

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE  
BOGOTÁ D.C.**

**ACCIÓN DE TUTELA**

**RADICADO: 11001-41-05-008-2020-00179-00**

**ACCIONANTE: MÓNICA MARCELA JARAMILLO LOAIZA**

Como representante de su hijo menor **JUAN DIEGO MALPICA JARAMILLO**

**ACCIONADA: COMPENSAR E.P.S.-S.**

**VINCULADAS: FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI  
SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ**

**SENTENCIA**

En Bogotá D.C., al primer (01) día del mes de junio del año dos mil veinte (2020), procede este Despacho Judicial a resolver la acción de tutela impetrada por **MÓNICA MARCELA JARAMILLO LOAIZA** en calidad de representante de su hijo menor de edad **JUAN DIEGO MALPICA JARAMILLO**, en busca del amparo de sus Derechos Fundamentales a la Salud, la Vida Digna, y Seguridad Social, presuntamente vulnerados por **COMPENSAR E.P.S.-S.**

**RESEÑA FÁCTICA**

La señora **MÓNICA MARCELA JARAMILLO LOAIZA**, manifiesta que su hijo **JUAN DIEGO MALPICA JARAMILLO** padece de una enfermedad huérfana denominada “*Moya Moya*”.

Que el 28 de enero de 2020, el médico Orlando Faber Peláez Rincón, le ordenó el procedimiento quirúrgico “*DERIVACIÓN O PUENTE VASCULAR EXTRACRANEAL – INTRACRANEANO – SOD*”.

Que el 07 de febrero de 2020, radicó ante **COMPENSAR E.P.S.-S** la orden médica junto con el formato SIVIGILA -Sistema Nacional de Vigilancia en Salud Pública-, el cual fue requerido por tratarse de una enfermedad huérfana.

Que al momento de radicar la orden médica, COMPENSAR E.P.S.-S le informó que en 15 días se comunicaría para informarle sobre la autorización, sin embargo, a la fecha no ha recibido respuesta.

Que el menor requiere el procedimiento quirúrgico, toda vez que tiene alto riesgo de un infarto cerebral.

Que el menor se encuentra bajo el cuidado de su madre, su padre está desempleado, tienen a su cargo otro menor de 2 años de edad y no cuentan con ingresos adicionales, por lo cual no es posible costear de manera particular el procedimiento quirúrgico.

Por lo anterior, solicita se ordene a **COMPENSAR E.P.S.-S** autorizar y realizar el procedimiento quirúrgico *“DERIVACIÓN O PUENTE VASCULAR EXTRACRANEAL – INTRACRANEANO – SOD”*, así como brindar el tratamiento integral al menor JUAN DIEGO MALPICA JARAMILLO.

### **CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

#### **COMPENSAR E.P.S.-S**

La accionada allegó contestación el 21 de mayo de 2020, en la que señala que el menor JUAN DIEGO MALPICA JARAMILLO se encuentra activo en el régimen subsidiado de salud, en calidad de beneficiario.

Que la EPS ha brindado al menor todos los servicios médicos que ha requerido de manera oportuna y completa.

Que el 28 de enero de 2020 fue valorado por el médico especialista en neurocirugía, Dr. Orlando Faber Peláez Rincón, quien ordenó un procedimiento al parecer no incluido en el PBS, por lo cual ese mismo día el médico diligenció el formato MIPRES.

Que el formato MIPRES no fue autorizado por la EPS en razón a que la enfermedad huérfana que padece el menor, no fue notificada en el SIVIGILA.

Que solicitó a la FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI generar un nuevo formato MIPRES a fin de autorizar el procedimiento quirúrgico.

Que el 20 de mayo de 2020 la FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI diligenció nuevamente el formato MIPRES.

Que el menor requiere el procedimiento quirúrgico a fin de evitar mayores consecuencias de la enfermedad que padece.

Que todo procedimiento quirúrgico está expuesto al riesgo propio de la enfermedad, al ambiente quirúrgico y a la pandemia del COVID-19.

Por lo anterior, solicita denegar la acción de tutela por cuanto ha autorizado todos los servicios médicos requeridos por el menor y por lo tanto se configura el hecho superado. Además solicita se vincule a la FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI, para que disponga la programación del procedimiento quirúrgico bajo los protocolos de seguridad.

#### **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ**

La vinculada allegó contestación el 19 de mayo de 2020, en la que manifiesta que el menor JUAN DIEGO MALPICA JARAMILLO se encuentra activo en el régimen subsidiado en la E.P.S. COMPENSAR, según la base de datos del BDUA-ADRES.

Que el profesional de la salud de la entidad, conceptuó que el menor presenta una enfermedad huérfana denominada "*Moya Moya*", por lo que es necesario la realización del procedimiento quirúrgico "*Derivación o puente vascular extra craneal-intracraneano SOD*".

Que el procedimiento no se encuentra dentro del Plan de Beneficios, según el anexo No. 2 de la Resolución 3512 de 2019, y por lo tanto el médico tratante debe diligenciar el formato MIPRES.

Que la EPS tiene la obligación de autorizar el procedimiento, y la IPS debe agendar de manera prioritaria el procedimiento quirúrgico teniendo en cuenta la patología del menor, pues la no realización conllevaría a complicaciones vasculares cerebrales.

Que respecto a la pregunta de si la realización del procedimiento es un mayor riesgo que la infección del COVID-19, no se puede concluir sobre el supuesto de una posible infección, pero que la no realización del procedimiento quirúrgico sí es un riesgo que puede comprometer la vida del menor.

Por lo anterior, solicita la desvinculación de la acción de tutela, toda vez que no ha incurrido en la violación de algún derecho fundamental del menor, y la responsable de los servicios incluidos y no incluidos en el PBS es COMPENSAR E.P.S.-S.

### **FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI**

La vinculada allegó contestación el 21 de mayo de 2020, en la que manifiesta que de acuerdo con el concepto registrado en la historia clínica por parte del neurocirujano Dr. Faber Peláez el 5 de mayo del 2020, *el procedimiento quirúrgico es de carácter prioritario.*

Que la decisión de la planificación del procedimiento quirúrgico debe ser consensuada por las diferentes especialidades que intervengan en el procedimiento, quienes se apoyan en el uso de herramientas que permitan establecer el riesgo del paciente, adicionalmente, debe estar en sintonía con las recomendaciones de las sociedades científicas y las directrices del Gobierno Nacional, las cuales se ajustan al estado de la pandemia y al comportamiento del virus en el país.

Que el procedimiento quirúrgico ha venido siendo desarrollado en la Institución, y que paulatinamente se ha ampliado la posibilidad de la realización de más cirugías electivas.

Que resulta difícil establecer la gravedad de las consecuencias de un eventual contagio por COVID-19, ya que depende de múltiples factores que pueden ser propios del paciente y ajenos a éste.

Que de acuerdo con la valoración de neurocirugía, el menor podría presentar un nuevo evento cerebrovascular y la gravedad de dicho evento no se puede determinar exactamente, ya que la evolución depende de múltiples factores.

Que la programación de la cirugía es integral y se contempla la disponibilidad de recursos que puedan ser requeridos por el paciente, como lo es la disponibilidad de camas en UCI, cuyo servicio se encuentra habilitado en la Institución.

Que el 20 de mayo de 2020 expidió nuevamente el formato MIPRES, toda vez que el aportado con el escrito de la tutela perdió vigencia.

Por lo anterior, solicita su desvinculación de la acción de tutela, en razón a que no existe ninguna conducta que afecte los derechos fundamentales a la salud y a la vida del menor.

## TRÁMITE PREVIO

Mediante Auto del 29 de mayo de 2020 se requirió de manera urgente a **COMPENSAR E.P.S.-S** para que aportara la prueba de la autorización del procedimiento quirúrgico “*DERIVACIÓN O PUENTE VASCULAR EXTRACRANEAL –INTRACRANEANO – SOD*”, y a la **FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI** para que informara si ya programó el procedimiento quirúrgico. Sin embargo, dentro del término concedido por el Juzgado, ninguna de las dos entidades allegó respuesta al requerimiento.

## CONSIDERACIONES

### PROBLEMA JURÍDICO

En consideración con los hechos que fundamentan la acción de tutela, corresponde al Despacho responder los siguientes problemas jurídicos: ¿**COMPENSAR E.P.S.-S** y **FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI** han vulnerado el Derecho Fundamental a la Salud del menor **JUAN DIEGO MALPICA JARAMILLO**, al no programar el procedimiento quirúrgico “*Derivación o puente vascular extra craneal-intracraneano SOD*”? ¿Están dadas las condiciones para ordenar el tratamiento integral, a partir de los requisitos que al respecto se han señalado por la jurisprudencia constitucional?

### MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

### DERECHO A LA SALUD

El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social y la define en los siguientes términos: “es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley”.

Por su parte, el artículo 49, respecto del derecho a la salud, señala que: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)”.

Al estudiar los complejos problemas que plantean los requerimientos de atención en salud, la Corte Constitucional se ha referido a sus facetas, una como derecho y otra como servicio público a cargo del Estado. Cada una de estas expresiones implica un ejercicio de valoración particular, en el que se debe tener en cuenta el conjunto de principios que les son aplicables. Así, en cuanto a la salud como derecho, se ha dicho que la misma se relaciona con los mandatos de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, respecto a la salud como servicio, se ha advertido que su prestación debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Al enfocarse en el estudio de la primera faceta, en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 el legislador le atribuyó a la salud el carácter de derecho fundamental autónomo e irrenunciable. De igual manera, estableció un precepto general de cobertura al indicar que su acceso debe ser oportuno, eficaz, de calidad y en condiciones de igualdad a todos los servicios, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo, el cual se cumple mediante la instauración del denominado Sistema de Salud.

La Corte también ha destacado que el citado derecho se compone de unos elementos esenciales que delimitan su contenido dinámico, que fijan límites para su regulación y que le otorgan su razón de ser. Estos elementos se encuentran previstos en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, en los que se vincula su goce pleno y efectivo con el deber del Estado de garantizar su (i) disponibilidad<sup>1</sup>, (ii) aceptabilidad<sup>2</sup>, (iii) accesibilidad<sup>3</sup> y (iv) calidad e

---

<sup>1</sup> “**Disponibilidad.** El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente (...)”.

<sup>2</sup> “**Aceptabilidad.** Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica, así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad (...)”.

<sup>3</sup> “**Accesibilidad.** Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información (...)”.

idoneidad profesional<sup>4</sup>.

Por otra parte, en lo que atañe a los principios que se vinculan con la faceta de la salud como servicio público, es preciso recurrir a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2016, en donde se mencionan los siguientes: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección de grupos poblacionales específicos.

Para efectos de esta sentencia, se ahondará en los *principios de continuidad, oportunidad e integralidad*, los cuales resultan relevantes para resolver el asunto.

El principio de **continuidad** en el servicio implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente, cuando se invocan exclusivamente razones de carácter administrativo. Precisamente, la Corte ha sostenido que “una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente”<sup>5</sup>. La importancia de este principio radica, primordialmente, en que permite amparar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos, lo que se ajusta al criterio de integralidad en la prestación<sup>6</sup>.

Por su parte, 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”<sup>7</sup>. 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<sup>8</sup>.

Finalmente, la Ley Estatutaria de Salud, en el artículo 8, se ocupa de manera individual del principio de **integralidad**, cuya garantía también se orienta a asegurar la efectiva prestación del servicio<sup>9</sup> e implica que el sistema debe brindar condiciones de promoción,

---

<sup>4</sup> “**Calidad e idoneidad profesional.** Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos”.

<sup>5</sup> Sentencias T-234 de 2013 y T-121 de 2015.

<sup>6</sup> Sentencias T-586 de 2008, T-234 de 2013, T-121 de 2015, T-016 de 2017 y T-448 de 2017.

<sup>7</sup> Sentencia T-460 de 2012, reiterada en la Sentencia T-433 de 2014.

<sup>8</sup> Sentencia T-121 de 2015.

<sup>9</sup> El artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 establece lo siguiente: “**La integralidad.** 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. No podrá fragmentarse la

prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud o al menos, padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su integridad física y mental en todas las facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones<sup>10</sup>.

De esta manera, en consonancia con este principio, sobre las empresas promotoras de salud recae la obligación de no entorpecer los requerimientos médicos con procesos y trámites administrativos que resulten impidiendo a los usuarios el acceso a los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud.

Con todo, es necesario advertir que 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”<sup>11</sup>, razón por la cual, el juez constitucional tiene que valorar -en cada caso concreto- la existencia de dicho diagnóstico, para ordenar, cuando sea del caso, un tratamiento integral<sup>12</sup>.

## **DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS**

En relación con los derechos de los niños, el artículo 44 de la Constitución consagra su prevalencia sobre los de los demás y establece, de manera expresa, que el derecho a la salud de los niños es fundamental. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías.

Esta protección especial a los niños, niñas y adolescentes en salud también ha sido reconocida en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, entre otros.

---

*responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. // En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.*

<sup>10</sup> Sentencia T-121 de 2015.

<sup>11</sup> Sentencia T-036 de 2017.

<sup>12</sup> Sentencia T-092 de 2018.

En virtud de lo anterior, la Corte ha establecido que la acción de tutela procede directamente para salvaguardar el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes<sup>13</sup>. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbre su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria<sup>14</sup>. En consecuencia, cualquier desconocimiento de estos derechos exige una actuación por parte de las autoridades, lo cual incluye principalmente al juez constitucional.

### **LAS BARRERAS ADMINISTRATIVAS COMO UN DESCONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE OPORTUNIDAD Y CALIDAD EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS MÉDICOS.**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución, el servicio de salud debe ser prestado de acuerdo con distintos principios, siendo uno de ellos el de *eficiencia*. Este principio fue definido por el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, de la siguiente forma: “[e]s la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la imposición de cargas administrativas excesivas a los usuarios del Sistema de Salud, en la medida en que retrasa o incluso impide el acceso a determinado servicio de salud, supone una afectación del principio de eficiencia, y, en consecuencia, un desconocimiento del derecho fundamental a la salud. Por esta razón, ha explicado la Corte que “cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta”<sup>15</sup>.

La Corte ha considerado distintos eventos que constituyen una carga administrativa desproporcionada para los pacientes, que afectan su derecho fundamental a la salud.

Así, por ejemplo, en la Sentencia T-520 de 2012, la Corte estudió el caso de un paciente que padecía cáncer de esófago con metástasis en el cerebro y requería como tratamiento a su enfermedad una cirugía, la cual no se le había realizado. La E.P.S. a la que se encontraba afiliado argumentaba que no había desconocido sus derechos, pues autorizó la intervención quirúrgica, pero no había podido realizarse el procedimiento por falta de disponibilidad de cupos en la unidad de cuidados intensivos de la I.P.S. en la que se había ordenado el procedimiento.

---

<sup>13</sup> Sentencias T-170 de 2010; T-663 de 2010; T-406 de 2015; T-558 de 2017.

<sup>14</sup> Sentencias T-964 de 2007; T-170 de 2010; T-558 de 2017.

<sup>15</sup> Sentencia T-760 de 2008, reiterada en la sentencia T-188 de 2013.

En el mismo sentido, reconoció la Corte en la Sentencia T-673 de 2017 que *“el Estado y los particulares vinculados a la prestación del servicio público de salud, deben facilitar su acceso en términos de continuidad, lo que implica que las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que comporten la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos internos o con las IPS contratadas, que impidan la finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes”*.

Así mismo, en dicho pronunciamiento la Corte señaló que revisten una especial importancia los principios de continuidad e integralidad, de forma tal que, los tratamientos médicos deben desarrollarse de forma completa, sin que puedan verse afectados por cualquier situación derivada de operaciones administrativas, jurídicas o financieras. Por lo cual, el ordenamiento constitucional rechaza las interrupciones injustas, arbitrarias y desproporcionadas que afectan la salud de los usuarios<sup>16</sup>.

Por último, en dicha Sentencia la Corte identificó los efectos materiales y nocivos en el ejercicio del derecho fundamental a la salud de los pacientes causados por las barreras administrativas injustificadas y desproporcionadas impuestas por las entidades prestadoras de salud a los usuarios, los cuales se sintetizan a continuación:

*“i) Prolongación del sufrimiento, debido a la angustia emocional que se genera en las personas soportar una espera prolongada para ser atendidas y recibir tratamiento;*

*ii) Complicaciones médicas del estado de salud por la ausencia de atención oportuna y efectiva que genera el empeoramiento de la condición médica;*

*iii) Daño permanente o de largo plazo o discapacidad permanente porque ha pasado demasiado tiempo entre el momento en que la persona acude al servicio de salud y el instante en que recibe la atención efectiva;*

*iv) Muerte, que constituye la peor de las consecuencias y que ocurre por la falta de atención pronta y efectiva, puesto que la demora reduce las posibilidades de sobrevivir o su negación atenta contra la urgencia del cuidado requerido”*.

En conclusión, la Corte ha reiterado que la interrupción o negación de la prestación del servicio de salud por parte de una E.P.S. como consecuencia de trámites administrativos injustificados, desproporcionados e irrazonables, no puede trasladarse a los usuarios,

---

<sup>16</sup> Sentencia T-121 de 2015, reiterada por la sentencia T-673 de 2017.

pues dicha situación desconoce sus derechos, bajo el entendido de que pone en riesgo su condición física, psicológica e incluso podría afectar su vida<sup>17</sup>.

### CASO CONCRETO

Previo a realizar el correspondiente análisis, es necesario determinar los requisitos formales de procedibilidad de la acción de tutela, v. gr., inmediatez y subsidiariedad.

En cuanto a la **inmediatez**, encuentra el Despacho que la orden médica que dio origen a la solicitud de amparo constitucional fue emitida el día 28 de enero de 2020, por lo que la vulneración del derecho fundamental es actual.

Y respecto de la **subsidiariedad** se tiene que, en principio, la accionante podría acudir ante el mecanismo judicial creado por la Ley 1122 de 2007 ante la Superintendencia Nacional de Salud; sin embargo, la Corte Constitucional ha reconocido que se trata de un trámite judicial que, si bien se creó con la intención de brindar una alternativa expedita y eficaz para la reclamación de este tipo de pretensiones, lo cierto es que aún cuenta con múltiples falencias en su estructura y desarrollo normativo<sup>18</sup> que le han impedido ser considerado como un procedimiento que, dadas las condiciones de salud de la menor y la expedita naturaleza de la protección que requiere, cuente con el suficiente nivel de eficacia como para inhabilitar la intervención del juez constitucional<sup>19</sup>.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela procede directamente para salvaguardar el derecho fundamental a la salud de los menores de edad.

Establecido lo anterior, procede el Despacho a realizar un pronunciamiento de fondo de la siguiente manera:

Se encuentra probado en la documental allegada con el escrito de tutela, que el menor **JUAN DIEGO MALPICA JARAMILLO** está afiliado al Régimen Subsidiado en Salud, en **COMPENSAR E.P.S.-S.**, y que tiene diagnóstico de la enfermedad de "*Moya Moya*".

---

<sup>17</sup> Sentencias T-405 de 2017, T-673 de 2017 y T-069 de 2018.

<sup>18</sup> Entre otros, (i) la inexistencia de un término dentro del cual deba resolverse el recurso de impugnación en contra de la decisión que pueda ser adoptada y (ii) la falta de reglamentación del procedimiento a través del cual se obtendrá el cumplimiento de lo ordenado o se declarará el desacato de quienes se abstengan de hacerlo.

<sup>19</sup> Sentencia T-121 de 2015, reiterada, entre otras, en las Sentencias T-558 y T-677 de 2016.

El 28 de enero de 2020 fue atendido en la **FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI**, por el médico especialista en neurocirugía, Dr. Orlando Faber Peláez Rincón, quien ordenó el siguiente procedimiento quirúrgico: *“Derivación o puente vascular extra craneal-intracraneano SOD”*. Ese mismo día, el médico diligenció el formato MIPRES, toda vez que el procedimiento no está incluido en el plan de beneficios en salud.

La **E.P.S.-S COMPENSAR** al contestar la acción de tutela manifestó, que no había autorizado el procedimiento en razón a que el formato MIPRES no cumplía con los criterios de validación para su aprobación, pues la enfermedad que padece el menor es catalogada como una enfermedad huérfana y no se encontraba notificada en el SIVIGILA. Que requirió a la **FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI** quien generó un nuevo formato MIPRES el 20 de mayo de 2020. Que autorizó el procedimiento y por lo tanto, la I.P.S. debe programarlo teniendo en cuenta los protocolos de seguridad.

No obstante, en el plenario no existe prueba de que efectivamente **COMPENSAR E.P.S.-S** haya autorizado el procedimiento, ni de que la **FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI** haya programado el procedimiento, pues solo fue aportado el formato MIPRES No. 20200520140019125018 del 20 de mayo de 2020.

Las conductas anteriores denotan claramente una dilación injustificada en la prestación del servicio, como quiera que la orden fue emitida por el médico tratante el 28 de enero de 2020 y han transcurrido 4 meses sin su materialización; además de que constituye una traba administrativa infundada por cuanto el error que presentaba el formato MIPRES es una situación completamente ajena al usuario y solucionable internamente por la E.P.S.

Al respecto es preciso señalar, que además de la autorización de la E.P.S., sobre la cual -se reitera- no hay prueba en el plenario, lo realmente importante es la programación y la realización del procedimiento médico, pues esta es la forma en que se concreta el respeto del derecho a la salud.

No basta que la **FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI** haya corregido y actualizado el formato MIPRES, ni que la **E.P.S.-S COMPENSAR** haya manifestado haber autorizado el procedimiento, toda vez que la autorización constituye sólo un visto bueno de la E.P.S. frente a la I.P.S. que suministrará el servicio, pero no es la garantía de la prestación del servicio de manera efectiva pues no constituye su programación ni su realización.

Así las cosas, se advierte la vulneración del derecho a la salud del menor **JUAN DIEGO MALPICA JARAMILLO** por parte de la **E.P.S-S COMPENSAR** y de la **FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI**, dado que sus deberes terminan con la garantía efectiva de la prestación del servicio, en observancia de los parámetros de oportunidad, continuidad y calidad, sin ningún tipo de barreras administrativas, o de cualquier otra índole, que sean oponibles al usuario.

Ahora bien, no se pueden pasar por alto las actuales circunstancias que atraviesa el país con ocasión de la emergencia sanitaria por causa de la pandemia del Covid-19, y cómo ellas influyen en el caso del paciente.

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró como pandemia el Coronavirus COVID – 19, instando a los Estados a tomar las medidas necesarias con el fin de evitar su propagación.

El Ministerio de Salud y Protección Social, a través de la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, declaró la **emergencia sanitaria** hasta el 30 de mayo de 2020, la cual fue prorrogada hasta el 01 de agosto de 2020 a través de la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020, y adoptó medidas sanitarias con el objeto de prevenir y controlar la propagación del virus, entre ellas, que todas las autoridades del país y particulares debían ceñirse al plan de contingencia para evitar la propagación del Coronavirus COVID- 19.

Ante la declaratoria de la emergencia sanitaria, la Secretaría Distrital de Salud, el 18 de marzo de 2020, emitió los lineamientos para las acciones de prevención y contención en control de infecciones asociadas a la atención en salud, frente a casos sospechosos y confirmados de COVID-19, para instituciones prestadoras de servicios de salud en la ciudad de Bogotá.

Dentro de los lineamientos dados por la Secretaría Distrital de Salud, se estipuló que todos los prestadores de salud debían contar con un plan de contingencia para la contención de casos de COVID – 19, en el que se definieran las acciones de prevención, vigilancia y control de brotes, y talento humano específico para ejecutar estas acciones en cada Unidad de Servicios de Salud o Sede de Prestación de Servicio de Salud.

En cumplimiento de la anterior normatividad, cada E.P.S. ha adoptado medidas para disminuir los riesgos de contagio tanto de pacientes como de personal médico, entre las que se encuentran, el aplazamiento de *cirugías electivas*, y la programación estrictamente necesaria de *cirugías urgentes*.

Es por ello, que con el fin de tomar una decisión responsable frente al riesgo que representa para el paciente un eventual contagio del virus, el Juzgado en el auto admisorio de la tutela requirió a las entidades accionadas, quienes en respuesta al requerimiento dijeron lo siguiente:

**COMPENSAR E.P.S-S** manifestó que en vista de que la enfermedad que padece el menor es una enfermedad huérfana, el procedimiento quirúrgico se requiere para evitar mayores complicaciones en su salud, pero que no se puede desconocer que todo evento quirúrgico está expuesto al riesgo propio de la enfermedad, al ambiente quirúrgico y especialmente a la pandemia del Covid-19.

La **FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI** por su parte dijo, que la decisión de la planificación debe ser consensuada por las diferentes especialidades que intervengan en el procedimiento quirúrgico, quienes se apoyan en el uso de herramientas que permitan establecer el riesgo del paciente, acatando las directrices del Gobierno Nacional frente al estado de la pandemia Covid-19. Señaló que paulatinamente se ha ampliado la posibilidad de la realización de más cirugías electivas, como la requerida por el paciente. También dijo que de acuerdo con la valoración de neurocirugía, el paciente podría presentar un nuevo evento cerebrovascular, pero que la gravedad del evento no se puede determinar exactamente, ya que la evolución depende de múltiples factores.

Por último, la **SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ** frente a la pregunta del riesgo, manifestó que no se puede concluir sobre el supuesto de una posible infección, pero que la no realización de la cirugía sí es un riesgo que puede comprometer la vida del menor.

En conclusión, atendiendo los conceptos médicos anteriores, la no realización del procedimiento quirúrgico *“Derivación o puente vascular extra craneal-intracraneano SOD”* pone en riesgo la vida del menor, y por lo tanto, no sería benéfico esperar a que sea superado el estado de emergencia sanitaria para acceder a su programación.

En consecuencia, se concederá el amparo del Derecho Fundamental a la Salud y se ordenará a **COMPENSAR E.P.S.-S** y a la **FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI** que programen el procedimiento quirúrgico *“Derivación o puente vascular extra craneal-intracraneano SOD”* al menor **JUAN DIEGO MALPICA JARAMILLO**, según la orden del médico tratante.

Ahora bien, le compete al Despacho verificar si en el caso bajo examen se acreditan los requisitos que permiten otorgar el **tratamiento integral**.

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha señalado que el juez de tutela debe ordenar el suministro de todos los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, cuando la entidad encargada de ello no ha actuado con diligencia y ha puesto en riesgo los derechos fundamentales del paciente<sup>20</sup>, siempre que exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante.

Lo anterior ocurre, por una parte, porque no es posible para el juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables; y por la otra, porque en caso de no puntualizarse la orden de tratamiento integral, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados, en contravía del mandato previsto en el artículo 83 de la Constitución<sup>21</sup>.

En el caso concreto, encuentra el Despacho que la pretensión de tratamiento integral solicitada por la accionante no está llamada a prosperar, pues ni de las pruebas obrantes en el expediente, ni de lo dicho por las partes, se advierte que exista una negación a consultas, procedimientos o medicamentos diferentes a lo ya ordenado, por lo que no es posible conceder el amparo invocado a partir de suposiciones sobre hechos futuros o con el fin de precaver hipotéticas vulneraciones a los derechos fundamentales invocados por el accionante.

Se desvinculará a la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ** por falta de legitimación en la causa.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

## RESUELVE

---

<sup>20</sup> Sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011.

<sup>21</sup> Sentencia T-092 de 2018.

**PRIMERO: AMPARAR** el Derecho Fundamental a la Salud del menor **JUAN DIEGO MALPICA JARAMILLO** identificado con NIUP 1.020.001.681, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** a **COMPENSAR E.P.S.-S** y a la **FUNDACIÓN HOSPITALARIA DE LA MISERICORDIA HOMI** que en el término de TRES (3) DÍAS siguientes a la notificación de esta providencia, programen el procedimiento quirúrgico **“Derivación o puente vascular extra craneal-intracraneano SOD”** al menor **JUAN DIEGO MALPICA JARAMILLO** identificado con NIUP 1.020.001.681, según la orden del médico tratante.

**TERCERO: NEGAR** la solicitud de *tratamiento integral*, conforme las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**CUARTO: DESVINCULAR** a **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ** por falta de legitimación en la causa.

**QUINTO:** Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta decisión, contados a partir del día siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus COVID-19, la impugnación deberá ser remitida al email: [j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**SEXTO:** En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES  
JUEZ