



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO TERCERO (3º) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá, D.C., Doce (12) de Febrero de dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA – 2a. Instancia –
Rad. No.110014003008-202000061402

I. ASUNTO

Procede el Despacho a decidir la impugnación a que fue sometida la sentencia del 18 de Noviembre de 2020, proferida por el **Juzgado Octavo (8º) Civil Municipal de Bogotá** dentro de la acción de tutela promovida por **Sergio Raúl Lucumi Sánchez** contra **Capital Salud E.P.S.´s**. Trámite al cual se vinculó de manera oficiosa a **Secretaría Distrital de Salud – Fondo Financiero Distrital y Sociedad de Cirugía de Bogotá Hospital San José Centro y Otros**.

II. ANTECEDENTES y CONSIDERACIONES

2.1 Mediante proveído del 3 noviembre de 2020, esta autoridad declaró la nulidad “*de lo actuado (...) a partir del fallo emitido el 20 de octubre de 2020 (...)*” proferido por el despacho de primer grado, con fundamento en la falta de integración del contradictorio con la *Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., al Hospital Simón Bolívar y la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES*.

2.2 Restablecida en debida forma la actuación, la Juez *A quo* en sentencia proferida luego de la nulitación ordenada en este asunto, resolvió conceder la salvaguarda superior exonerada por el accionante a sus derechos fundamentales a la vida, salud, vida digna y seguridad social, ordenado a CAPITAL SALUD E.P.S.´S y a la SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ HOSPITAL SAN JOSÉ CENTRO que en el término fijado, proceda a autorizar, asignar y practicar el examen denominado “OTORRINOLARINGOLOGÍA” por las razones indicadas en la motiva de la sentencia de tutela.

La decisión se forjó, tras considerar y, luego de estudiar el acervo probatorio recaudado como las argumentaciones de los extremos de la tutela, en que: (i) en el asunto es procedente la acción de tutela contra particulares y por ser la accionada una entidad prestadora de salud, analizando la protección al derecho a la salud que no se limita al reconocimiento de servicios sino además, a su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad; (ii) para el caso en concreto, los exámenes y citas con los especialistas ordenados por los médicos al señor Lucumi Sánchez, deben realizarse y entregarse sin ningún tipo de dilación debido a su estado de salud y, por no encontrar veracidad sobre la cita que las encartadas indicaron haber autorizado al accionante para valoración por “otorrinolaringología” para el día 13 de octubre de 2020 a las 8:00 a.m. y por lo que solicitaron declarar un hechos superado, por cuanto lo cierto es que el paciente no fue atendido por estar un código de servicio mal digitado; e (iii) indicó que la accionada EPS imponía al usuario cargas administrativas que no podía soportar y siendo la entidad responsable del aseguramiento en salud, además que CAPITAL SALUD EPS´S y la SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ HOSPITAL SAN JOSÉ CENTRO, no se encontraban dispensando oportuna atención al paciente, al estar asignando citas sin un criterio claro y estimando así que el accionante es merecedor del trato diferencial positivo en materia de salud y bajo el principio de igualdad.

Acorde a las circunstancias del caso, el fallador *a quo* consideró también que (iv) por la patología presentada por el accionante, requería de forma inmediata la asignación de cita reclamada para la consulta con otorrinolaringología y siendo este el único servicio pendiente que cuenta con orden del médico tratante y aspecto bajo el cual deniega acceder al tratamiento integral que fuera solicitado en la tutela y apoyándose para esa negativa de que no le era dable proteger hechos futuros e inciertos, con lo que se desbordaría la esencia de la acción de tutela.

2.3 Inconforme con la determinación proferida en primer grado, la vinculada SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ - HOSPITAL SAN JOSÉ CENTRO, impugna la decisión, mostrando en suma como razones de su reproche, que (i) se ordena a esta IPS y a CAPITAL SALUD EPS, mancomunadamente a autorizar, asignar y practicar consulta con el servicio de otorrinolaringología, desconociendo las explicaciones que suministró en la contestación de la tutela, como quiera que el accionante requiere acercarse cualquier día martes en horas de la mañana a programar el procedimiento denominado “reconstrucción nasal con injerto autólogo de cartílago”, situación que a la fecha de su reparo dice no ha efectuado y, sin que para ello necesite la programación de una consulta de otorrinolaringología y siendo ello el único trámite pendiente para la efectiva práctica de la intervención; (ii) aclara que el paciente no requiere nueva consulta por la especialidad ordenada sino acercarse con autorización de su aseguradora en salud y con aval por parte del servicio de anestesia y órdenes médicas, exponiendo que esta sociedad ha cumplido sus obligaciones como Institución Prestadora de Salud dentro del SGSSS.

Expone además como argumentos de su impugnación, (iii) que esta IPS se encuentra imposibilitada para garantizar la globalidad del aseguramiento y, que es deber de CAPITAL SALUD EPS, autorizar las órdenes emitidas por los profesionales de la salud como realizar los trámites administrativos tendientes a la práctica del procedimiento, sin que dicha obligación se le pueda transferir a la impugnante, al ser funciones indelegables del aseguramiento y califica como un desacierto en el fallo reprochado, de que se considere que debe suplir la ausencia de gestión de la EPS, peticionando con ello revocar el fallo impugnado en cuanto a la orden que le fue impartida y establecer que únicamente CAPITAL SALUD EPS es a quien ha de realizar todas las actuaciones administrativas para el procedimiento requerido por el accionante.

2.4 Corresponde a esta Juez Constitucional, determinar si en este caso particular la decisión emitida por el juzgador de primer grado se encuentra ajustada a preceptos legales y constitucionales o si contrario sensu, debe acogerse lo alegado por la IPS impugnante en el sentido de establecer que no se le debió impartir orden alguna para la atención que fue ordenada se realizara junto con la EPS accionada de autorizar, asignar y practicar el examen denominado “OTORRINOLARINGOLOGÍA”.

2.5 Para el estudio de la opugnación elevada, lo primero a señalar es que, conforme al artículo 86 de la C.P., *la acción de tutela* es el mecanismo idóneo para la protección de los derechos constitucionales fundamentales frente a la vulneración o amenaza por la acción u omisión de las autoridades públicas, y en algunos casos de los particulares, siempre que no se disponga de otra vía judicial expedita para ello, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al tenor de lo preceptuado en los artículos 1º, 5º y 8º del Decreto 2591 de 1991. En este sentido, como se desprende del referido canon constitucional, para que la acción de tutela sea procedente, se requiere que exista una actuación o una omisión por parte de quien se demanda, pues, tal y como lo ha dicho la H. Corte Constitucional “...*la mera conjetura o suposición de afectación de los derechos fundamentales no es suficiente...*”¹.

¹ Al respecto, puede consultarse la sentencia T-013 de 2007.

De otra parte, es importante recordar que el *derecho a la salud*, se ha enseñado por el máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional, tiene una doble connotación, al ser no solo catalogado como un derecho fundamental, sino que a su vez es considerado un servicio público y así ha dicho “*que la salud tiene una doble connotación: derecho y servicio público. Respecto a la primera faceta, ha sostenido que debe ser prestada de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, respecto de la segunda, la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 del Texto Superior.*”², además frente a este servicio es jugosa la jurisprudencia constitucional que muestra que dicho derecho no puede verse afectado o interrumpido a los usuarios con la imposición de barreras administrativas o burocráticas y, menos por circunstancias ajenas al afiliado.

Recordemos también que en el SGSSS , si bien es cierto las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de a sus afiliados y dada su calidad de asegurador, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, para lo cual necesariamente se realiza mediante convenios o contratos con las IPS, estas últimas quienes a su vez hacen igualmente parte del sistema y tienen a su cargo ciertos deberes con los usuarios, tal como prestar el servicio de salud y, siendo dable señalar que a ambas instituciones las rige los principios rectores tales como oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad y continuidad en el servicio de salud.

Por lo anterior, el Sistema de Seguridad Social en Salud, permite a los usuarios y afiliados, el *derecho de libre escogencia* y así la H. Corte Constitucional enseña: “*La libertad de escogencia es un principio rector y característica esencial del Sistema de Salud Colombiano, establecido en la Ley 100 de 1993 y desarrollado ampliamente por esta Corporación. El artículo 153 de la Ley 100 de 1993 lo consagra como la facultad de escoger en cualquier momento la Entidad Promotora de Salud (EPS) y las instituciones prestadoras de servicios (IPS) que pertenezcan a la red de las EPS, encargadas de prestar los servicios de salud. El principio de libertad de escogencia, característica del Sistema de Seguridad Social en Salud, no es solo una garantía para los usuarios sino que es un derecho que debe ser garantizado por el Estado y todos los integrantes del sistema. De tal modo que la libertad de escogencia es un derecho de doble vía, pues en primer lugar, es una facultad de los usuarios para escoger tanto las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud, como las IPS en las que se suministrará la atención en salud y en segundo lugar, es una potestad de las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno.*”³

Así entonces, podemos deducir que, acorde con lo contemplado en el Decreto 780 de 2016, existe en nuestro SGSSS la *Libre Escogencia de IPS*, no obstante es claro también que ello se rige bajo unas reglas, por cuanto si bien es cierto las EPS no deben poner barreras administrativas en la atención en salud de sus afiliados (cotizantes o beneficiarios) como tener el deber de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios en salud, no menos cierto es, que aquel derecho de escogencia al que se hace mención, tal como lo ha fijado el máximo tribunal en la jurisdicción constitucional, no es incondicional. Entonces el derecho que les asiste a los usuarios del sistema a escoger libremente la EPS o la institución prestadora de salud -IPS- y sus características básicas, se encuentran contemplados en el numeral 4º, del artículo 153 y en el literal g, del artículo 156 de la Ley 100 de 1993. En relación con este derecho la H. Corte Constitucional en varios pronunciamientos ha indicado, que la libre escogencia es una manifestación de varios derechos fundamentales tales como: *la dignidad humana, el ejercicio de la autonomía en la toma de decisiones determinantes para la vida, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud y la seguridad social.*

² T-673 de 2017, Mag. P. Dr. Gloria Stella Ortiz Delgado

³ Sentencia de la H. Corte Constitucional T-745 de 2013

De igual manera, se estableció por parte del Tribunal Constitucional que la libertad a escoger el prestador de salud no es un derecho fundamental *absoluto*, toda vez que la misma Corporación en sentencia C-1158 de 2008 dispuso que, la libertad de los usuarios para escoger la entidad prestadora de salud está condicionada a que se cumplan los siguientes requisitos: *i) que exista un convenio entre la EPS del afiliado y la IPS seleccionada; ii) que los cambios de instituciones prestadoras sean solicitados dentro de las IPS que tengan contrato con la EPS; iii) que la IPS respectiva preste un buen servicio de salud y garantice la prestación integral del mismo y; iv) que el traslado voluntario de EPS se haga a partir de 1 año de estar afiliado a esa EPS.* (subraya del Juzgado).

2.6 Descendiendo al *sub examine*, claro se torna que el principal motivador de la formulación de la acción de amparo constitucional, lo fue porque manifestó el señor *Lucumi Sánchez*, una amenaza en la continuidad e integralidad de los servicios de salud que el requería para atender sus patologías, en particular a acorde con sus pretensiones, solicitó orden tutelar a efectos de continuar con *los tratamientos, citas, exámenes que requiere* y, que aquellos sean autorizados por CAPITAL SALUD EPS'S para que se continúe atención en el HOSPITAL SAN JOSÉ CENTRO por ser donde se viene brindándole servicios en salud acorde a los hechos relatados y oponiéndose a que se realice en alguna otra IPS de las que se le informó debía ser remitido en virtud al régimen del que es afiliado (subsidiado).

Frente a tales pedimentos, la EPS accionada como los demás vinculados, hicieron la réplica en ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción, sustentada en síntesis en que al accionante se le han autorizado todas las ordenes expedidas por los médicos tratantes, direccionadas a las IPS de la red de prestadores de CAPITAL SALUD EPS'S entre ellas la aquí impugnante; sin embargo, en el fallo de primer grado se pudo constatar que dentro de la queja constitucional y como en efecto lo señala la censora, al accionante se le habían expedidos ordenes de salas de cirugía para la realización de procedimiento de injerto nasal y que en los relatos del quejoso constitucional, se indicó que requería se hiciera en la IPS que lo venía atendiendo, además, que en el mes de agosto de 2020 la EPS encartada negó autorizarle las citas de *“urología, otorrino y medicina interna”* en el HOSPITAL SAN JOSÉ CENTRO y lo remite al HOSPITAL SIMON BOLÍVAR.

Así las cosas, durante el trámite de la tutela en primera instancia, se corroboró con los medios probatorios que allí se recaudaron, que frente a las citas aludidas por el accionante, se encontraba como única pendiente la valoración, la del servicio de otorrinolaringología, porque aun cuando las convocadas señalaron que la habían agendado indicando una fecha determinada, lo que pudo corroborar en la realidad el fallador de primer grado, es que aquella no se produjo y denotando así la falta de oportuna atención de los usuarios de parte de las instituciones a quienes emitió la orden de tutela que ahora se reprocha, servicio que debe destacarse, lo ordenó por hallar acreditado en el expediente de tutela que contaba con orden dada por el médico tratante y por lo cual concluyó, que si en esos términos se ordenó se había de cumplir, esto es, debían las accionadas fijar una nueva fecha para la práctica del examen y, en la medida que aquella que informaron en la realidad no se concretó, por ende, el planteamiento de la reprochante carece de magna trascendencia como para darle una valoración distinta a la decisión cuestionada.

Bajo la postura argumentada por la impugnante de que el paciente-accionante no requiere la cita por la especialidad de otorrinolaringología, con lo anteriormente analizado queda descartado de ser acogido y, en últimas si en el momento actual en efecto aquello pudiera suceder, entonces se estaría dando es un presunto cumplimiento a la orden de tutela, aspecto que solo le es dable de forjar por parte del amparado-accionante, máxime cuando la orden tutelar indica claramente que se realice la

autorización, asignación y práctica en el término perentorio fijado en el fallo de tutela, si aún no lo han hecho, siendo las primeras a cargo de la EPS y su práctica, sin lugar a equívoco, por parte de los galenos especialistas adscritos a la respectiva IPS, por ende no se halla la razón a la impugnante de que se deba acoger su posición de revocatoria del fallo de tutela, pues en efecto son las dos entidades pertenecientes al SGSSS y las que además eligió el afiliado bajo su derecho de libre escogencia, quienes han de actuar de manera mancomunada para garantizar por su conducto la prestación del servicio de salud que requieren sus patologías.

Tampoco cuenta con vocación de triunfo la impugnación en cuanto se arguye que esta imposibilitada la IPS recurrente para garantizar la globalidad del aseguramiento y de forma alguna en el fallo censurado se le transfirieron obligaciones que no deba soportar, toda vez que de un lado, solo se otorgó amparo para la practica de un examen en concreto y de otro, nótese que se denegó el tratamiento integral, por ende el hecho que quiera quedar a salvo de cualquier deber que le incumba legal y jurisprudencialmente hablando frente a las garantías que debe brindar a sus usuarios en la prestación de servicios de salud, no puede tildarse como un desacierto por parte del juez de tutela.

Con todo, no puede obviarse por parte de la SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ - HOSPITAL SAN JOSÉ CENTRO, que el accionante se encuentra adscrito a esa institución, pues no se refutó de que existiera convenio con CAPITAL SALUD EPS'S que la imposibilitara de brindarle atenciones en salud, es más, señaló que esta en espera de practicarle un procedimiento y así entonces la impugnante como IPS del accionante, junto con su EPS, son las llamada a suministrarle la atención de los servicios en salud y bajo los derroteros de las estipulaciones que contenga el convenio que hayan suscrito y sin que por ello descarte por completo las órdenes médicas que al activante le han extendido sus galenos, por lo cual no serán acogidas las réplicas erigidas por la impugnante en contra del fallo atacado.

Bajo la anterior óptica y sin mayores elucubraciones, esta sede de tutela concluye que la decisión impugnada habrá de confirmarse, habida cuenta que el análisis realizado por el *a quo* resulta ajustado a los preceptos jurisprudenciales que establecen cuales son las instituciones encargadas de garantizar el derecho fundamental a la salud y demás que fueron reclamados por el promotor de la acción de tutela.

III. DECISIÓN DE SEGUNDO GRADO

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

3.1. CONFIRMAR el fallo de tutela de fecha y procedencia anotadas y, por las razones plasmadas en la parte considerativa de esta providencia.

3.2. NOTIFICAR esta decisión a las partes y demás interesados o vinculados, por el medio más expedito.

3.3 REMITIR las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión de los fallos proferidos en este asunto, en la oportunidad correspondiente y por medio digital o aplicativo que hoy día se encuentra establecido para el efecto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LILIANA CORREDOR MARTÍNEZ
JUEZ

Rm+