



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

Bogotá D. C., quince (15) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

REF: ACCIÓN DE TUTELA No. 11001400300520210082000

ACCIONANTE: RAMON RICARDO RODRIGUEZ MERCHAN.

ACCIONADA: MEDIMAS EPS.

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

ANTECEDENTES:

1.-HECHOS

Expone el accionante que se encuentra afiliado al sistema de salud en el régimen contributivo en calidad de cotizante a Medimas Eps.

Agrega que fue diagnosticado con *“cáncer y osteoncrosis con exposición ósea y colapso mandibular, deformidades congénitas del cráneo y de la cara, abundante tejido citracal y fibroso sobre mandíbula”*, ante lo cual se le formuló por su médico tratante *“PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO DE RESECCIÓN COMPLETA DE TODO TEJIDO OSTEORADINECROSIS Y NUEVO COLGAJO COMPUESTO DE PERONÉ – DENOMINADA DE CARÁCTER CIRUGÍA ESTÉTICA”*, el que es de carácter urgente y prioritario.

Añade que, el *“procedimiento quirúrgico es de carácter urgente, prioritario, ya que puede llevar a muerte súbita por obstrucciones en vía aérea, limita la función de la cavidad oral para la alimentación, como lo han indicado los médicos tratantes”*, además de que no cuenta con los recursos económicos para sufragar los costos del mismo.

Finalmente, indica, que la accionada se ha negado a autorizar el mentado procedimiento.

2. LA PETICION:

Solicita se amparen sus derechos fundamentales a la vida, salud y a la dignidad humana y, en consecuencia, se ordene a la accionada *“autorice de forma inmediata el procedimiento quirúrgico de resección completa de todo tejido osteoradinecrosis y nuevo colgajo compuesto de peroné – cirugía “estética” y preste el tratamiento integral.*

SINTESIS PROCESAL:

Por auto de 4 de octubre de 2021, se admitió la acción y se ordenó notificar a la accionada. Igualmente, se dispuso vincular al SOCIEDAD DE CIRUGIA DE

BOGOTÁ-HOSPITAL DE SAN JOSE, SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD, MINISTERIO DE SALUD, y el ADRES, otorgando un plazo de un (1) día para que brindaran una respuesta al amparo.

MEDIMAS EPS

En tiempo se opuso a las pretensiones de la acción, para lo cual indicó que se han ejecutado las gestiones pertinentes para cumplir con lo ordenado dentro de la acción de tutela. Que, el funcionario del área salud de la entidad después de realizar las gestiones pertinentes, informa que el servicio solicitado venía siendo prestado por la IPS Sociedad de Cirugía San José y dado *“las restricciones que notifiqué al prestador a la EPS para la prestación de los servicios, se realizara gestión bajo la modalidad de pago por anticipo a la IPS para garantizar la prestación del servicio al usuario. Del proceso de pago anticipado: Para la generación de estos pagos y teniendo en cuenta que los recursos corresponden a un bien público frente a lo asignado al sistema de salud, debe de manera previa contarse con la Historia clínica del usuario en donde se visualice de manera clara y precisa el detalle el uno a uno de los servicios requerido y ordenados por el médico tratante (este insumo es radicado por el usuario ante las oficinas de atención al usuario). Una vez Medimás EPS recepción dichos soporte solicita la COTIZACIÓN A LA IPS (La cual debe estar diligencia con el detalle de los servicios solicitados, donde se indique el costo de cada uno y el total a pagar). Al recibir esta cotización Medimás EPS procede a realizar la respectiva validación y aprobación de la tarifa acorde a los valores establecidos por el Ministerio de Salud, posterior a la validación el caso debe pasar por el área de contabilidad y Tesorería quienes se encargan de realizar el pago acorde a lo solicitado e indicado en la cotización enviada por la IPS. Es de aclarar en este punto que sin la remisión de la cotización por parte de la IPS Medimás EPS no podrá generar el proceso del pago anticipado. Así con lo mencionado queda demostrado que la EPS ha adelantado las gestiones administrativas necesarias para garantizar y materializar la prestación del servicio, sin embargo, la demora de la respuesta o la no respuesta por parte de la IPS imponen una barrera administrativa para la prestación de los servicios requeridos por el usuario”*.

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 MEDIMAS EPS. Agregó, además, que algunos de los servicios requeridos se encuentran excluidos del PBS y le corresponde al juez de tutela verificar si se dan los presupuestos jurisprudenciales para otorgarlos. Conforme a lo anterior, solicitó exonerar al Ministerio de Salud de toda responsabilidad en la presente acción constitucional.

SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD

Oportunamente indicó que el usuario se encuentra activo en el régimen contributivo en la EPS MEDIMAS y que de conformidad con la Circular No.

0035 de 2018 del Ministerio de Salud, le corresponde a la EPS asumir sus obligaciones y ofrecer los servicios a través de las IPS autorizadas.

SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ – HOSPITAL DE SAN JOSÉ

En tiempo se pronunció, para lo cual indicó que ha valorado en varias oportunidades al accionante y no sólo no suministró los servicios de salud requeridos, sino que emitió las ordenes respectivas para el tratamiento de su patología cumpliendo así su obligación legal. Conforme a lo anterior, solicitó se le desvincule de la presente acción constitucional.

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-.

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.

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 un derecho 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, o con enfermedades huérfanas, 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.”¹*

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).

Acceso a servicios excluidos del plan de beneficios en salud

Refiriéndose sobre el tópico en comento, la Corte Constitucional en sentencia T-490 de 2020, precisó:

“el ordenamiento jurídico ha admitido que exista un Plan de Beneficios en Salud (PBS) que contemple una serie de servicios, medicamentos e insumos, que deben ser garantizados por las E.P.S, y otros cuya prestación no debe ser garantizada por dichas entidades. Por otra parte, existen ciertos medicamentos, insumos y servicios que, en principio, se encuentran excluidos del PBS, pero que deben ser suministrados por las Entidades Promotoras de Salud en ciertas circunstancias.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha sido enfática en que “el derecho constitucional fundamental a la salud cuya efectiva garantía se relaciona estrechamente con la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad no solo debía protegerse cuando las personas se hallaban en peligro de muerte, sino que [abarcaba] la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello [fuera] posible, cuando estas condiciones se [encontraban] debilitadas o lesionadas y [afectarán] la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna” (...)

De igual manera, este Tribunal Constitucional ha establecido como regla general que, en aquellos casos en los cuales el médico tratante ordene un servicio excluido dentro del PBS que sea vital para la salud, la vida digna e integridad del paciente, y que no pueda ser sustituido por otro servicio incluido

¹ Sentencia T-121 de 2015

dentro del PBS, resulta procedente de manera excepcional la autorización y/o suministro del servicio médico. En estos eventos, la Corte Constitucional ha fijado las siguientes reglas para ordenar tratamientos o servicios no incluidos dentro del PBS (...)

*La **primera** regla establece que la medida para determinar en qué grado la falta de servicio es necesaria, debe enfocarse en la búsqueda por mantener unas condiciones de vida digna al paciente. La **segunda** exigencia se concentra en que la prestación reclamada por el ciudadano debe contar con un respaldo científico en lo que se refiere a efectividad y calidad y que la misma no pueda suplirse por un medicamento, insumo o procedimiento que sí se encuentre en el PBS y que sirva para el mismo propósito (...)*

*La **tercera** regla se fundamenta en que, en principio, el médico tratante adscrito a la E.P.S. es la autoridad con conocimiento suficiente para establecer cuáles son los tratamientos que requiere el paciente para poder superar su enfermedad.*

*El **cuarto** presupuesto, es que el Estado, a través de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud – ADRES, es quien debe cubrir exclusivamente aquellas prestaciones cuyo destinatario no se encuentra en capacidad de solventar. En esta medida, la situación económica del solicitante debe ser evaluada con fundamento en los criterios de racionalidad y proporcionalidad y con el propósito de determinar si la persona o sus familiares cuentan con los recursos económicos para sufragar el medicamento, el elemento o procedimiento solicitado o si el mismo debe ser asumido por el Estado (...)*

*De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que las entidades prestadoras de los servicios de salud no pueden entrar a calificar, prima facie, una cirugía plástica reconstructiva como “estética” o “cosmética” sin antes hacer un análisis del caso particular y de las condiciones físicas, psicológicas y funcionales que la rodean. Lo anterior, en tanto esta Corporación ha reconocido que existen ocasiones en donde ciertos procedimientos reconstructivos, que en principio pueden ser considerados como estéticos, no lo son, pues cumplen con fines reconstructivos funcionales. **De igual manera, este Tribunal Constitucional ha reiterado que cuando se logre demostrar que una cirugía de carácter estético se realiza con el fin de corregir alteraciones que afecten el funcionamiento de un órgano o con miras de impedir afectaciones psicológicas que permitan a la persona llevar una vida en condiciones dignas, la realización del procedimiento es procedente a través de la E.P.S., siempre y cuando se cuente con una orden médica que así lo requiera (...)***

En esta medida, las Entidades Promotoras de Salud no pueden negar la prestación de un servicio de salud, bajo el argumento de que las cirugías plásticas se encuentran excluidas del PBS, sin antes demostrar con debido soporte médico y con el estudio de cada caso concreto, que los procedimientos

solicitados tienen fines de embellecimiento y no funcionales reconstructivos o de bienestar emocional, psíquico y social”.

2.- CASO CONCRETO:

1. En el caso objeto de estudio, con base en las pruebas obrantes, se evidencia que se encuentran acreditados los siguientes hechos: i) que el señor RAMÓN RICARDO RODRÍGUEZ MERCHAN cuenta con 47 años de edad, ii) que fue diagnosticado con TUMOR MALIGNO DEL HUESO DEL MAXILAR INFERIOR y “*curetaje mandibular, osteosarcoma mandibular, reconstrucción mandibular con colgajo de peroné No. 2, osteoradionecrosis con exposición ósea y colapso mandibular*”, iii) que en virtud de tal diagnóstico, le fue ordenado por su médico tratante **con carácter prioritario** el: “**PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO DE RESECCIÓN COMPLETA DE TODO TEJIDO OSTEORADINECROSIS Y NUEVO COLGAJO COMPUESTO DE PERONÉ**”.

2. La EPS accionada, en la respuesta allegada indicó que solicitó la cotización a la IPS para dar continuidad al proceso de pago anticipado para materializar la prestación de los servicios de salud que requiere el promotor; sin embargo, tal exculpación no es de recibo, si se considera que la aludida prestación se ordenó por su médico tratante **de forma prioritaria** desde el **7 de julio de 2021**, vulnerado con ello los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del actor.

En ese sentido, se hace necesario ordenar a MEDIMAS EPS que proceda a autorizar el procedimiento “*QUIRÚRGICO DE RESECCIÓN COMPLETA DE TODO TEJIDO OSTEORADINECROSIS Y NUEVO COLGAJO COMPUESTO DE PERONÉ*” que requiere el señor Rodríguez Merchán en la forma prescrita por su médico tratante, el cual cumple un fin funcional.

Igualmente, teniendo en cuenta la enfermedad que aqueja al señor RAMÓN RICARDO RODRÍGUEZ MERCHAN, en criterio del Despacho, resulta procedente ordenar a MEDIMAS EPS que brinde el tratamiento integral que éste requiera para el manejo adecuado de la enfermedad que lo aqueja (**C-411 TUMOR MALIGNO DEL HUESO DEL MAXILAR INFERIOR**), para lo cual deberá autorizar, sin dilaciones, el suministro de todos los medicamentos, tratamientos, procedimientos y, en general, cualquier servicio, que prescriba su médico tratante, y que tengan relación con dicho padecimiento.

Por lo expuesto, se concederá el amparo deprecado.

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 a los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor RAMÓN RICARDO RODRÍGUEZ MERCHÁN, por lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

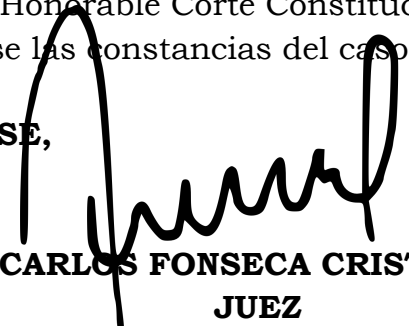
SEGUNDO: ORDENAR a MEDIMAS EPS, que, en un término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, autorice y garantice la realización del procedimiento “*QUIRÚRGICO DE RESECCIÓN COMPLETA DE TODO TEJIDO OSTEORADINECROSIS Y NUEVO COLGAJO COMPUESTO DE PERONÉ*” al señor RAMÓN RICARDO RODRÍGUEZ MERCHÁN en la forma prescrita por su médico tratante.

TERCERO: ORDENAR a MEDIMAS EPS que brinde al señor RAMÓN RICARDO RODRÍGUEZ MERCHÁN el tratamiento integral que requiera para el manejo adecuado de la enfermedad que lo aqueja (C-411 TUMOR MALIGNO DEL HUESO DEL MAXILAR INFERIOR), para lo cual deberá autorizar, sin dilaciones, el suministro de todos los medicamentos, tratamientos, procedimientos y, en general, cualquier servicio, que prescriba su médico tratante, y que tengan relación con dicho padecimiento.

CUARTO: NOTIFÍQUESE esta decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo o expedito posible.

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

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,



JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO
JUEZ