derechos, progresividad del derecho, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia e interculturalidad y protección especial a minorías étnicas.



Por lo tanto, las personas vinculadas al Sistema General de Salud independientemente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garanticen un servicio de salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad y con la posterior recuperación; por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones de dignidad.

La Corte Constitucional¹ ha señalado que el **principio de oportunidad** se refiere a que:

El usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado.

Este principio implica que el paciente debe recibir los medicamentos o cualquier otro servicio médico que requiera a tiempo y en las condiciones que defina el médico tratante, a fin de garantizar la efectividad de los procedimientos médicos.

En este contexto, como dice la sentencia T-673 de 2017, cualquier barrera o limitación que conlleve la restricción en la efectiva prestación de los servicios en salud con oportunidad, supone la afectación del derecho a la salud y un obstáculo para el pleno goce de este.

Del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, entre ellos en la sentencia la T-033 de 2020, el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes tiene un amplio reconocimiento no solo en el ordenamiento jurídico interno, sino en instrumentos internacionales, que lo han catalogado de manera general como una protección especial de la que goza el menor dirigida a su adecuado desarrollo físico, psicológico y social. Esta prerrogativa debe ser analizada desde la realidad concreta del caso y de la situación de cada menor, evaluando las consideraciones fácticas y jurídicas que lo rodean, en este sentido esta Corporación ha señalado:

“El trascendental rol que juegan las autoridades judiciales en la satisfacción de las garantías fundamentales de los niños, y ha fijado unas reglas concretas dirigidas a asegurar que los procesos judiciales que tengan la potencialidad de alterar de cualquier forma la situación de un niño se tramiten y resuelvan desde una perspectiva acorde con los postulados que propenden por la salvaguarda de su bienestar y con su condición de sujeto de especial protección constitucional. Lo anterior, en los siguientes términos: i) se deben contrastar sus “circunstancias individuales, únicas e irrepetibles” con los criterios generales que, según

¹ Sentencia T-092 de 2018.



*el ordenamiento jurídico, promueven el bienestar infantil; ii) los operadores jurídicos cuentan con un margen de discrecionalidad para determinar cuáles son las medidas idóneas para satisfacer el interés prevalente de un menor en determinado proceso; iii) las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio recaudado en el curso del proceso, considerando las valoraciones de los profesionales y aplicando los conocimientos técnicos y científicos del caso, para garantizar que lo que se decida sea lo más conveniente para el menor; iv) tal requisito de conveniencia se entiende vinculado a la verificación de los criterios jurídicos relevantes reconocidos por la jurisprudencia constitucional; v) los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos, lo cual implica que no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos, dado el impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad; y vi) las decisiones susceptibles de afectar a un menor de edad deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad”.*²

Caso concreto

El accionante pretende el amparo de los derechos fundamentales de su menor hijo a la salud y a la vida digna, en consecuencia, solicita ordenar a las encartadas, que dispongan lo pertinente para que se programe en favor de **ANDRÉS FELIPE MONTAÑEZ GÓMEZ** consulta por control o seguimiento con especialista en alergología, así como un tratamiento médico integral de conformidad con lo dispuesto por su médico tratante.

Para acreditar su pedimento, el promotor aportó la historia clínica del menor, de fecha 09 de febrero de 2023, en la que se evidencia que el paciente de 12 años de edad presenta un diagnóstico de “*asma predominantemente alérgica, rinitis alérgica no especificada y conjuntivitis atópica aguda*”.

Así mismo, el accionante aportó copia de la orden medica del 9 de febrero de 2023, en la que se constata que al menor **ANDRÉS FELIPE MONTAÑEZ GÓMEZ** le fue ordenada una consulta por control o de seguimiento con especialista en alergología, por parte de su médico tratante, la doctora Viviana María Valencia González. Adicionalmente también se allegó a las documentales de esta diligencia una pre autorización de servicios de la **EPS FAMISANAR** con fecha 24 de abril de 2023, a favor del paciente para adelantar la consulta por la especialidad requerida.

Hasta aquí, encuentra el despacho que, de las pruebas aportadas al diligenciamiento, se puede dar cuenta que en el caso concreto nos encontramos frente a un escenario en el que:

- i) El paciente es menor de edad.

² Corte Constitucional, sentencia la T-033 de 2020.



- ii) Padece una afección que compromete sus vías respiratorias;
- iii) Existe orden médica en el sentido requerido, es decir, se prescribió por parte de su médico tratante la consulta por control o seguimiento con especialista en alergología y;
- iv) Han transcurrido más de 6 meses desde la fecha en que la referida orden medica fue emitida por parte del médico tratante sin que se haya materializado.

Ahora bien, la **EPS FAMISANAR** sostuvo que, para el caso en concreto, la **UNIDAD MEDICO QUIRÚRGICA DE ORL S.A.S**, es quien, de conformidad con sus competencias, debe agendar la consulta médica en cuestión, pues refiere que las funciones de las Entidades Aseguradoras difieren de las Instituciones Prestadoras de Servicios en Salud, por cuanto la EPS como Entidad aseguradora de sus afiliados, garantiza la prestación de los servicios a través de la red de prestadores que tiene contratada para tal fin. Por otro lado, la **UNIDAD MEDICO QUIRÚRGICA DE ORL S.A.S**, pese a estar notificada en debida forma al correo de notificaciones judiciales, no allegó respuesta alguna.

Así las cosas, en lo que tiene que ver con la **UNIDAD MEDICO QUIRÚRGICA DE ORL S.A.S**, teniendo en cuenta que la accionada no allegó una respuesta a la acción de tutela, el Despacho tendrá en cuenta el actuar negligente de esta, conforme lo establece artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, el cual dispone que si la encartada no presenta informe sobre los hechos que motivan la acción de tutela estos deberán tenerse como ciertos, salvo que hayan sido desvirtuados, requisito que no se encuentra acreditado en el presente evento.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con la **EPS FAMISANAR**, considera el Despacho que la accionada se limitó a señalar que el agendamiento de las consultas médicas está a cargo de la Institución Prestadora de Servicios en Salud, sin aportar ninguna prueba que permitiera acreditar la gestión que ha realizado para garantizar que su red de prestadores dé cumplimiento a la autorización de los servicios de salud, prescritos en este caso a favor del menor **ANDRÉS FELIPE MONTAÑEZ GÓMEZ**. De esta manera, si bien es cierto que la EPS no es la Entidad encargada de materializar la prestación del servicio de salud a sus afiliados, si debe garantizar la efectiva prestación del servicio y debe responder por tener un sistema que no permita la imposición de trabas administrativas al usuario para el acceso a los servicios de salud.

De esta manera, observa el Despacho que hasta la fecha persiste el incumplimiento en el agendamiento de la cita médica requerida por el menor, pues no se ha materializado la programación de la valoración con el especialista ordenado, transgrediéndose el principio de oportunidad que rige el derecho fundamental a la salud, sin que medie causal de justificación alguna, pues con la tardanza (de más de 6 meses desde la fecha de su prescripción) el usuario se ha visto afectado en el cumplimiento de su plan de manejo y en el tratamiento de sus patologías. Tardanza que pone riesgo su estado de salud y que implica una carga que no está en obligación de asumir.



En ese sentido, se ordenará a la **EPS FAMISANAR** y a la **UNIDAD MEDICO QUIRÚRGICA DE ORL S.A.S.** que, dentro del término perentorio de las 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente decisión, si aún no lo hubiera efectuado, dispongan lo necesario para programar en favor del menor **ANDRÉS FELIPE MONTAÑEZ GÓMEZ** consulta por control o de seguimiento con especialista en alergología de conformidad con lo dispuesto por su médico tratante.

El servicio de salud ordenado deberá ser garantizado por la **EPS FAMISANAR** a través de la **UNIDAD MEDICO QUIRÚRGICA DE ORL S.A.S.** o en otra IPS de su red prestadora de servicios.

Ahora, en lo que atañe a la **integralidad del tratamiento** que fue solicitado por el accionante, considera el despacho que no hay lugar a ordenarlo por medio de esta acción de tutela, toda vez que, la omisión detectada es parcial y, además, no se observa ni el actor manifestó que la accionada incurriera en alguna practica discriminatoria, lo que descarta que se trate de un proceder sistemático por parte de la accionada.

Adicionalmente no se aportó ninguna otra prueba al diligenciamiento que dé cuenta de la existencia de algún otro procedimiento, insumo o servicio médico pendiente por autorizar u otorgar en favor del paciente. Al no existir prescripción médica por parte de un especialista tratante que detalle cuales son los medicamentos, las valoraciones, los exámenes y los procedimientos requeridos para dar tratamiento integral a la patología, no podría este despacho entrar a determinar cuál es el tratamiento que requiere una persona para promover, proteger o recuperar su salud pues es, prima facie, el médico tratante el competente para tomar la decisión sobre estos aspectos.

Sobre el punto, la Corte Constitucional en sentencia T-092 de 2018 señaló: *«el concepto de integralidad “no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada, sino que la misma se encuentra condicionada a lo que establezca el diagnóstico médico”»* (Corte Constitucional, sentencia T - 092 de 2018).

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES MIXTAS DE FUSAGASUGÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER PARCIALMENTE el amparo constitucional invocado por el señor **CARLOS ANDRÉS MONTAÑEZ CHAPARRO** como agente oficioso de **ANDRÉS FELIPE MONTAÑEZ GÓMEZ**, en contra de la **EPS FAMISANAR** y la **UNIDAD MEDICO QUIRÚRGICA**



DE ORL S.A.S. por la vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ORDENAR a la **EPS FAMISANAR** y a la **UNIDAD MEDICO QUIRÚRGICA DE ORL S.A.S.**, que dentro del término perentorio de las 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente decisión, si aún no lo hubieran efectuado, dispongan lo necesario para programar en favor del menor **ANDRÉS FELIPE MONTAÑEZ GÓMEZ** consulta por control o de seguimiento con especialista en alergología de conformidad con lo dispuesto por su médico tratante.

El servicio de salud ordenado deberá ser garantizado por la **EPS FAMISANAR** a través de la **UNIDAD MEDICO QUIRÚRGICA DE ORL S.A.S.** o en otra IPS de su red prestadora de servicios.

TERCERO: NEGAR lo atinente a la solicitud de tratamiento integral, por lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes esta decisión, informándoles que la misma puede ser impugnada, en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: CUMPLIDO LO ANTERIOR, si esta decisión no es impugnada, REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase,

El Juez,

JESÚS ALBERTO DÍAZ RHENALS

JUEZ