



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., dos de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA.

REF.: ACCIÓN DE TUTELA No. 11 0014003005-2023-00482-00

ACCIONANTE: LEIDY LORENA CARDENAS BUITRAGO como agente oficioso del señor HECTOR JULIO CARDENAS CARRANZA.

ACCIONADA: EPS FAMISANAR y CLINICA DE OCCIDENTE S.A.

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

ANTECEDENTES:

Dentro de los presupuestos de hecho que dieran origen a la acción arriba indicada, se manifiesta que, al señor Héctor Julio Cárdenas Carranza parte accionante, con ocasión a una infección de las vías urinarias que padece, le fue ordenado desde el 18 de abril del año que avanza una cirugía denominada Resección o Enucleación Transuretral de adenoma de próstata, la que no fue autorizada a la actora por no existir agenda disponible por parte de la accionada.

Aduce que la demora en hacerle el tratamiento médico ordenado le está causando un mayor deterioro a la salud del señor Héctor Julio Cárdenas Carranza, razón por la cual solicita una atención medica integral, sin demora y atendiendo las condiciones actuales de salud del señor Cárdenas.

De otro lado solicito medida provisional para que se le agende y practique la cirugía en mención la que fue ordenada por este Despacho a la entidad accionada.

DERECHO FUNDAMENTAL VIOLADO:

Aduce como derechos vulnerados los derechos a la salud en conexidad con la vida (art. 2 y 49 CP), seguridad social (art. 48 CP), derecho a una vida Digna y principios fundamentales al respecto, solidaridad y dignidad (art. 1 CP).

ACTUACION PROCESAL:

Al corresponder el conocimiento de la acción a este Despacho y una vez cumplidos los requisitos legales, por auto del diecinueve de mayo del presente año se admitió el libelo y se concedió la medida provisional y se ordenó oficiar a las accionadas como al ADRES y a la Superintendencia Nacional De Salud, a quien se les pidió información y copias de lo pertinente, quienes dentro del término contestaron.

Para resolver, se

CONSIDERA:

La competencia de este Juzgado para conocer de la acción de tutela instaurada, tiene fundamento normativo en el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1382 de 2000.

Como lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, el objeto primordial de la acción que consagra el artículo 86 de la Carta Política, como preferente y especial, es el de permitir la tutela efectiva jurisdiccional de prerrogativas de orden fundamental, esto es, permitir la pronta y eficiente actividad de las autoridades del aparato jurisdiccional, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, que hubieren sido vulnerados o amenazados por la conducta desplegada o por la omisión de las autoridades públicas y aún de los particulares en los casos que ha establecido la ley.

Sin embargo, para determinar la procedencia de la acción constitucional de amparo, entre otros criterios, es necesario tener en cuenta que no existan en el ordenamiento jurídico, otros mecanismos de defensa que puedan ser invocados ante los jueces de la República, con la única salvedad de acudir a la acción tutelar como medio transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, y en este caso, los efectos de la protección tendrán vigencia temporal, en tanto se recurre a la autoridad que es competente. Esta exigencia se contiene al numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

En ese sentido, es conocido que la acción de tutela es subsidiaria, y se ha calificado como residual, lo que se explica porque procede cuando los mecanismos de defensa previstos en el ordenamiento positivo, no son suficientes o no tienen eficacia para dar solución a la situación que se plantea en relación con el resguardo de los derechos fundamentales, de ahí que se le reconozca como el remedio último. Se le tiene por breve e informal, en cuanto no se sujeta a las ritualidades y términos propios de un juicio.

La promotora de esta acción colocó de presente la situación que tiene con la EPS FAMISANAR y CLINICA DE OCCIDENTE S.A., pues considera como fuente de vulneración a sus garantías del derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida (art. 2 y 49 CP), seguridad social (art. 48 CP), derecho a una vida Digna y principios fundamentales al respecto, solidaridad y dignidad (art. 1 CP)., de ahí que incumbe establecer si la convocada al trámite, ha vulnerado o colocado en estado de amenaza, las prerrogativas constitucionales que se mencionan.

Los derechos a la salud y a la seguridad social que hallan consagración superior en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, se incluyen dentro del grupo de los derechos económicos, sociales y culturales, reconocidos por tener su núcleo un contenido prestacional, pero que, en conexidad con un derecho de orden fundante o fundamental como el derecho a la vida y a la integridad personal, se les comunica ese carácter, y por ello, excepcionalmente, procede su protección inmediata. Esa conexidad es una relación especial que se concreta en el siguiente predicado:

“La inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar éste último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad. De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente, en los eventos en que, por conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas. Por consiguiente, la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicamentos, etc., pueden ser objeto de protección por vía de tutela, en situaciones en que la salud adquiere por conexidad con el derecho a la vida, el carácter de derecho

*fundamental”*¹

Así, cuando el desconocimiento de un derecho de los reconocidos como económicos, sociales y culturales, coloca en peligro derechos de rango fundamental o da lugar a la violación de esas garantías, se conforma una unidad que reclama una protección íntegra, porque los elementos de orden fáctico chocan con la separación de los ámbitos de protección que bajo la luz del ordenamiento superior debe brindarse. De esa forma lo tiene ampliamente aceptado la doctrina del Tribunal de lo Constitucional.²

Con el concepto de conexidad del derecho a la salud con derechos como la vida, la integridad personal y la dignidad humana, se ha entendido que cuando una entidad promotora de servicios de salud o la institución prestadora, niegan la atención médica, un tratamiento o el suministro de medicinas, por razones de tipo contractual o legal, coloca en riesgo los citados derechos, bajo el entendido, en el caso de la vida, de que no se trata solamente de colocar en peligro la existencia biológica de la persona, sino que atiende a la posibilidad de ésta de llevar una vida en condiciones dignas, de forma que pueda desempeñarse normalmente en la sociedad, alejándose del dolor y del sufrimiento.

La negativa de las instituciones prestadoras de servicios de salud y empresas promotoras de los mismos, a la entrega de exámenes, medicamentos, elementos y tratamientos excluidos del POS, puede configurar vulneración de los derechos fundamentales de las personas, más si tienen discapacidad y frente a las limitaciones y exclusiones del sistema, no han sido pocas las ocasiones en las que ha impuesto la jurisprudencia constitucional la inaplicación de las disposiciones legales y reglamentarias que se ocupan de establecer los servicios de salud a cargo de las empresas promotoras en el Plan Obligatorio de Salud, ello para asegurar la subsistencia en condiciones dignas y el restablecimiento de la salud o su preservación.

Con todo, la inaplicación de esas regulaciones, puede verse como procedente sólo cuando de la observancia deviene la trasgresión de las garantías de orden ius fundamental, pues no puede conminarse a las entidades del sistema a asumir una carga económica que legalmente no es de su resorte, de ahí que como condiciones necesarias para la orden de protección por vía de amparo, deba establecerse: 1) si la falta de tratamiento o medicamento excluidos del POS, amenaza el derecho a la vida o a la integridad personal del interesado, pero no únicamente en los casos de peligro inminente de muerte, sino en la alteración de las condiciones de existencia digna. 2) Si el tratamiento o medicina no puede sustituirse por alguno de los contemplados en el POS, o el sustituto no tiene la misma efectividad teniendo como mira el mejoramiento de la salud. 3) Si el paciente no está en capacidad de sufragar los gastos del tratamiento o de la medicina reclamada y es imposible acceder a ellos a través de otro sistema de salud. 4) Si el medicamento o tratamiento fue prescrito por un galeno adscrito a la EPS a la que se encuentre afiliado el peticionario y 5) Si al medicamento o tratamiento no puede accederse a través de otro plan o servicio alternativo de salud.

En el caso del señor Héctor Julio Cárdenas Carranza, encuentra el Despacho que la demora en la práctica de la cirugía denominada Resección o Enucleación Transuretral de adenoma de próstata, como los

¹ Sentencias T-1036 de 2000 y T-264 de 2004.

² Sentencias SU-111-97; T-010-99; SU-039-98; SU-819-99; T-881-02; SU-383-03; T-008-05.

medicamentos y procedimientos requeridos, estableciendo como el motivo de su negativa que no hay agenda disponible para realizar el procedimiento, como lo ha manifestado la actora, el cual, según los antecedentes médicos, son necesarios para continuar con el tratamiento médico prescrito por su médico tratante, motivo por el cual, si se configura vulneración del derecho constitucional a la salud, prerrogativa ésta que aquí se halla en conexidad con el derecho fundamental a la vida y por ello, puede ser objeto de protección a través del mecanismo de la tutela. Debe recurrirse al concepto ya explicado que el amparo no procede únicamente en los casos de peligro inminente de muerte, sino en la alteración de las condiciones de existencia digna.

Cuando el derecho a la salud está en conexidad con el derecho a la vida, la doctrina constitucional, lo ha definido como: “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”.³

Presentes los indicados presupuestos, exigidos por la jurisprudencia constitucional para tornar procedente el mecanismo del amparo y con él la inaplicación de la normativa legal y reglamentaria que fija las limitaciones y exclusiones del Plan Obligatorio de Salud, la protección constitucional se impone, porque de observar con estricto rigor dichas preceptivas, ello conduce a colocar en riesgo la garantía de la salud del tutelante en conexidad con su derecho fundamental a la vida. Recuérdese que, como lo ha precisado, la doctrina constitucional de la Corte, “*la prolongación injustificada de una dolencia o una disfuncionalidad en la salud*”, vulnera las prerrogativas mencionadas.⁴

Como quedó acreditado tanto con las afirmaciones de la actora que no aparecen desvirtuadas, como con la prueba en lo que atiende a la demora de la Clínica y la Eps para agendar la cirugía y que además aquella carece de los recursos económicos suficientes y no se determinó en la actuación que pueda acceder a los servicios exigidos a través de un sistema alternativo de salud.

Ahora bien, en la respuesta a llegada por la Eps Famisanar se observa que el procedimiento ya se encuentra autorizado “*EPS FAMISANAR informa que, procedimiento ya se encuentra autorizado y se solicita agendamiento a IPS Clínica De Occidente*”, como se lo hizo saber a la IPS clínica de Occidente mediante correo electrónico enviado el día jueves 25 de mayo del año que avanza solicitando con dicha respuesta su desvinculación.

Respecto a la respuesta allegada por la IPS Clínica De Occidente S.A, únicamente se limitó corroborar el estado de salud del actor, adjuntando en su respuesta copia de la historia médica donde se demuestra que le señor Héctor Julio Cárdenas Carranza fue hospitalizado los días 16 y 17 de mayo del año que avanza y que fue egresado con el siguiente tratamiento “*Paciente egresa el día 17/05/2023, con control ambulatorio por la Especialidad de Urología y Recambio de Sonda vesical cada mes por EPS*”; sin embargo, frente a lo solicitado en la medida provisional y/o el correo electrónico remitido por la EPS guardo silencio.

En consecuencia, como del material probatorio allegado por las accionadas EPS FAMISANAR y IPS CLINICA DE OCCIDENTE S.A no se advierte que haya cesado la vulneración a los derechos fundamentales del señor Héctor

³ T-597 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ Sentencia T-024-03.

Julio Cárdenas Carranza, en lo puntual con lo dispuesto en la medida provisional para que se le agende y practique la cirugía de Resección o Enucleación Transuretral de adenoma de próstata reclamada, se ordenará a las mencionadas que proceda, si aún no lo ha hecho, en el término de 48 horas, a partir de la notificación del presente fallo, a autorizar el procedimiento médico que incluya el agendamiento y la práctica de la cirugía de Resección o Enucleación Transuretral de adenoma de próstata reclamada, sin que ello imponga la alteración de las demás cirugías ya programadas, necesario para el tratamiento prescrito por su médico tratante.

De igual manera se dispondrá suministrarle los medicamentos, atención médica, hospitalaria, exámenes y en general el tratamiento integral que se requiera estrictamente con ocasión de la patología que padece, que estén excluidos del POS y en cumplimiento de esta sentencia.

En cuanto a la facultad de recobro la misma se nega de conformidad con la normativa expuesta en respuesta allegada por Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES “(...) *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*⁵(...)”.

En mérito de lo expuesto, la Juez **QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

1.- **CONCEDER** la tutela instaurada por **LEIDY LORENA CARDENAS BUITRAGO** como agente oficioso del señor **HECTOR JULIO CARDENAS CARRANZA**, por las razones consignadas en la parte motiva de esta sentencia.

2.- **SEGUNDO:** CONFIRMAR la orden dada como medida provisional el pasado diecinueve (19) de mayo del 2023.

3.- **ORDENAR** a la accionada, EPS FAMISANAR y CLINICA DE OCCIDENTE S.A, que, si aún no lo ha hecho, en el término de 48 horas, a partir de la notificación del presente fallo, a autorizar y practicar el procedimiento médico cirugía denominada Resección o Enucleación Transuretral de adenoma de próstata, sin que ello imponga la alteración de las demás cirugías ya programadas, necesario para el tratamiento que requiere el señor HECTOR JULIO CARDENAS CARRANZA.

⁵ Respuesta ADRES F119 “(...)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 Capacitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos. Por lo anterior, la nueva normativa fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente era objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las entidades promotoras de los servicios, por consiguiente, los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios y de forma periódica, de la misma forma cómo funciona el giro de los recursos de la Unidad de Pago por Capacitación (UPC).(...)”

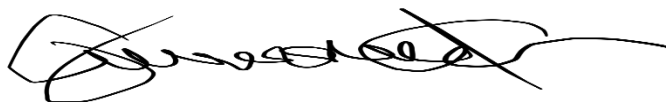
De igual manera se dispondrá suministrarle los medicamentos, atención médica, hospitalaria, exámenes y en general el tratamiento integral que se requiera estrictamente con ocasión de la patología que padece y en general, cualquier servicio que prescriba su médico tratante, que estén excluidos del POS, sin la facultad de recobro por lo ya expuesto.

4.- Excluir de la presente acción al ADRES y a la Superintendencia Nacional De Salud. Comuníqueseles.

5.- Notifíquese la presente decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo o expedito posible.

6.- Ordenar, igualmente, que, en caso de no ser impugnada ésta providencia, se remita la misma a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'José Nel Cardona Martínez', with a long horizontal stroke extending to the right.

JOSÉ NEL CARDONA MARTÍNEZ
JUEZ