

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN
DE CONTROL DE GARANTÍAS**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación: No. 2020-083
Accionante: Jhon Jairo Ortegón Bastidas
Accionado: Axa Colpatria ARL
Decisión: Concede Tutela

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por **JHON JAIRO ORTEGÓN BASTIDAS**, quien actúa en nombre propio, en contra de Axa Colpatria ARL, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y seguridad social, consagrados en la Constitución Nacional.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

El actor, interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. Que se encuentra afiliado a Salud Total EPS, desde hace 12 años; que el 08 de julio de 2019, tuvo accidente laboral, recibió dos impactos por arma de fuego, cuando laboraba como supervisor de seguridad en el Centro Comercial Palma Real; lo llevaron al hospital San Ignacio, donde le realizaron varias cirugías, quedándole pendiente una cirugía de ureteroplastia o anastomosis termino vía abierta, ureteroneocistostomía con técnica de alargamiento vesical con colgado, la cual está autorizada pero la ARL, se niega a autorizarle la prueba de PCR para diagnóstico del coronavirus, la cual me exige en el hospital San Ignacio para la práctica de la cirugía; sin que a la fecha le hallan autorizado y no le pueden practicar la cirugía.
2. Agrega que no alcance a cubrir el costo de la prueba con el salario que devenga, porque debe cubrir con otros gastos que

son prioritarios; que su capacidad laboral se encuentra reducida en un 70% por lo que requiere con urgencia la cirugía para mejorar la calidad de vida y llevar una vida digna. Con la conducta negligente de Axa Colpatria ARL, está contribuyendo a que se le generen nuevas patologías que hagan más gravosa su salud y ponga en peligro su vida.

PRETENSIONES

Solicita se tutele a su favor, los derechos fundamentales invocados y en consecuencia de ello, se ordene a Axa Colpatria ARL, autorizar y realizar la práctica de la prueba PCR a su costa, para que le puedan realizar la cirugía que ya le fue autorizada y que se le garantice el tratamiento integral para las patologías que padece, incluyendo las consultas, servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos, terapéuticos, hospitalarios, insumos y demás servicios que requiera, para evitar que cuando requiera la prestación de un servicio ordenado tenga que acudir a una acción de tutela para que lo autoricen.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

Axa Colpatria Seguros de Vida S.A.

El representante legal de la entidad en mención, informó al Juzgado, que el accionante se encuentra afiliado a la ARL de Axa Colpatria, como trabajador dependiente de la empresa Dynamic Colombia Ltda. Seguridad privada, inició cobertura el pasado 27 de junio de 2019, y a la fecha se encuentra vigente; la afiliación ampara sólo las contingencias derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad laboral; que el 08 de julio de 2019, reportó accidente de trabajo, sobre el cual le han garantizado las prestaciones asistenciales y económicas que el actor tiene derecho.

Agrega que el accionante solicita una prueba de PCR, no obstante el suministro le corresponde a la EPS de afiliación en que se encuentra activo, laborando para el sector de vigilancia sin prestar servicios para entidades de salud. Que el artículo 13 del Decreto Legislativo 538 de 2020, determina que únicamente accederán al reconocimiento de prestaciones asistenciales como económicas, aquellas personas expuestas en ejercicio de sus actividades del sector salud, confirmados como positivo para Covid 19; solicita que le realice un análisis sobre la distinción de los orígenes de las patologías, para que se sepa el origen y el diagnóstico de las patologías que el actor pretende que le sean suministradas por prestaciones asistenciales, el accionante debe ser consiente que las patologías y/o diagnósticos de origen común y debe ser atendidos por su EPS de la afiliación; teniendo en cuenta la normatividad que regula el sistema integral de seguridad social y los decretos recientes emitidos en virtud de la pandemia. Solicitan al despacho declarar improcedente esta

acción de tutela, por no haber vulnerado ningún derecho fundamental al accionante.

Salud Total EPS

El administrador suplente de la entidad en mención, informó al despacho que no han vulnerado los derechos fundamentales del accionante, ha actuado dentro del marco de lo que reglamenta el Sistema General de Seguridad Social en Salud, están frente a una tutela improcedente ante la inexistencia de vulneración de los derechos reclamados, máxime que se cuenta la falta de legitimación en la causa por pasiva. Que la ARL quien tiene la obligación de asumir los servicios médicos que le han generado el accidente laboral; el accidente que dio origen a su proceso que desde el principio ha recibido la atención de la ARL.

Agrega que remitieron este caso al área médico jurídica, para validar autorizaciones pendientes por gestionar o tramitar sin que a la fecha cuenten con órdenes médicas que ameriten su autorización. Con relación de la toma de muestra de PCR, no cuenta con orden médica generada por sus profesionales adscritos que determinen la pertinencia de lo solicitado; no se puede perder de vista, de acuerdo al último lineamiento que la toma de muestra se efectúa si la persona ha presentado síntomas, sin que sea admisible que la IPS someta a intervención a la práctica de dicha muestra. Aclara que la EPS no se niega a la prestación de lo solicitado, pero no pueden generar autorizaciones que no cuentan con orden médica; la jurisprudencia constitucional ha señalado de manera enfática que el concepto médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, considerando que por sus conocimientos científicos es el único llamado a disponer sobre las necesidades médico asistenciales del paciente.

Indica que en cuento a las peticiones, es claro que estamos frente a una falta de legitimación en la causa por pasiva frente a salud total EPS-S S.A., sobre todo si se parte de la base que su prohijada no ha incurrido en vulneración de los derechos fundamentales pretendidos, ya que no cuenta con servicios médicos pendientes por autorizar y gestionar, no exista vulneración alguna de derechos fundamentales del actor, solicitando denegar la presente acción.

Hospital Universitario San Ignacio

El representante legal para asuntos judiciales de la entidad en mención, manifestó que la naturaleza del centro asistencial es la institución prestadora de servicios de salud, y sus obligaciones se encuentran delimitadas por la Ley 100 de 1993 artículo 185; no pueden extralimitarse en sus funciones y autorizar el servicio que requiere el accionante; que una vez la empresa promotora de salud, ordene y autorice el procedimiento a un paciente, la institución que representa, lo atiende en razón a la existencia de un contrato de prestación de

servicios médicos con la respectiva EPS; a menos que se trate de una urgencia, evento en el cual proceden sin mediar autorización o pago alguno previos, a la atención que el paciente requiera de acuerdo con su condición clínica patológica, brindando la atención que requiere el paciente bajo los principios de eficiencia, racionalidad técnica científica, custodia y cuidado.

Agrega que el Hospital Universitario San Ignacio, no es responsable de las autorizaciones y del suministro de medicamentos o insumos; las autorizaciones no son de competencia de esa institución ni la determinación en que IPS va a ser tratado el paciente. Como IPS su institución en ningún momento ha denegado o desconocido derecho fundamental alguno del paciente. Todo paciente que requiera traslado debe intentar su remisión a través de la Oficina de Referencia de esa institución, de acuerdo con lo ordenado por la Ley 100 de 1993, la Ley 1122, Decreto 4747 de 2007 que en su artículo 17 y resoluciones reglamentarias como la 3047 de 2008 establecen “*el diseño, organización, documentación y operación del proceso de referencia y contrareferencia*” y demás normatividad aplicable vigente, ya que su desconocimiento pone en severo riesgo al paciente por enviarle sin autorización y sin contar con la disponibilidad ya que a la fecha su representada, se encuentra en emergencia funcional declarada ante la Secretaria Distrital de Salud, con una sobreocupación del 148%.

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - Adres

El abogado de la entidad en mención, manifestó al Despacho, que el ente al que representa es una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el sector salud- FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del régimen contributivo, los recursos que se recaen como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), siendo que en ningún caso será responsable directo de la prestación del servicio de salud.

Agregó que los derechos presuntamente vulnerados en la presente tutela, es de responsabilidad del Estado garantizar el derecho a la salud y para ello tiene el deber indelegable en la definición de políticas y reglamentación de todo lo atinente a la prestación del servicio de salud y de las condiciones en que esta tenga lugar. Que la jurisprudencia constitucional en torno al derecho a la vida ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones mínimas de una vida en dignidad.

En cuanto a lo que respecta a la ARL, la Ley 776 de 2002 en el parágrafo 2º del artículo 1º, define que las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad laboral, serán reconocidas y pagadas por la Administradora de Riesgos Laborales-ARL, la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación. Luego la Administradora de Riesgos Laborales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo o enfermedad laboral, deberá responder íntegramente por las prestaciones derivadas de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora. Los gastos derivados de los servicios de salud prestados y que tengan relación directa con la atención del riesgo laboral, están a cargo de la entidad administradora de riesgos laborales correspondiente.

Indica que de acuerdo a la normativa expuesta, es función de la ARL, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud derivados de una enfermedad laboral, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esa Entidad. Finaliza solicitando al despacho negar el amparo invocado por el accionante por no haber desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de la misma, en consecuencia, desvincular a esa entidad del trámite de la presente acción constitucional.

Superintendencia Nacional de Salud

La asesora del despacho de la entidad en mención, manifiesta al despacho que teniendo en cuenta los hechos de la acción constitucional, solicita su desvinculación de toda responsabilidad que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva; que efectivamente las EPS, son responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud y por lo tanto, son las llamadas a responder por toda falla, lesión, enfermedad e incapacidad, que se genere con ocasión de la no prestación o prestación indebida de los servicios de salud, incluidos en el Sistema General de Seguridad Social en salud.

Agrega que la entidad que representa, es un organismo de carácter técnico, que, como órgano de inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en salud, debe propugnar por que los agentes del mismo cumplan a cabalidad con las obligaciones y deberes asignados por la ley y demás normas reglamentarias para garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados. Que se debe tener en cuenta la prevalencia del concepto del médico tratante en los conflictos entre el actor y la EPS accionada, por cuanto la decisión de ordenar los servicios formulados, obedece a la enfermedad que padece la paciente, a la formación y conocimiento del galeno; en el evento en que el médico tratante considere que los servicios ordenados se

ajustan a la necesidad del paciente, la EPS accionada se encuentra en la obligación de garantizar el servicio bajo estándares de oportunidad, accesibilidad y eficiencia, en los términos y para los efectos de las normas antes transcritas.

Indica que en este caso se debe tener en cuenta la prevalencia del concepto médico tratante en los conflictos entre el accionante y la accionada, por cuanto la decisión de ordenar por parte del médico tratante “procedimientos (Insumos)”, obedece a la enfermedad o síntomas que padece el paciente, a la formación y conocimiento del galeno. Que el Ministerio de Salud dentro de las directrices, lineamientos y resoluciones para el manejo de la Pandemia SARS-COV-2 COVID19 ha expedido el Plan de acción para la Prestación de Servicios de Salud el cual indica las funciones puntuales de cada uno de los actores del sistema en la atención de pacientes con COVID-19 o sospecha del mismo, y también en atención de pacientes de otras enfermedades que requieren tratamientos sin interrupción en la prestación de los servicios de salud. En atención a que la demanda gravita en el hecho de que no se le ha practicado y proporcionado lo ordenado por el médico tratante, la Oficina Asesora Jurídica de esa entidad, considera relevante hacer referencia al concepto emitido el 22 de octubre de 2012, bajo el número 2-2012- 095213, que en lo relativo a la prohibición de imponer trabas administrativas que impidan el acceso efectivo a los servicios de salud.

Finaliza que el objeto de debate en la tutela, es la de obtener la prestación de los servicios médicos en salud concretado en examen, donde la entidad que representa no está a cargo de asumir dicha obligación, razón suficiente para que este despacho la desvincule y declare la falta de legitimación en la causa. Pues dentro de sus funciones, no se encuentra la prestación de servicios, suministro de medicamentos, autorización y programación de procedimientos quirúrgicos, ni agenda de citas con especialistas. La Superintendencia Nacional de Salud, dentro del marco de sus funciones y en cumplimiento de su objeto velará y propenderá por la protección de los derechos de los usuarios del Sistema Nacional de Salud y porque los servicios de salud se presten de manera adecuada y oportuna.

PRUEBAS

1. Con el escrito de tutela, el accionante allegó los siguientes documentos:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de **JHON JAIRO ORTEGÓN BASTIDAS**.
- Fotocopia de la orden médica, de fecha 10 de agosto de 2020, a nombre del accionante, donde se ordena la ureteroplastia o anastomosis termino-terminal vía abierta.

- Fotocopia de orden médica para Covid 19, por rápida, por pruebas moleculares, de fecha 27 de agosto de 2020, a nombre del accionante, expedida por médico tratante adscrito al hospital San Ignacio.

2. Axa Colpatria S.A., y la EPS Salud Total, allegaron certificado de existencia y representación de las entidades; Adres y la Superintendencia Nacional de Salud, adjuntaron el poder y resoluciones para actuar dentro de esta acción constitucional; El hospital San Ignacio, allegó carta de vulnerabilidad funcional por sobreocupación.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1983 de 2017 que dispone reglas de reparto, es competente este Despacho para resolver la solicitud de la tutela, por tratarse la accionada de un particular que presta el servicio de salud y encargada de atender a los beneficiarios del Plan Obligatorio en Salud.

Frente al factor territorial se tiene que la sede principal de las entidades accionadas es Bogotá y en esta misma ciudad tienen ocurrencia los hechos fundamento de la solicitud de amparo.

2. Del sub exámine

- 2.1. El artículo 86 de la Carta Política señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, 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 particulares en los casos expresamente señalados.

También establece dicha norma que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Ahora bien, para resolver el caso en concreto es necesario precisar los alcances del derecho a la salud y seguridad social.

2.2. La Salud y Seguridad Social

La Constitución Política de Colombia consagra el Derecho fundamental a la Salud, como un servicio público a cargo del Estado, garantizando a todas las

personas el acceso en cuanto a prevención, protección y atención en salud se refiere; todo ello acorde con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

En consecuencia, el Estado debe procurar que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud que requieran, pues ello asegura una calidad de vida digna, teniendo en cuenta que la salud es el instrumento mediante el cual los seres humanos pueden desarrollarse, pues sin ella, sería imposible ejercer a plenitud los demás derechos fundamentales.¹

El derecho a la salud ha sido objeto de reiterados pronunciamientos, cuando existe conflicto acerca de la forma en que debe asimilarse su protección. Anteriormente, la Corte aplicaba la tesis de conexidad, en donde el derecho de carácter prestacional, que pretende protegerse por vía de tutela, debe tener una inescindible relación con un derecho fundamental, particularmente la vida digna.

De otro lado con posterioridad, adoptó la tesis según la cual un derecho es fundamental de manera autónoma cuando el fin es garantizar la salud de sujetos de especial protección como los menores de edad, los desplazados y los adultos mayores. En efecto, estos postulados no necesariamente conllevan a delimitar si el derecho a la salud es de carácter fundamental o no, sino a la manera en que debe lograrse su realización en la práctica.

En la sentencia T-760 de 2.008 la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que dicha corporación ha establecido sobre el derecho a la salud. En esta providencia se argumentó, al igual que en reiteradas oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo:

“Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud

¹ La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales señaló que “la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos” (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.”

La jurisprudencia constitucional ha considerado que los derechos de contenido prestacional, en especial a la seguridad social en salud, se le puede reconocer el carácter de derechos fundamentales cuando (i) se trata de un sujeto de especial protección constitucional, (ii) porque se está en presencia de una situación que evidencia que la vulneración del derecho a la salud implica una amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, como por ejemplo la vida, el trabajo o la dignidad humana entre otros; o (iii) porque se presente el fenómeno jurídico de la transmutación de un derecho prestacional en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de los mandatos constitucionales².

Por otra parte, frente al carácter de fundamental que puede adquirir el derecho a la salud, cuando se encuentra en íntima relación con uno, que por sí solo, es fundamental, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

“[l]a prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (CP arts. 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

Con todo, actualmente, la Corte ha optado por dejar atrás la tesis de conexidad y adoptar de manera definitiva el criterio según el cual el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, todo ello por cuanto consideró que en sí mismo, exigir tal conexidad resultaba “artificial” ya que todos los derechos de alguna manera tienen un carácter prestacional, queriendo decir con ello que existe una estrecha relación entre “un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental”³

² Ver sentencia T-419 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³ Sentencia T-760 del 13 de julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda.

Además de reconocer que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, el cual puede protegerse a través del recurso de amparo, esta Corporación también consideró necesario determinar que en ciertos casos la tutela es el mecanismo apropiado para garantizar este derecho cuando quien la solicita es un sujeto de especial protección. Al respecto la jurisprudencia constitucional puntualizó lo siguiente:

“Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las solicitudes de inaplicación de las normas legales o reglamentarias que rigen el sistema de salud únicamente podrá acudir al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.”

La salud es un concepto que guarda íntima relación con el bienestar del ser humano y que dentro del marco del Estado social, al convertirse en derecho, se constituye en un postulado fundamental del bienestar ciudadano al que se propende en el nuevo orden social justo, a fin de garantizar un mínimo de dignidad a las personas. En este sentido se ha indicado que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento.

Por su parte, la vida humana, en los términos de la protección constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad.

No obstante, debe tenerse en cuenta que no en todo caso en que se alegue la lesión al derecho a la salud, la aplicación de la normatividad infraconstitucional que establece los servicios que brinda el sistema de salud resulta incompatible con los derechos fundamentales. Para llegar a esa conclusión el funcionario judicial debe constatar que: (i) la falta del servicio médico o el medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio

médico o el medicamento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio expuesto por el médico tratante del paciente, prima a la hora de determinar la necesidad del suministro del servicio médico solicitado, pues es éste quien mejor conoce su estado de salud y está plenamente capacitado para determinar la atención médica que requiere. Al respecto, ha señalado que el Comité Técnico Científico de la entidad podrá reversar la decisión del médico tratante, siempre y cuando se base en conceptos de médicos especialistas en el campo en cuestión y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico del paciente.

3. El carácter prevalente de la prescripción médica emitida por el médico tratante.

Ha sido amplia la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, al reiterar que el ordenamiento garantiza a todas las personas, como componente esencial del derecho a la salud, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran para resguardar su dignidad humana. La Corte ha resaltado que quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, el médico tratante.

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que: “ *...(i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que puedan existir respecto de su condición de salud, lo que conlleva a que sea quien tenga la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio de salud; y (iii) actúa en nombre de la entidad que presta el servicio*”⁴.

El alto Tribunal ha señalado en varias oportunidades que la prestación en salud ordenada por el médico tratante se torna fundamental para la persona que la requiere para proteger o restablecer su salud.

No obstante, dado que, bajo la regulación actual, la manera de acceso a los servicios de salud sigue dependiendo, en principio, de si el servicio requerido se encuentra o no incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud al cual la persona tiene derecho, la Resolución 3099 de 2008 establece que la prescripción del médico tratante de un servicio de salud no incluido en el POS debe ser remitida por éste mismo al Comité Técnico Científico para su evaluación, aprobación o desaprobación.

Es decir, que actualmente la normativa en materia de salud le otorga al CTC la facultad para determinar si autoriza o no un servicio de salud no POS ordenado

⁴ Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

por el médico tratante, de acuerdo con unos criterios y un procedimiento previamente establecido. Sin embargo, han dejado claro a través de la jurisprudencia que:

*“el Comité Técnico Científico de las entidades prestadoras del servicio de salud no es propiamente un órgano de carácter técnico sino administrativo, debido a su estructura y a las funciones que desempeña, y por lo tanto ha precisado que estos comités no son una instancia más entre los usuarios y las EPS y que **su concepto no es un requisito indispensable para el otorgamiento de servicios de salud requeridos por un paciente**”.*⁵ (Negrillas fuera de texto)

Para desvirtuar la orden del médico tratante se ha dicho, que la opinión de cualquier otro médico no es suficiente, la base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante.

El dictamen del médico tratante respecto de un servicio de salud que requiera un determinado paciente, debe prevalecer sobre el concepto del Comité Técnico Científico y cualquier otro miembro de la EPS, inclusive sobre la opinión otro profesional de la salud puesto que el médico tratante es un profesional científicamente calificado y es quien mejor conoce la condición de salud del paciente⁶.

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho analizar si la Axa Colpatria S.A., vulnera los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y seguridad social, de **JHON JAIRO ORTEGÓN BASTIDAS**, por cuanto a la fecha no le ha autorizado y realizado la prueba PCR, el cual fue ordenado por el médico tratante para practicarle la cirugía.

Bajo las anteriores premisas procede el Despacho al caso objeto de estudio.

CASO OBJETO DE ESTUDIO

Para el caso concreto, se estaría frente a la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y seguridad social de **JHON JAIRO ORTEGÓN BASTIDAS**, quien de acuerdo a la copia de la cédula de ciudadanía allegada acredita tener 41 años de edad y según el dicho del accionante y orden médica de fecha 10 de agosto de 2020, por la

⁵ Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo

⁶ Respecto a la prevalencia del concepto del médico tratante, frente al concepto del Comité Técnico Científico y/o de los funcionarios administrativos de la EPS, ver entre muchas otras, las siguientes sentencias: T-666 de 1997, T-155 de 2000, T-179 de 2000, T-378 de 2000, T-284 de 2001, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002, T-760 de 2008.

Uróloga **ANDREA CAMILA ARAUJO POLO**, tiene pendiente una cirugía de ureteroplastia o anastomosis termino-terminal vía abierta; ureteroneocistostomía con técnica de alargamiento vesical con colgado o pliegue vesical vía abierta, la cual está autorizada por la ARL.

Ahora bien, la inconformidad del accionante radica en el hecho, que desde el 27 de agosto del presente año, viene solicitando la autorización para la práctica de la prueba PCR a la entidad Axa Colpatria S.A., la cual le exige el Hospital San Ignacio, para la práctica de la cirugía y a la fecha no la han autorizado.

Obra en el expediente, orden médica, para “*Identificación de otros virus (Sars CoV2 (Covid 19: PCR RAPIDA) por pruebas moleculares*”, observación: prioridad: ambulatorio; la cual fue ordenada por la médica especialista – uróloga **ARAUJO POLO**, adscrita al Hospital San Ignacio, dirigido a Axa Colpatria seguros de vida S.A. ARL. Sobre el particular y conforme a la jurisprudencia transcrita, uno de los requisitos para la prosperidad de la acción de tutela, dependerá de que el servicio requerido, haya sido prescrito por un médico tratante, en este caso sería por la práctica de la prueba de PCR al señor **JHON JAIRO ORTEGÓN BASTIDAS**, aspecto que para el presente caso se cumple y que tuvo en cuenta la IPS Hospital San Ignacio, al emitir la autorización correspondiente.

De otro lado, se tiene la versión de Axa Colpatria SA ARL, y la EPS Salud total, en la que hacen saber que a la fecha no han incumplido con las obligaciones que le competen en lo concerniente a la prestación de los servicios de salud que requiere el usuario, por cuanto a la fecha no le han negado ni omitido la prestación de servicio alguno. Axa Colpatria SA ARL, que según el artículo 13 del Decreto Legislativo 538 de 2020, determina que únicamente accederán al reconocimiento de prestaciones asistenciales como económicas, aquellas personas expuestas en ejercicio de sus actividades del sector salud, en cuenta a lo peticionado por el accionante, de la práctica de la prueba PCR, dicho suministro le corresponde a la EPS, donde se encuentra afiliado el actor, por cuanto se encuentra activo y laborando para el sector de vigilancia sin prestar servicios para entidades de salud. La EPS Salud Total, indica que con relación a la toma de muestra PCR, no cuenta con orden médica generada por los profesionales adscritos que determinen la pertinencia de lo solicitado; que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no determinado servicio de salud. Que la Aseguradora de Riesgos Laborales, tiene el deber de prestar los servicios médicos con el fin de rehabilitar al trabajador, ya que las Entidades Promotoras de Salud se encuentran obligadas a prestar a su cargo los servicios incluidos dentro del Plan de Beneficios en Salud, entendiendo por tales las derivadas de la de las enfermedades generales, sin que sea posible incluir dentro de las mismas, las coberturas propias de los accidentes de trabajo y de las enfermedades de tipo profesional, pues las mismas no se encuentran dentro del marco de acción legal de las EPS.

De acuerdo a lo manifestado por la entidad Axa Colpatria S.A. ARL, este Despacho, no comparte sus argumentos, ya que no se trata de evadir una orden médica con el pretexto sobre quien puede o no al reconocimiento de prestaciones asistenciales como económicas para la toma de la muestra, en esta caso, del Covid 19; si el accionante la requiere no es por capricho del mismo, sino porque es la misma médica tratante, quien la ordena para poder realizarle la cirugía y más cuando van a estar expuestas las personas en ejercicio de sus actividades del sector salud, en este caso, los médicos y enfermeras que colaboren con la práctica del procedimiento quirúrgico; lo que se requiere es que le realicen oportunamente el servicio solicitado, máxime cuando la prueba del PCR, fue ordenada por la médica tratante, pues sin el resultado de dicho examen, no pueden practicarle el procedimiento quirúrgico que tiene autorizado y programado por la misma ARL y el Hospital San Ignacio; el cual puede ser cancelado, suspendido y/o se puede estar realizando semanas y hasta meses después, comprometiendo la salud y vida del accionante.

Ahora bien, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – Adres, indica a este despacho, que la Ley 776 de 2002 en el parágrafo 2º del artículo 1º, define que las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad laboral, serán reconocidas y pagadas por la Administradora de Riesgos Laborales – ARL, en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.

Que el Decreto Ley 1295 de 1994 en su artículo 5, consagra como prestaciones asistenciales en el Sistema de Riesgos Laborales las siguientes:

- 1. Asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica.*
- 2. Servicios de hospitalización.*
- 3. Servicio odontológico.*
- 4. Suministro de medicamentos.*
- 5. Servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento.*
- 6. Prótesis y órtesis, su reparación, y su reposición sólo en casos de deterioro o desadaptación, cuando a criterio de rehabilitación se recomiende.*
- 7. Rehabilitación física y profesional.*
- 8. Gastos de traslados, en condiciones normales, que sean necesarios para la prestación de estos servicios.*

Por lo tanto, es la Administradora de Riesgos Laborales, en la cual se presentó un accidente de trabajo o enfermedad laboral, la que debe responder íntegramente por las prestaciones derivadas de ese evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora. Los gastos derivados de los servicios de salud prestados y que tengan relación directa con

la atención del riesgo laboral, están a cargo de la entidad administradora de riesgos laborales correspondiente.

Ahora bien, si la profesional de la medicina, determino que en definitiva se debe hacer la *prueba del PCR*, el mismo no se puede dilatar en el tiempo sin una justificación técnico científica que determine la médica tratante, pues no se puede desconocer que se le ha autorizado y prestado los servicios médicos por parte de la ARL y el IPS Hospital San Ignacio, para garantizarle su derecho fundamental a la salud y a la vida, pero hasta este momento no se ha desvirtuado por ningún medio que el paciente ya no requiera la prueba del PCR ordenado por la médica tratante adscrita a esa IPS.

Este estrado judicial, concibe la vida en condiciones dignas, como una condición, lo más lejano posible al sufrimiento y la humillación; las autoridades y el Estado Colombiano, deben hacer todo lo que esté a su alcance para aligerar las cargas que la naturaleza impone a ciertas personas, máxime cuando se esta frente a una persona en situación de disminución por su estado de salud, ya que deben realizarle un procedimiento quirúrgico y para llevarlo a cabo debe contar con el resultado de la prueba PCR, razón por la cual las determinaciones del médico tratante deben ser acatadas; en consecuencia de no realizar la práctica de la toma del PCR, se pone en riesgo el derecho a la salud, vida en condiciones dignas e integridad personal y se obviaría la finalidad que tiene la entidad Administradora de Riesgos Laborales, frente al afiliado.

Si con la práctica de la toma de muestra del PCR, para que le puedan realizar su cirugía, se logra mejorar la calidad de vida del accionante, la Administradora de Riesgos Laborales, está en la obligación de garantizar un **OPORTUNO SERVICIO**, pues de no hacerlo como sucede con el caso que ocupa la atención del estrado judicial, se desconocería el mandato del Constituyente primario, conforme al cual, en Colombia, toda determinación del Estado y de los particulares debe garantizar efectivamente la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 2 y 5 C.P.). Esta es una de las manifestaciones de la protección especial que se debe brindar a toda persona que se encuentre en circunstancias de discapacidad, siendo necesario que este Despacho, tome los correctivos a que haya lugar para conjurar la trasgresión a los derechos reclamados.

Consecuente con lo manifestado se tutelaran los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y seguridad social de **JHON JAIRO ORTEGÓN BASTIDAS**. Por las razones antes **expuestas Axa Colpatria S.A. ARL, a través de su representante legal, gerente, director o quien haga sus veces, deberá en un término no superior a 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, autorizar, programar fecha y hora y realizar la toma de la muestra del PCR, teniendo en cuenta orden médica del 27 de agosto de 2020, debiendo realizar la misma en un término no superior a 5 días**

calendario, de igual manera deberá informar la fecha y hora de realización de la prueba al accionante.

Con relación al tratamiento integral, deprecado, observa este estrado que en efecto Axa Colpatria S.A. ARL, ha prolongado la autorización, programación y realización de la prueba del PCR, requerido con esta acción; pero para lo peticionado es necesario demostrar un riesgo o amenaza inminente, por cuanto de tutelar un tratamiento que no ha sido negado aún, estaríamos frente a una situación futura e incierta, recordando que este mecanismo esta instituido para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales ante un hecho dañino, siendo desacertada la posibilidad de amparar derechos por circunstancias meramente hipotéticas.

No se tutelaré en contra del Hospital San Ignacio, la EPS salud Total, Adres y la Superintendencia Nacional de Salud, al establecer que no han vulnerado derechos fundamentales del paciente y que la garantía del servicio de salud, se encuentra en cabeza de Axa Colpatria S.A. ARL.

Del cumplimiento de esta decisión Axa Colpatria S.A. ARL, informará al Juzgado, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas e integridad personal de **JHON JAIRO ORTEGÓN BASTIDAS**. Por las razones antes **expuestas Axa Colpatria S.A. ARL, a través de su representante legal, gerente, director o quien haga sus veces, debe en un término no superior a 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, autorizar, programar fecha y hora y realizar la toma de la muestra del PCR, teniendo en cuenta la orden médica del 27 de agosto de 2020, debiendo realizar la misma en un término no superior a 5 días calendario, de igual manera debe informar la fecha y hora de realización de la prueba al accionante.**

SEGUNDO: NO TUTELAR, la pretensión relacionada con el tratamiento integral, conforme se expuso en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: NO TUTELAR, en contra del Hospital San Ignacio, la EPS salud Total, Adres y la Superintendencia Nacional de Salud, al establecer que no han vulnerado derechos fundamentales de **ORTEGÓN BASTIDAS**.

Tutela No. 2020-083
Accionante: Jhon Jairo Ortega Bastidas
Accionada: Axa Colpatria ARL
Decisión: Concede Tutela

CUARTO: Del cumplimiento de este fallo Axa Colpatria S.A. ARL, debe comunicar a este Despacho oportunamente por escrito.

QUINTO: INFORMAR al accionante y accionados, que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. De no ser recurrido este fallo, remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

OMAR LEONARDO BELTRAN CASTILLO
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 74 PENAL MUNICIPALCN FUNCION CONTROL GARANTIAS
BOGOTA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

e869925176634e263ac2ca572295c6318e91f0714be4d1deb0af281b05171fb8

Documento generado en 24/09/2020 09:03:39 p.m.