



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 (2) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA.

REF: ACCIÓN DE TUTELA No. 11001 40-03-005-2022-00030-00

ACCIONANTE: CECILIA SARMIENTO MARTIN

ACCIONADA: COOMEVA E.P.S.

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

I. ANTECEDENTES

Expone el promotor que la señora Sarmiento Martin es una persona de sesenta y nueve (69) años y se encuentra afiliada a Coomeva E.P.S.

Agrega que su agenciada ha venido siendo tratada por especialistas del Hospital Universitario De San José.

Agrega que el seis (6) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), la señora Sarmiento Martin fue diagnosticada con “GONARTROSIS”.

Añade que el veintinueve (29) de julio de dos mil veintiuno (2021), su médico tratante le ordenó “*exámenes de radiología, sanguíneos, una interconsulta con anestesiólogo, así como también, se expidió una orden para que se le realizara el procedimiento quirúrgico para reemplazo prostético total primario tricompartimental simple de rodilla*”. Finalmente, el medico tratante solicitó una prótesis PFC sigma de Jonshon para el tratamiento de la GONARTROSIS DE RODILLA DERECHA.

Que el ocho (8) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) luego haberse practicado todos los exámenes ordenados, su agenciada radicó ante la entidad convocada el resultado de estos junto con las órdenes dadas por su médico tratante a fin que fueran estudiados y le realizarán la cirugía, a lo que la EPS accionada lo único que le manifestó es que el contrato con el Hospital Infantil Universitario de San José se terminó.

El dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) a través del correo institucional de COOMEVA, interpuso derecho de petición solicitando la autorización del procedimiento ordenado por el médico tratante.

Finalmente, aclara que a la fecha de la presente acción no se le ha dado respuesta a su solicitud y tampoco se le ha realizado el procedimiento quirúrgico.

2. LA PETICIÓN

2.1 Solicitó se amparen los derechos fundamentales de petición, salud en conexidad con la vida de su agenciada y, en consecuencia, se ordene a Coomeva E.P.S, proceda dar respuesta a lo pedido en el derecho de petición e igualmente se ordene que se autorice al cirujano para que proceda a fijar fecha y hora para la práctica del procedimiento quirúrgico denominado *REEMPLAZO PROTESICO TOTAL PRIMARIO TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA*.

II. SINTESIS PROCESAL:

2.1. Mediante proveído adiado el diecinueve (19) de enero del año avante (documento digital 05 del expediente digital), se admitió el presente amparo y se ordenó notificar a la accionada y vinculadas, otorgándole el plazo de un (1) día para que brindaran una respuesta al amparo.

2.2. Coomeva E.P.S. y el Hospital Infantil Universitario de San José, la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá D.C., el Adres, el Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia Nacional De Salud., fueron notificadas de la presente acción constitucional vía correo electrónico, el día diecinueve (19) de enero de 2022.

2.3. Respuesta Accionada y Vinculadas.

HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ

Dentro del término otorgado para la contestación el Hospital señaló, que la señora Cecilia Sarmiento efectivamente fue atendida por la entidad en el mes de septiembre del año dos mil dieciocho (2018) con ocasión a un dolor de rodilla que presentaba la paciente.

Alude que el ocho (8) de abril del dos mil veintiuno (2021) se le planteo a la accionante hacer un reemplazo total de rodilla, sin embargo la actora manifestó no estar segura de querer la cirugía y refirió no hacia la terapia física, por ello el especialista le entrego orden de sesiones de terapia física para que fuera autorizadas por la EPS.

Que el veintinueve (29) de julio de dos mil veintiuno (2021) fue atendida nuevamente con el especialista, quien le expidió las ordenes médicas para el procedimiento de *REEMPLAZO PROTESICO TOTAL PRIMARIO TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA*, procedimiento que debía ser autorizado por la E.P.S.

Que es debido al incumplimiento contractual de parte de COOMEVA, que si esta desea que se le realice el procedimiento a la paciente, debe entonces solicitar una cotización con el área de contratación del hospital.

Es por esto por lo que solicita se le desvincule de la presente acción constitucional.

SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ D.C.

Por intermedio del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la secretaria contestó no tener conocimiento de los hechos narrados por la accionante, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones que el escrito de tutela contenga, por carecer de argumentos facticos y jurídicos que permitan determinar que la Secretaria Distrital De Salud ha vulnerado los derechos reclamados por la accionante, dado que una vez verificado la base de datos del BDUA-ADRES y en el comprobador de derechos de la secretaria que la extremo demandante se encuentra con afiliación activa en Coomeva EPS a través del régimen contributivo..

Así mismo señaló, la improcedencia de la acción constitucional y la falta de legitimación en pasiva por lo no ser esta la entidad vulneradora de los derechos reclamados por la actora y es Coomeva EPS quien tiene la obligación en relación a la prestación del servicio de salud son responsabilidades de la EPS.

COOMEVA E.P.S.

La entidad promotora de salud, manifestó que en el escrito de tutela la señora Cecilia Sarmiento afirmó haber interpuesto un derecho de petición, sin embargo, Coomeva E.P.S. solicitó al SERVICIO AL CLIENTE para que de respuesta a verificar si efectivamente este hecho es cierto.

Es por esto, que la accionada solicitó a este Despacho un plazo adicional de dos (2) días para realizar la gestión correspondiente al derecho de petición impetrado por la accionante.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

A través de apoderada general el Ministerio refirió, que no le constan los hechos que se narran en la tutela, puesto que las entidades en esta acción vinculadas, son entidades descentralizadas, las cuales gozan de autonomía administrativa y financiera sobre las cuales el MINISTERIO no tiene injerencia sobre sus decisiones, ni actuaciones.

Razón por la cual pidió que se le exonere de cualquier responsabilidad que se pueda llegar a endilgar dentro de la presente acción de tutela, y en caso de que prospere la acción constitucional que se conmine a la E.P.S., a “la adecuada prestación del servicio de salud conforme a sus obligaciones, siempre y cuando no se trate de un servicio excluido expresamente por esta Cartera.

LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

La SUPERSALUD, señaló que es claro que el ente de control del Sistema de Salud en Colombia no es el que tiene en cabeza el aseguramiento de los usuarios del sistema, ni tiene la facultad de prestar servicios de salud, toda

vez que la prestación de los servicios de salud está en cabeza de las EPS, pidiendo se declare la falta de legitimación por pasiva dentro de la presente acción constitucional, pues esta entidad no ha vulnerado los derechos de la aquí accionante, de igual manera solicitó se desvincule de la presente acción por las mismas razones.

ADRES

Aclara que es función de la E.P.S y no del ADRES la prestación del servicio de salud, por tal motivo, recuerda que las primeras tienen la obligación de prestar el servicio de salud de forma integral y oportuna de sus afiliados y que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de forma en que se pueda llegar a poner en riesgo su vida o su salud.

De igual forma recordó que: (...) *“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. 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 Capitación (UPC). 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 ya sí, 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 expuesto, solicita al Despacho que se niegue la solicitud realizada en la tutela en lo concerniente al ADRES pues esta entidad no ha vulnerado ni amenazado los derechos advertidos por la accionante y por ende desvincular al ADRES de la presente acción.

III. CONSIDERACIONES

3.1.- 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.

3.2. El derecho de petición, sobre el cual se invoca la protección constitucional, es la garantía constitucional de toda persona “*a (i) formular peticiones respetuosas, (ii) ante las autoridades o particulares, - organizaciones privadas o personas naturales, en los términos definidos por el Legislador; (iv) por motivo de interés general o particular, y a (iv) obtener pronta resolución. El marco jurídico de esta garantía se concentra, principalmente, en el artículo 23 de la Constitución Política y en la Ley 1437 de 2011, Título II, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015*” (Sentencia T 058 de 2018).

Derecho fundamental de petición, cuyo núcleo comprende: i) la formulación de la petición; ii) la pronta resolución, iii) la respuesta de fondo y iv) la notificación al peticionario de la decisión.

De otra parte, hay que recordar que la respuesta a la solicitud, aun cuando se debe emitir en el término definido por la ley y de fondo, **no exige necesariamente una decisión favorable o positiva a los intereses de la persona, pues una cosa es el derecho de petición y otra muy distinta, el derecho a lo pedido.** Al respecto la Corte señaló lo siguiente:

“Ahora bien, la obligación de resolver de fondo una solicitud no significa que la respuesta sea aquiescente con lo solicitado, sino el respeto por el ejercicio del derecho fundamental de petición, es decir, se debe emitir una respuesta clara, precisa, congruente, de fondo, sin que ello signifique necesariamente acceder a lo pretendido. Debe recordarse que es diferente el derecho de petición al derecho a lo pedido: “el derecho de petición se ejerce y agota en la solicitud y la respuesta. No se decide propiamente sobre él [materia de la petición], en cambio si se decide por ejemplo sobre el reconocimiento o no del derecho subjetivo invocado (...)”. Es decir, la entidad o particular al que se dirige la solicitud está en la obligación de resolver de fondo la solicitud, lo que no significa que deba acceder necesariamente a las pretensiones que se le realicen”. **(Sentencia atrás citada).**

3.2.1- El derecho de petición ante particulares está regulado en los artículos 32 y 33 de la Ley 1755 de 2015, de la siguiente manera:

“Artículo 32. Derecho de petición ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales. Toda persona podrá ejercer el derecho de petición para garantizar sus derechos fundamentales ante organizaciones privadas con o sin personería jurídica, tales como sociedades, corporaciones,

fundaciones, asociaciones, organizaciones religiosas, cooperativas, instituciones financieras o clubes.

Salvo norma legal especial, el trámite y resolución de estas peticiones estarán sometidos a los principios y reglas establecidos en el Capítulo I de este título.

Las organizaciones privadas solo podrán invocar la reserva de la información solicitada en los casos expresamente establecidos en la Constitución Política y la ley. (...)

Parágrafo 1°. Este derecho también podrá ejercerse ante personas naturales cuando frente a ellas el solicitante se encuentre en situaciones de indefensión, subordinación o la persona natural se encuentre ejerciendo una función o posición dominante frente al peticionario.

(...)

*Parágrafo 3°. Ninguna entidad privada podrá negarse a la recepción y radicación de solicitudes y peticiones respetuosas, so pena de incurrir en sanciones y/o **multas por parte de las autoridades competentes**".*

3.2.2.- El Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en su artículo 5 dispuso “*Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así: Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: (i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción. (ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.*”.

3.2.3- En ese orden, formulada una petición, el mismo se rige por las reglas del derecho de petición atrás señaladas, de modo tal, que la autoridad o el particular queda sujeto al término para responder peticiones en interés general y particular de treinta (30) días hábiles; peticiones de documentos y de información, veinte (20) días hábiles; y peticiones de consulta treinta y cinco (35) días hábiles.

3.3.- 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 desde la 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.”¹

Aunado a lo anterior, precisa este despacho que no es posible controvertir las decisiones del galeno en ordenar determinados procedimientos, medicamentos e insumos, 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).

4.- PROBLEMA JURIDICO

Corresponde al despacho determinar si la EPS Coomeva, vulnera los derechos fundamentales de petición y salud en conexidad con la vida de la promotora, al no dar respuesta a su solicitud y no efectuar el procedimiento *REEMPLAZO PROTESICO TOTAL PRIMERIO TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA* que fuera ordenado por su médico tratante para el manejo de su enfermedad.

5.- CASO CONCRETO.

5.1.- Revisadas las pruebas allegadas al plenario, este despacho concluye que la protección del derecho fundamental de petición invocado por la parte demandante no debe ser concedida, toda vez que no se evidencia una vulneración del mismo por parte de la entidad promotora de salud convocada. Ello en razón a que el término otorgado a la accionada para dar respuesta, aún no se había vencido al momento de la presentación de la acción de tutela.

En efecto, se probó que el derecho de petición fue formulado el **16 de diciembre de 2021**. En este orden de ideas y siguiendo el principio general según el cual, los términos establecidos en la ley deben tomarse como días hábiles salvo especificación en contrario, habría que decir que aún estaba en tiempo de resolver la misma, pues los treinta (30) días a que alude el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, que en su artículo 5 dispuso ampliar los términos consagrados en el artículo 14 de la ley 1437 de 2011, vencían el veinte y cinco (25) de enero de 2022.

¹ Sentencia T-121 de 2015

Puestas de esa forma las cosas, se negará lo solicitado en lo que atañe al derecho fundamental de petición, pues es evidente que el derecho en mención no ha sido conculcado por la accionada.

De otro lado, respecto el derecho fundamental a la salud en conexidad con el derecho a la vida, le compete al Despacho, determinar si los mismos fueron vulnerados.

Con base en las pruebas obrantes, se evidencia que se encuentran acreditados los siguientes hechos (consecutivo 03 págs. 12 a 21 del expediente digital), i) que la accionante cuenta con 69 años, ii) que fue diagnosticada con “GONARTROSIS, NO ESPECIFICADA”, iii) que su médico tratante le ordenó desde el **29 de julio de 2021** el procedimiento denominado “*REEMPLAZO PROTESICO TOTAL PRIMARIO TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA*” (documento digital 03 pág. 15 del dossier digital).

Cooameva EPS por su parte, en lo atinente al procedimiento ordenado por su médico tratante guardo silencio. Aunado a lo anterior, El Hospital Infantil Universitario de San José, informó que ha atendido a la quejosa y que efectivamente es la EPS accionada quien debe autorizar las órdenes para la realización del procedimiento solicitado.

De un análisis de los documentos obrantes en el expediente se concluye que la falta de autorización del procedimiento ordenado por el médico tratante pone en riesgo los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social de la promotora. Por ello, se concederá el amparo solicitado, para que Coomeva EPS – orden que se extiende a la EPS a donde la promotora hubiese sido trasladada en virtud de la liquidación de aquella-, en el término de las (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, en una IPS que haga parte de su red de prestadores, **autorice** el procedimiento denominado (*REEMPLAZO PROTESICO TOTAL PRIMARIO TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA (815404)*) ordenado por su médico tratante, debiendo la EPS **vigilar el efectivo suministro de dicho servicio de salud.**

RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR el amparo reclamado en lo atiente al **derecho fundamental de petición**, por las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: CONCEDER el amparo constitucional a la salud y a la vida solicitados por Cecilia Sarmiento Martin identificada con C.C. No. 41.617.937 contra Coomeva E.P.S., por los argumentos, razones y motivos expuestos en la parte considerativa de este fallo.

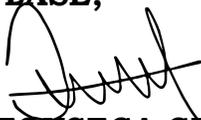
TERCERO: ORDENAR a Coomeva EPS- orden que se extiende a la EPS a donde la promotora hubiese sido trasladada en virtud de la liquidación de aquella-, que en el término de las (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice el procedimiento denominado (*REEMPLAZO*

PROTESICO TOTAL PRIMARIO TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA (815404) ordenado por el médico tratante de la promotora, debiendo la EPS **vigilar el efectivo suministro de dicho servicio de salud.**

CUARTO: NOTIFÍQUESE la presente decisión a los extremos de la acción en forma personal o por el medio más idóneo o 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 REVISIÓN. Oficiese. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,



JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO

JUEZ