

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS
Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BOGOTÁ
(Acuerdos PSAA15-10412 y PCSJA18-11068)

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

Radicado: Acción de tutela 2020-00306

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Lo constituye la sentencia que se impone proferir, luego de surtido el trámite pertinente dentro de la acción de tutela formulada por el señor JIMMY OCTAVIO MORENO GUINEME, en contra de FAMISANAR EPS y en donde se vinculó a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES-

2. ANTECEDENTES

El accionante reclama la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social, a la salud y a la dignidad humana, con base en los siguientes hechos.

Afirma el accionante, que está afiliado al sistema general de seguridad social en salud, a través de FAMISANAR EPS desde hace más de nueve (9) años.

Que desde hace más de un año presenta problemas al caminar y dolores muy fuertes por cuenta de una hernia umbilical, sobre la cual fue ordenada una cirugía desde el pasado seis (6) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

Informa que, desde la emisión de la mencionada orden médica, hasta el día de hoy no se ha realizado la cirugía a pesar de que es urgente, que lo han tenido en espera injustificada, al punto que le informaron debía pasar otra solicitud para que le programaran la fecha de la cirugía, que además según la información que la misma EPS le ha dado, debe permanecer en espera, pues por el momento carece de médico cirujano para que se realice tal procedimiento.

Que su relación laboral en donde venía como cotizante fue finalizada, y ello pone en riesgo la realización de los procedimientos ordenados en su favor.

Que por el actuar negligente de FAMISANAR EPS tenga que verse sometido a llevar una vida indigna, mas cuando la cirugía que le fue ordenada mejoraría ostensiblemente sus condiciones de salud y su calidad de vida.

2.3. PRONUNCIAMIENTO DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADA

- La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud contestó la acción de tutela indicando que es función de la EPS, y no de esa Administradora, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a ese ente administrativo, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva.

Resalta que es carga de las EPS garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

Solicita al Despacho NEGAR el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia DESVINCULAR a esa Entidad del trámite de la presente acción constitucional.

FAMISANAR EPS, sin causa que lo justifique guardó silencio dentro del término de traslado a pesar de que se le notificó la admisión de la presente acción de tutela por el medio dispuesto para ello, a través del oficio T-0044 del 12 de marzo de 2020.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Naturaleza de la acción y competencia.

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, concebida como un mecanismo de carácter excepcional para solicitar la protección de los derechos fundamentales de cualquier persona, cuando quiera que se encuentren vulnerados o

amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular.

En cuanto a la competencia, se destaca que todos los jueces de la República, sin importar su especialidad o el trámite del que conozcan, devienen competentes para velar por tales derechos fundamentales, así como para alcanzar la realización de los fines del Estado Social de Derecho.

El carácter excepcional de la tutela hace relación con el presupuesto según el cual el accionante no disponga de otros instrumentos jurisdiccionales a su alcance o, teniéndolos, pretenda evitar que se le irroge un perjuicio irremediable mientras acude a las acciones pertinentes ante las autoridades competentes.

3.2. Problema jurídico planteado.

Conforme los hechos y pretensiones antes referidos, corresponde a este despacho establecer si los derechos fundamentales la vida, a la seguridad social, a la salud y a la dignidad humana del señor JIMMY OCTAVIO MORENO GUINEME han sin vulnerados por la acción u omisión de FAMISANAR EPS, por no haber programado y realizado la cirugía de hernia umbilical que fue dispuesta por el médico tratante.

3.3. Derecho fundamental a la salud.

En desarrollo de múltiples mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional y concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015 le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares “(...) *el trato a la persona conforme con su humana condición(...)*” **Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.**

Sobre el citado derecho se ha dicho por el máximo tribunal constitucional a través de la sentencia T - 579 de 2017 que:

“(...) el derecho fundamental a la salud no puede ser entendido como el simple goce de unas ciertas condiciones biológicas que aseguren la simple existencia humana o que esta se restrinja a la condición de estar sano. Por el contrario, tal derecho supone la confluencia de un conjunto muy amplio de factores de diverso

orden que influye sobre las condiciones de vida de cada persona, y que puede incidir en la posibilidad de llevar el más alto nivel de vida posible”.

De allí, que su protección trascienda y se vea reflejada sobre el ejercicio de otros derechos fundamentales inherentes a la persona, como son los derechos fundamentales a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, y por su puesto a la vida. Precisó también esa Corporación mediante el precitado fallo que:

“(...) el derecho a la salud además de tener unos elementos esenciales que lo estructuran, también encuentra sustento en principios igualmente contenidos en el artículo 6° de la Ley 1751 de 2015, dentro de los que de manera especial sobresalen los de pro homine, universalidad, equidad, oportunidad, integralidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad, entre otros”.

3.4. Oportunidad del Tratamiento

Uno de los elementos estructurales del derecho fundamental a la salud es la prestación de los servicios de salud en forma ininterrumpida, oportuna e integral; razón por la que las justificaciones relacionadas con problemas presupuestales o de falta de contratación, así como la invención de trámites administrativos innecesarios para la satisfacción del derecho a la salud, constituyen, en principio, no solo una vulneración al compromiso adquirido en la previsión de todos los elementos técnicos, administrativos y económicos para su satisfacción, sino también un severo irrespeto por esta garantía fundamental.

Por este motivo, las Entidades Promotoras de Salud, al tener encomendada la administración de la prestación de estos servicios, no pueden someter a los pacientes a demoras excesivas en la prestación de los mismos o a una paralización del proceso clínico por razones puramente administrativas o burocráticas, como el cambio de un contrato médico. En efecto, cuando existe una interrupción o dilación arbitraria, esto es, que no está justificada por motivos estrictamente médicos, las reglas de continuidad y oportunidad se incumplen y en consecuencia, al prolongarse el estado de anormalidad del enfermo y sus padecimientos, se desconoce el derecho que tiene toda persona de acceder en condiciones dignas a los servicios de salud.

En la Sentencia T-635 del año 2001, el Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA señala que:

“(...) La prestación del servicio de salud no es una garantía constitucional que pueda supeditarse a trabas de carácter administrativo, más allá del término razonable de una administración diligente y solidaria con sus afiliados, sobre

todo si tales trabas son imputables a la propia entidad encargada de prestar el servicio. (...)”

3.5. Presunción de veracidad y carga de la prueba.

El artículo 20 del Decreto-Ley 2591 de 1991 dispone de manera expresa que:

“Artículo 20. Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.”

En tal sentido, la norma en cita establece la obligación de las entidades accionadas de rendir los informes que les sean solicitados por los jueces constitucionales, de llegarse a desatender la orden judicial, o incluso, el término conferido, se tendrán por ciertos los hechos y se resolverá de plano la solicitud.

La presunción de veracidad de los hechos expuestos en la solicitud de amparo fue concebida como instrumento para sancionar el desinterés o la negligencia de las entidades accionadas y se orienta a obtener la eficacia de los derechos constitucionales fundamentales.

En igual sentido, en la sentencia T-250 de 2015, se señaló por parte de la H. Corte Constitucional que la presunción de veracidad *“encuentra sustento en la necesidad de resolver con prontitud sobre las acciones de tutela, dado que están de por medio derechos fundamentales, y en la obligatoriedad de las providencias judiciales, que no se pueden desatender sin consecuencias.”*

3.6. Análisis del caso concreto.

En el presente caso, FAMISANAR EPS, de manera injustificada ha permanecido silente frente al requerimiento efectuado por esta sede judicial, toda vez que pese a estar debidamente notificado del trámite constitucional que se adelanta en su contra, ha omitido dar respuesta al requerimiento hecho por el Juez Constitucional; por tal razón, es plenamente aplicable la presunción de veracidad contenida en el artículo 20 del Decreto-Ley 2591 de 1991, y en consecuencia, se tendrán por ciertos los hechos narrados en el escrito de tutela.

No obstante lo anterior, es claro para esta sede Judicial que quien instaure una acción de tutela por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales tiene la carga procesal de probar sus afirmaciones; tan sólo en casos excepcionales, dadas las especiales

condiciones de indefensión en que se encuentra el peticionario, se ha invertido jurisprudencialmente la carga de la prueba a favor de aquél.

Así las cosas, como prueba de los hechos en que se sustenta la acción de tutela el señor JIMMY OCTAVIO MORENO GUINEME aportó las siguientes pruebas documentales:

- i. Una copia de una orden médica emitida el 6 de septiembre del año 2019, en la sede la floresta, por el profesional médico Dr. JULIAN ESCOBAR RIAÑO para el diagnóstico K-429 con el procedimiento “HERNIORRAFIA UMBILICAL VIA ABIERTA” en favor del señor JIMMY OCTAVIO MORENO GUINEME. (FOLIO 19)
- ii. Una copia de la autorización No 5058976261 con fecha del 6 de septiembre del 2019, para “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA (FOLIO 18)
- iii. Copia de CONSENTIMIENTO INFORMADO con fecha del 6 de septiembre del 2019, con firma y sello del por el profesional médico Dr. JULIAN ESCOBAR RIAÑO, en favor del señor JIMMY OCTAVIO MORENO GUINEME. (FOLIO 17)
- iv. Una copia de la autorización No 5062426018 con fecha del 5 de marzo del 2020, para “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA (FOLIO 18)
- v. Una copia de “RECORDATORIO DE CITA” para el 20 del mes de mayo del 2020 para la especialidad de CIRUGIA GENERAL.

El análisis integrado de los documentos traídos por el accionante permite establecer que en efecto, el señor JIMMY OCTAVIO MORENO GUINEME tiene orden médica a su favor para el procedimiento de “HERNIORRAFIA UMBILICAL VIA ABIERTA”, el cual no solo ha sido ordenado por parte del galeno tratante, sino que además se han autorizado las consultas previas a cirugía, tal como lo es, la cita con el anesthesiólogo.

Tales ordenes han sido emitidas desde el 6 de septiembre del año 2019, no obstante con la emisión de una nueva autorización el 5 de marzo del 2020, para “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA (FOLIO 18), emerge evidente que la primera autorización no se materializó, es decir, han transcurrido más de seis (6) meses desde una primera autorización para que el señor MORENO GUINEME asistiera a la cita previa a la cirugía con un anesthesiólogo, sin embargo la misma no se ha dado, en ese mismo hilo argumental es fácil

concluir que si la cita previa a la cirugía no se ha dado, mucho menos se ha realizado la cirugía.

No pierde de vista el Despacho que es razonable que el acceso a los servicios médicos pase, algunas veces, por la superación de ciertos trámites administrativos; no obstante, es claro que el adelanto de los mismos no puede constituir un impedimento desproporcionado que demore excesivamente el tratamiento o que imponga al interesado una carga que no le corresponde asumir. De allí, que se garantice el derecho a acceder al Sistema de Salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos, pues de ello también depende la oportunidad y calidad del servicio.

Las demoras ocasionadas por estos factores o el hecho de diferir tratamientos o procedimientos recomendados por el médico tratante sin razón aparente, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y mental de los pacientes, mereciendo mayor reproche si se trata de órdenes emitidas por un profesional adscrito a la entidad, pues los afiliados, aún bajo la confianza de la aptitud de estas prescripciones institucionales, deben someterse a esperas indeterminadas que culminan muchas veces por distorsionar y diluir el objetivo de la recomendación originalmente indicada, como quiera que el mismo paso del tiempo puede modificar sustancialmente el estado del enfermo, su diagnóstico y consecuente manejo.

Por lo anterior, dando aplicación a la presunción de veracidad establecida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, acompañado ello del soporte documental anexado por el tutelante, que es clara muestra que ha transcurrido un lapso extenso e injustificado para la realización de un procedimiento quirúrgico, ninguna elucubración adicional habrá de emitirse, pues es flagrante el menoscabo del derecho fundamental a la salud por parte de FAMISANAR EPS en contra del señor JIMMY OCTAVIO MORENO GUINEME, ya sea por ineficiencia o de la falta de planeación de la EPS, ningún argumento podría erigirse para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y oportunidad de los servicios médicos prescritos.

Finalmente, es claro para esta sede judicial que en virtud de que se ha excedido en demasía los términos de la prestación del servicio, indudablemente se pone en riesgo la vida del accionante, la garantía de acceso a la seguridad social, y además la dignidad humana de la persona se ve menoscabada por la indolencia de la empresa prestadora de salud.

Sin que sea necesario entonces análisis adicionales, se entrara en defensa de los derechos fundamentales de los que se depreca protección y en consecuencia, se ordenará FAMISANAR EPS que, en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, inicie las gestiones necesarias para que le sea practicada al señor JIMMY OCTAVIO MORENO GUINEME la cirugía o procedimiento “HERNIORRAFIA UMBILICAL VIA ABIERTA” la cual deberá realizarse en un plazo máximo veinte (20) días, agotando para ello, todas las instancias previas que sean del caso, garantizando los servicios que en razón a dicha intervención requiera para el restablecimiento integral de su salud física y psicológica, entiéndase estos últimos, como citas o exámenes previos a la realización del procedimiento quirúrgico.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO OCTAVO (8º) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y a la salud del señor JIMMY OCTAVIO MORENO GUINEME identificado con cédula de ciudadanía No 1.030.581.658, que esta instancia encuentra han sido vulnerados por FAMISANAR EPS.

SEGUNDO: ORDENAR a FAMISANAR EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguiente, contadas a partir de la notificación de esta providencia, programar la realización del procedimiento quirúrgico “HERNIORRAFIA UMBILICAL VIA ABIERTA” al señor señor JIMMY OCTAVIO MORENO GUINEME, la cual deberá realizarse en un plazo máximo veinte (20) días, agotando para ello, todas las instancias previas que sean del caso, garantizando los servicios que en razón a dicha intervención requiera para el efecto.

TERCERO: REQUERIR a FAMISANAR EPS para que en los términos señalados en el numeral inmediatamente anterior, allegue a esta sede judicial prueba demostrativa del cumplimiento de las ordenes emitidas.

CUARTO: ADVERTIR a FAMISANAR EPS que el incumplimiento de este fallo genera consecuencias pecuniarias y privativas de la libertad para el

responsable del desacato, según lo previsto en los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: DESVINCULAR del presente trámite constitucional a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES-

SEXTO: ENTERAR a los extremos de esta acción, que contra la presente determinación procede impugnación, ante los Jueces Civiles del Circuito de este Distrito Judicial.

SEPTIMO: REMITIR sin tardanza esta actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que el fallo no sea impugnado; lo anterior en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 31 del precitado decreto.

OCTAVO: NOTIFICAR el presente fallo a las partes por el medio más expedito, de tal manera que asegure su cumplimiento, tal como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Además, infórmese que en virtud de lo dispuesto en Acuerdos No. PCSJA20-11526 y Acuerdo 20-11521 DE 2020, este momento todos los despachos judiciales se encuentran cerrados debido a la emergencia sanitaria ocasionada por la propagación del COVID19, cualquier memorial, documento o comunicación sobre el presente trámite constitucional debe ser enviado a la dirección de correo electrónico: j08pccmbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


EDGAR ALBERTO SAAVEDRA CÁCERES
Juez