



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., trece de diciembre dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA.

REF. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001 4003 005-2022-01233 00
ACCIONANTE: MARIA MARGARITA MERCADO GARCES
ACCIONADA: FAMISANAR EPS y
COLBSUBISIO IPS.

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:

Aludió estar afilada a la entidad promotora de salud convocada.

Agregó que desde el nueve (9) de mayo de 2022, le ordenaron exámenes “*electromiografía en cada extremidad.*” y que desde dicha data lleva esperando por una cita en la IPS COLBUSIDIO.

Señaló que a la fecha de la interposición del presente amparo la parte accionada no le ha otorgado cita para la práctica del examen ordenado.

Por último, manifestó ser un adulto mayor que aún trabaja para subsistir y que sufre de las patologías de *HIPERTENSION Y DIABETES*”, así mismo, indicó tener problemas del corazón.

2. LA PETICIÓN

Que se declare que FAMISANAR EPS y COLBUSIDIO IPS han vulnerado sus derechos fundamentales y se les ordene (...) “*que en el término de 24 horas me realicen los exámenes electromiografía ordenados desde el 09 de mayo de 2022. TERCERA: Ordenar a FAMISANAR EPS y a COLSUBSIDIO IPS a garantizarme de acá en adelante los derechos a la SALUD, DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, DERECHO AL MINIMO VITAL, DERECHO A LA VIDAY DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA*” (...).

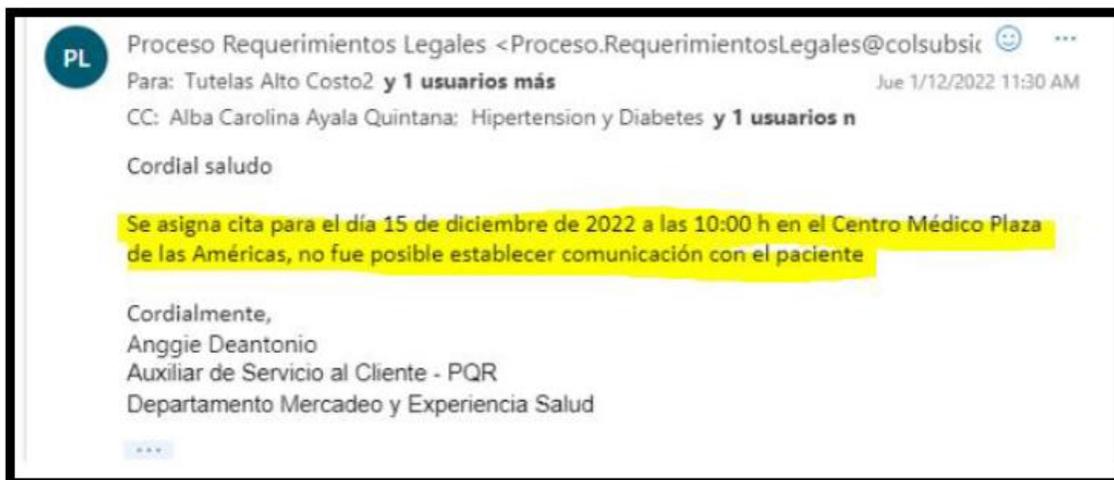
II. SINTESIS PROCESAL:

Mediante proveído adiado el treinta (30) de noviembre del año en curso, se admitió la acción, y se ordenó notificar a la accionada y vinculadas, otorgándoles un plazo de un (1) día para que brindaran una respuesta al amparo.

FAMISANAR EPS, COLBSUSIDIO IPS, la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTA D.C., el ADRES, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD fueron notificadas de la presente acción constitucional mediante correo electrónico, el treinta (30) de noviembre del 2022. (consecutivos 07 a 08 del expediente digital)

EPS FAMISANAR S.A.S.

Dentro del término legal para la contestación, por intermedio de la Directora de Riesgo Medio y Avanzado, informó que una vez conocida la presente acción se procedió a establecer el estado de prestación de servicios, indicando que: *“Respondiendo a la tutela interpuesta por la señora María Mercado, envió programación del servicio de electromiografía emitido por IPS Colsubsidio:”*.



Según lo anterior, no fue posible comunicación con la paciente para indicar programación de la cita por lo cual se envió correo a la paciente margaritamercadog@outlook.com, donde se le informo a la usuaria programación de la cita, caso no requiere autorización.

Por lo anteriormente expuesto, solicita se deniegue la acción de tutela por hecho superado ante la evidencia de ausencia de vulneración o amenaza de los derechos invocados.

CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO

A través de apoderada judicial, manifestó la naturaleza y calidad bajo

cual la IPS interviene en el marco del Sistema de Seguridad Social de Salud y por ellos las IPS prestan un servicio que previamente ha sido autorizado por las EPS quienes, a su vez, deben pagar una contraprestación, fruto de esa relación contractual Asegurador-Prestador.

También se pronunció sobre los hechos del presente amparo informando todo lo relacionado con la historia clínica de la actora y adicional a ello comunicó que con el fin de continuar la asistencia médica le fue programado para el 15 de diciembre del año avante, los exámenes ELECTROMIOGRAFÍA Y NEUROCONDUCCIÓN y adicionalmente cita de control con Medicina Familiar, indicando la inexistencia de negación de servicios de la promotora, por ello solicitó se declara la improcedencia del presente amparo.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL

La cartera Ministerial contestó que frente a los hechos relatados en el escrito de tutela ninguno de los mismos le consta, pues dentro de las funciones de esta entidad no está la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de Seguridad Social en Salud, y por ende hay una falta de legitimación en la causa por pasiva, por lo solicita se declare la improcedencia de la acción constitucional frente a esta entidad.

En lo que respecta a las pretensiones, se opuso a todas y cada una, pues el Ministerio no ha vulnerado ninguno de los derechos fundamentales señalados por la actora, y por lo tanto la EPS es la obligada exclusivamente para la prestación del servicio.

SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTA D.C.

Por intermedio del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la secretaria, mencionó que, por ser un ente con funciones de coordinación e integración, asesoría, vigilancia y control, no es una entidad prestadora de servicios de salud, por lo que habría una falta de legitimación en la causa por pasiva.

Así mismo destacó, que la secretaria en calidad de ente territorial no es el superior jerárquico de la entidad accionada por lo que solicita su desvinculación dentro de la presente acción constitucional considerando que la EPS FAMISNAR deber realizar el examen de “ELECTROMIOGRAFIA EN CADA EXREMIDAD” ordenado por el médico tratante, de manera inmediata sin dilación alguna.

ADMINISTRADORA DE LOS RECUROS DEL SISTEMA GENERAL

DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES.

El ADRES se refirió que en lo que respecta a la prestación de servicios de salud, que esta entidad no es la encargada de la prestación del servicio, por el contrario, son las EPS, las que tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados.

Sobre la facultad extinta de recobro, aclaró que equivocadamente se solicita al ADRES la financiación de los servicios que no cubre la UPC, en el entendido de la Resolución 094, de 2020.

Por el mismo camino: “a partir de la promulgación del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, reglamentado a través de la Resolución 205 de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos.” “(...) Lo anterior significa que la ADRES ya GIRÓ a las EPS, incluida la accionada, un presupuesto máximo con la finalidad de que la EPS suministre los servicios “no incluidos” en los recursos de la UPC y así, suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos para asegurar la disponibilidad de éstos cuyo propósito es garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.”

Por lo anteriormente expuesto solicitó se le desvincule del presente trámite por falta de legitimación en la causa por pasiva y que se niegue el amparo solicitado en lo que respecta al ADRES.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

A través de la Subdirectora Técnica de la Subdirección de Defensa Judicial de la superintendencia, pidió se le desvincule de toda responsabilidad dentro del presente amparo por falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez, que la violación de los derechos que se alegan como conculcados no deviene de una acción u omisión atribuible a esa entidad.

III. 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. Por consiguiente, esta protección debe ser demostrada o probada, por quien reclama su protección.

4.1.2. 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:

“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 controvertió 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.- 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 que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

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

“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”.

Ahora, de acuerdo con el artículo 11 de la ley en cita, “La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, **la población adulta mayor**, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención (...)”.

Bajo ese cariz, en tratándose de adultos mayores y personas en condiciones de discapacidad, el derecho a la salud cobra mayor relevancia, toda vez que se trata de sujetos de especial protección. Por esta razón, “a partir de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, como respuesta a su naturaleza prevalente, en lo que atañe al examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud, la Corte ha concluido que su análisis debe realizarse de forma flexible, en aras de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.” (Se destaca)

Por otra parte, en el sistema integral de salud existe un principio de continuidad del servicio, frente al particular la Corte Constitucional en sentencia T-804 de 2013 señaló:

“Esta Corte, a partir de los principios de eficacia, eficiencia, universalidad, integralidad y confianza legítima, ha erigido la continuidad en la prestación del servicio como elemento definitorio del derecho fundamental a la salud, que deviene quebrantado por la interrupción o intermitencia que genere o aumente el riesgo contra la calidad de vida.

De esta manera, la Corte ha resaltado la importancia de asegurar una constante y permanente prestación de los servicios de salud, según corresponda, con el fin de ofrecer a las personas “la posibilidad de vivir una vida digna y de calidad, libre, en la medida de lo factible, de los padecimientos o sufrimientos que sobrevienen con las enfermedades”¹.(Subraya fuera de texto)

En la sentencia T-1198 de diciembre 5 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, fueron indicados los criterios que deben observarse para garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud, así:

“... (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tiene[n] a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.”(Subraya fuera de texto)

3.- CASO CONCRETO.

En el caso bajo estudio, la accionante reclama la protección de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, los cuales considera vulnerados por la EPS accionada, como consecuencia de que ésta se ha negado a agendar una cita de manera oportuna al procedimiento denominado “*ELECTROMIOGRAFIA EN CADA EXTREMIDAD (UNO O MAS MUSCULOS)*”, el cual fue ordenado por su médico tratante.

Dentro del expediente de tutela se encuentra acreditado que a la señora MARIA MARGARITA MERCADO GARCES el desde el nueve (9) mayo del año en curso le fue ordenado por su médico tratante el procedimiento “*ELECTROMIOGRAFIA EN CADA EXTREMIDAD (UNO O MAS MUSCULOS)*” (consecutivo 04 del expediente digital)

Para el despacho, es clara la vulneración a los derechos fundamentales de la señora MERCADO GARCES, si se tiene en cuenta, que con la

¹ T-576 de junio 5 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

contestación de EPS FAMISANAR aludió haber agendado cita a la actora, conforme lo manifestado por la actora mediante correo electrónico de fecha 6 de diciembre de 2022 en donde indico: *“tengo dos correos, este que me dice que la cita será el 22 de diciembre y otro que adjunto que dice que será el 15 de diciembre, sea como sea en ninguno de los dos adjuntan la orden médica para la cita, ruego a usted enviar el documento correspondiente para que no tenga inconvenientes el día de la cita, gracias, envié este correo el jueves, pero a hoy martes no he tenido contestación, si no me envían la orden para la cita la vulneración denunciada continuará, ruego seriedad en el asunto,”* (consecutivo 21 del expediente digital) se evidencia que a pesar que la entidad promotora de salud accionada desplegó las actuaciones pertinentes para asignar la cita al examen deprecado, procedimiento *“ELECTROMIOGRAFIA EN CADA EXTREMIDAD (UNO O MAS MUSCULOS”* fue programado para el día quince (15) de diciembre a las 10:00 a.m. en el centro Médico Plaza de las Américas.

Sin embargo, y a pesar de que, ya se hayan agendado el correspondiente examen solicitados por la accionante, cabe resaltar que no se puede configurar el hecho superado por carencia actual del objeto en el entendido, que aún no se han desplegado la totalidad de actuaciones tendientes a mitigar la vulneración que según se argumenta en el escrito de tutela es existente. 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)

Por ende y al haber un procedimiento 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 que, si bien los mismos se encuentra autorizados al actor, lo cierto es que no ha velado por su efectiva prestación, en este caso la cita de *“ELECTROMIOGRAFIA EN CADA EXTREMIDAD (UNO O MAS MUSCULOS”* debe tenerse como favorable esta decisión.

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 EPS, sin que sea dable, como lo pretende la EPS, achacar dicha responsabilidad a otra entidad, situación que genera un incumplimiento en los deberes que le impone la Ley 100 de 1993.

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, en la fecha programada (15 de diciembre de 2022

a las 10:00 am) o antes, se haga efectivo el procedimiento denominado “*ELECTROMIOGRAFIA EN CADA EXTREMIDAD (UNO O MAS MUSCULOS*” en la forma ordenada por su médico tratante.

IV. DECISION:

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

RESUELVE:

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales invocados por la ciudadana **MARIA MARGARITA MERCADO GARCES**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **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, en la fecha programada (**15 de diciembre de 2022 a las 10:00 am**) o antes, se haga efectivo el procedimiento denominado “*ELECTROMIOGRAFIA EN CADA EXTREMIDAD (UNO O MAS MUSCULOS*” en la forma ordenada por su médico tratante.

TERCERO: NOTIFÍQUESE la presente decisión a los extremos de la acción en forma personal o por el medio más idóneo o expedito posible.

CUARTO: Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente en forma electrónica y en los términos del Acuerdo PCSJA20-11594 de 13 de julio de 2020, a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISIÓN. Oficiese. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,



JOSE NEL CARDON MARTINEZ
JUEZ