



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Juzgado 5° Civil Municipal de Bogotá
Carrera 10 No. 14-33 piso 5 Teléfono/Fax: 2815639
cmpl05bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Ref: ACCIÓN DE TUTELA No. 110014003 005 2022 00915 00
ACCIONANTE: JHONY ALEJANDRO ARIAS JIMÉNEZ.
ACCIONADO: FAMISANAR EPS.

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez motivado en legal forma el trámite adecuado.

I. ANTECEDENTES:

1.- HECHOS:

Indicó el accionante que en el año 2010 y 2012, sufrió “*trauma craneoencefálico severo, con pérdida de tejido óseo*”, por lo que le “*fue ordenado por el cirujano plástico la cirugía de COLGAJO LIBRE COMPUESTO CON TÉCNICA MICROVASCULAR el cual se encuentra en PRE AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS*”.

Agregó que, también le prescribieron “*cirugía para CORRECCIÓN DE DEFECTO OSEA PREEXISTENTE POR CRANEOPLASTIA, CON INJERTO AUTÓLOGO O HETERÓLOGO*”, el cual tampoco ha sido autorizado.

Manifestó que “*el día 16 de julio de 2022*” presentó “*derecho de petición*” a la accionada, solicitando que, “*todos los procedimientos, exámenes y /o consultas especializadas posteriores si a ello hubiere lugar en la E.S.E. FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ*”.

Añadió que “*recibi respuesta nuevamente por parte de la aquí accionada de mi derecho de petición , donde me asignaron cita para el día 10 de agosto de 2022 a las 2:00. cita con el médico Penagos, quien es el nuerocirujano de la Clínica Nogales y me remitió nuevamente al hospital Infantil para la cirugía plástica y neurocirugía con el médico Cifuentes en el Hospital Infantil, el cual NO HA SIDO AUTORIZADO por la accionada EPS FAMISANAR.*”, y lo único que ha autorizado es la cita de primera vez para especialista en anestesiología eh el Hospital Universitario.

2.- LA PETICIÓN:

Solicitó se amparen sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social, y petición, y, en consecuencia, se ordene a la accionada *“que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, se proceda a realizar las autorizaciones de la cirugía de CORRECCIÓN DE DEFECTO ÓSEO PREEEXISTENTE POR CRENEOPLATIA, CON INJERTO AUTOLOGO O HEREOLOGO, para el Hospital San José Infantil y las terapias por medicina FÍSICA Y REHABILITACIÓN INTEGRAL pues la eps FAMISAR ,por su omisión está vulnerando mis derechos fundamentales antes descritos... Prevenir a la EPS FAMISANAR que no vuelva a incurrir en las mismas actuaciones violatorias de la Ley, so pena de incurrir en las respectivas sanciones establecidas en la ley”*.

II. SÍNTESIS PROCESAL:

Por auto de 14 de septiembre de 2022, se admitió la acción y se ordenó notificar a la accionada y se le otorgó un plazo de un (1) día para que brindara una respuesta al amparo. Igualmente, se dispuso vincular al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, CLÍNICA NOGALES, CAFAM IPS, HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ, IPS FARMACIA COLSUBSIDIO y FUNDACIÓN CIREC.

FAMISANAR EPS

Dio respuesta a la acción, oponiéndose y solicitándose niegue el amparo por improcedente. En ese sentido adujo que *“frente al medicamento, FAMISANAR EPS se encuentra realizando todas las gestiones administrativas pertinentes para materializar los servicios requeridos por la accionante y ordenados por su médico tratante”*, y que, *“es preciso que el despacho nos otorgue un tiempo razonable y prudencial debido a que no es posible suministrar y agotar todos los procedimientos administrativos dentro del tiempo otorgado por el Despacho Judicial”*.

Añadió que, *“se encuentra desplegando todas las actuaciones tendientes a cumplir con la pretensión de PROGRAMACION DE SERVICIOS DE SALUD”*, razón por la cual solicitó declarar improcedente la presente acción de tutela

MINISTERIO DE SALUD

Alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto no es la responsable en la prestación de servicios en salud, y en este caso le corresponde a la EPS. Agregó, además, que los servicios requeridos se encuentran incluidos en el artículo 9° de la Resolución 2292 de 2021. Conforme a lo anterior, solicitó exonerar al Ministerio de Salud de toda responsabilidad en la presente acción constitucional.

CAFAM IPS

En tiempo se pronunció, para lo cual indicó que los servicios requeridos por el accionante no se encuentran a cargo de su representada los cuales deben ser habilitados por su asegurador, en ese sentido, solicitó desvincularle de la presente acción.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

Argumentó que teniendo en cuenta que la presente acción constitucional no es responsabilidad del agravio que alude el actor, se hace necesario solicitar se declare la improcedencia y falta de legitimación para con la entidad que representa. En igual sentido, puntualizo que la obligación del servicio solicitado, recae exclusivamente sobre la EPS, y no le asiste el derecho de recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES-.

FUNDACION CENTRO INTEGRAL DE REHABILITACIÓN COLOMBIA – CIREC

Oportunamente informó que ha programado el servicio solicitado y autorizado por EPS FAMISANAR, y que no tiene la competencia para autorizar todos los servicios que dan origen a la acción de tutela, solicitamos se nos desvincule del presente trámite.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

En tiempo, alegó falta de legitimación en la causa por pasiva en tanto, los servicios de salud deben ser prestados y garantizados por la EPS. Conforme a lo anterior, solicitó desvincularlos de toda responsabilidad dentro de la presente Acción de Tutela.

FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ

En tiempo se pronunció, para lo cual indicó que ha prestado la atención requerida por el accionante en virtud del accidente de tránsito. Manifestó que se registró que el 4 de agosto de 2022 el paciente se encontraba en plan quirúrgico con neurocirugía para la realización de paracraneoplastia y cubrimiento con colgajo libre, pero la EPS lo remitió a otra institución. Agregó que, *“no obstante el especialista entregó ordenes de colgajo libre compuesto con técnica microvascular (código:867106), valoración preanestésica, exámenes de laboratorio, e interconsulta por la especialidad de neurocirugía, la cual se realizó el 16 de agosto de 2022, donde el especialista determinó que hay indicación de colocación de craneoplastia y colgajo libre para cubrimiento de defecto. En consecuencia, el neurocirujano entregó orden de corrección de defecto óseo preexistente por craneoplastia, con injerto autoologo o heterólogo (código:20401), para que fuera autorizado por famisanar”*.

Destacó que “*el Hospital tiene convenio vigente con FAMISANAR*”.

Conforme a lo anterior, solicitó desvincularle de la presente acción constitucional.

CONSIDERACIONES:

1.- LA ACCION DE TUTELA:

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo 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.

La acción de tutela en consecuencia, es viable cuando quiera que un derecho fundamental constitucional se encuentre bajo amenaza o vulneración, situación que deberá ser demostrada o probada, por quien reclama su protección.

1.1 Derecho a la Salud.

La Ley 1751 del 16 de febrero de 2015 (Ley Estatutaria de Salud) en su art. 2° establece el derecho a la salud como fundamental y el art.10° señala que las personas tienen derecho a acceder a los servicios de salud que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad.

Sobre la naturaleza del derecho a la salud, la Corte Constitucional en Sentencia T-320 de 2011 señaló:

“(i) las de cumplimiento inmediato al tratarse de una acción simple del Estado que no requiere mayores recursos o requiriéndolos la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata, o (ii) de cumplimiento progresivo por la complejidad de las acciones y recursos que se requieren para garantizar de manera efectiva el goce del derecho”.

En este sentido, la Corte ha precisado que la “faceta prestacional” del derecho fundamental a la salud implica para el Estado la obligación de tomar las medidas necesarias para proporcionar a todas las personas la efectividad del mismo. De esta manera, el incumplimiento del conjunto de acciones con las cuales se facilita el

acceso y el disfrute del derecho, facultan a su titular para reclamar esta garantía mediante la acción de tutela.

No obstante lo anterior y sin dejar de reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud, esta Corporación ha indicado que en virtud de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Constitución, no todos sus aspectos son susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela, ya que su protección mediante esta vía procede en principio cuando: (i) “esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho”.

En conclusión, la acción de tutela, como mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales, ampara el derecho a la salud en su dimensión de acceso a los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, protege la garantía básica con la que cuentan todas las personas de acceder a los “servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad”.

...De manera que, para acceder a un servicio de salud incluido en el POS, procederá la acción de tutela siempre y cuando se cumpla con las siguientes condiciones: (i) “que el servicio, tratamiento o medicamento haya sido ordenado por un médico tratante, (ii) que sea necesario para conservar la salud, la vida, la dignidad, la integridad o algún derecho fundamental y (iii) haya sido solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud”.

Aunado a lo anterior, precisa este despacho que no es posible controvertir las decisiones del galeno en ordenar determinados procedimientos, pues es el profesional idóneo para indicar en materia de salud las necesidades de cada paciente.

Precisamente lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el siguiente sentido:

“Concretamente, se deduce que el médico tratante, es el galeno idóneo para proveer las recomendaciones de carácter médico que requiere el paciente. Esas recomendaciones no pueden ser objetadas por la EPS, cuando aquella tuvo noticias de dicha opinión médica, pero no la contravirtió con base en criterios científicos; o bien sea porque el Comité científico de la entidad valoró inadecuadamente la historia clínica del paciente y no sometieron el padecimiento de éste al estudio de un especialista” (Sentencia T-539 de 2013).

2.- CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, el promotor reclama la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana y seguridad social, los cuales considera vulnerados por la EPS accionada, como consecuencia de no autorizar los procedimientos de salud que describe en su demanda.

En el expediente se encuentra acreditado que, al demandante le fue diagnosticado “*TRAUMATISMO DE LA CABEZA, NO ESPECIFICADO*”, razón por la cual le fue ordenado por su médico tratante el procedimiento “*CORRECCIÓN DE DEFECTO ÓSEO PREEXISTENTE POR CRANEOPLASTIA, CON INJERTO AUTOLOGO O HETEROLOGO*, CODIGO 20401, (Orden médica del 16 de agosto de 2022).

Para el despacho, es clara la vulneración a los derechos fundamentales del señor Arias Jiménez, si se tiene en cuenta que, *i)*, allegó la orden médica para el procedimiento requerido, y *ii)*, la EPS accionada ha demorado el procedimiento requerido a través de la IPS contratada. Por lo tanto, se ha de concluir que no se ha dado el efectivo suministro del servicio de salud autorizado, pues, es claro que “***es el suministro de la orden dada por el médico, la forma por excelencia en que se concreta el cumplimiento y el respeto por el derecho a la salud de los afiliados; de modo que, además de la autorización de la intervención, es necesario que esta sea programada y proporcionada a la demandante***”. (Sentencia T 234 de 2013)

Bajo ese escenario, se ha de concluir que la EPS accionada ha retardado la atención que está a su cargo en lo que hace a los servicios médicos requeridos por el promotor, además, **no ha velado por su efectiva prestación** vulnerando de esa forma los derechos fundamentales alegados.

Cierto es que, el primer responsable de cumplir con las funciones de garantizar la prestación de los servicios de salud requeridos por sus afiliados son las entidades promotoras de salud, en este caso la EPS FAMISANAR.

Así las cosas, se ordenará a la EPS Famisanar S.A.S. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del fallo proceda a realizar las gestiones administrativas que sean necesarias para que, **sin más dilaciones**, le sea practicado al actor dentro de los diez (10) días siguientes el procedimiento denominado “*CORRECCIÓN DE DEFECTO ÓSEO PREEXISTENTE POR CRANEOPLASTIA, CON INJERTO AUTOLOGO O HETEROLOGO*, CODIGO 20401, (Orden médica del 16 de agosto de 2022) en la FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ, quién indicó que tiene convenio **vigente** con dicha EPS.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional reclamado por **JHONY ALEJANDRO ARIAS JIMÉNEZ**, por lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS Famisanar S.A.S. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del fallo, proceda a realizar las gestiones administrativas que sean necesarias para que, **sin más dilaciones**, le sea practicado al actor dentro de los diez (10) días siguientes el procedimiento denominado "*CORRECCIÓN DE DEFECTO ÓSEO PREEEXISTENTE POR CRANEOPLASTIA, CON INJERTO AUTOLOGO O HETEROLOGO*", CODIGO 20401, (Orden médica del 16 de agosto de 2022) en la FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ, quién indicó que tiene convenio **vigente** con dicha EPS.

TERCERO: CONMINAR a la **EPS FAMISANAR S.A.S.**, para que, en lo sucesivo se abstenga de negar o retardar injustificadamente el suministro de las prestaciones médico asistenciales de sus afiliados.

CUARTO: Notifíquese la presente decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo y expedito posible.

QUINTO: Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISION. Oficiese. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,



JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO
JUEZ