



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

Carrera 10 No. 14-33 Piso 6°

cmpl09bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

RADICADO: 110014003009-2024-00012-00

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Decreto 2591 de 1991 y Decreto 306 de 1992

Accionante: **MARTHA ISABEL VARGAS RODRIGUEZ**

Accionado: **E.P.S. FAMISANAR SAS y la FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ**

Providencia: **FALLO**

I. ASUNTO POR TRATAR

Una vez agotado el trámite señalado en el Decreto 2591 de 1991, decide este Juzgado, la acción de tutela que en protección de sus garantías constitucionales presentó **MARTHA ISABEL VARGAS RODRIGUEZ** en contra de **E.P.S. FAMISANAR SAS y la FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ** por la presunta vulneración del derecho fundamental a la salud.

II. PETICIÓN Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La accionante estima que la accionada le ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la integridad física y a la dignidad humana, con su actitud omisiva de no autorizar y programar los procedimientos denominados descenso rectal vía anterior y posterior, resección anterior de recto vía abierta, anastomosis de intestino grueso a intestino grueso vía abierta, corrección de fistula colovaginal y extracción de hernia paraostomal y umbilical conforme a la resonancia magnética de pelvis contratada realizada por el idime.

Manifiesta la accionante que se encuentra afiliada a la **E.P.S. FAMISANAR SAS**, en calidad de cotizante, y le fue diagnosticado “1 HUA premenopausica anemizante en estudio 1.1 Patología endometrial 1.2 miomatosis uterina 2 masa anexial compleja en estudio 3 POP de legrado ginecológico [...]”. Luego de varios exámenes el diagnóstico fue “TUMOR DE COMPORTAMIENTO INCIERTO O DESCONOCIDO DEL OVARIO”, por lo que le programaron cirugía para el día 19 de octubre de 2023, fue incapacitada por 30 días, desde el 11 de enero al 9 de febrero de 2023, con el fin de retirar los ovarios, la matriz, el tumor y los quistes.

Indica la tutelante que el 22 de noviembre de 2022 le realizaron una colostomía. La ginecóloga oncóloga y el coloproctólogo le indicaron que el tiempo durante el cual debía mantenerla era de 3 a 6 meses y que transcurridos estos le debían realizar los siguientes procedimientos: i) “DESCENSO RECTAL VIA ANTERIOR Y POSTERIOR”; ii) “RESECCIÓN ANTERIOR DE RECTO VIA ABIERTA”; iii) “ANASTOMOSIS DE INTESTINO GRUESO A INTESTINO GRUESO VÍA ABIERTA”; iv) “CORRECCIÓN DE FISTULA COLOVAGINAL” y v) EXTRACCIÓN DE HERNIA PARAOSTOMAL Y UMBILICAL CONFORME A LA RESONANCIA MAGNÉTICA DE PELVIS CONTRASTADA REALIZADA POR EL IDIME.

Finamente, indica que a la fecha el **CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLOGICAS CLÍNICA SAN DIEGO CIOSAD SAS** y la **FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ**, se han negado a realizarle estos procedimientos, pues han afirmado que no se cuenta con autorización o aval de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD E.P.S. FAMISANAR**.

III. ACTUACIÓN SURTIDA

1.- Recibida la presente acción constitucional a través de la oficina de reparto, por auto de (16) de enero de dos mil veinticuatro (2024), se dispuso su admisión, y la notificación de la accionada, con el fin de que ejerciera su derecho de defensa. Se vinculó a **SUPERINTENDENCIA DE SALUD, MINISTERIO DE SALUD, CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS CLÍNICA SAN DIEGO, HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSE, IDIME y ADRES.**

2. **ADRES** refirió que de acuerdo con la normativa citada en su escrito de respuesta, es función de la EPS, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a la Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva.

Precisó que las **EPS** tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las **EPS**.

3. La accionada **E.P.S. FAMISANAR SAS**, estando dentro del término concedido por el Despacho a través del gerente técnico regional, manifestó que se elevó correo al prestador encargado del suministro de este servicio, sin respuesta hasta la fecha.

4.- La **FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ**, estando dentro del término concedido por el Despacho a través directora general, declaró que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionada dado que le ha prestado los servicios de salud requeridos. Así mismo, indica que la **E.P.S. FAMISANAR SAS** tiene convenio con el hospital para lo cual debe tener autorización previa expedida por la **EPS** y que no incluye los materiales, por lo que **EPS** debe gestionar la entrega.

5.- **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, a través del Subdirector Técnico, adscrito a la Subdirección de Defensa Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud, luego de los argumentos plasmados en su informe del expediente, solicitó desvincular a la entidad de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión que le sea atribuible, dado que los fundamentos fácticos de la presente acción, se desprende que el accionante requiere el servicios médicos que son negados por trabas administrativas presentadas por la EPS, quien deberá pronunciarse de fondo sobre la prestación de los servicios requeridos en la presente acción constitucional; por tal motivo, argumentó, que resulta evidente la falta de legitimación en la causa por parte de esta Entidad en el contenido de la presente.

6.- **IDIME** a través de su representante legal manifestó que la competencia para resolver las pretensiones de la accionante no recaen en esa institución, toda vez que las pretensiones van dirigidas a obtener la materialización de procedimientos quirúrgicos que no son ofertados por esta entidad, y reiteran que a la fecha no tiene contrato vigente con la **E.P.S. FAMISANAR SAS**.

7.- El **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL** señaló que no teniendo el Ministerio de Salud y Protección Social participación alguna en la relación de los hechos efectuada por los accionantes, y al no existir imputación jurídica en virtud de la cual pueda asignarse algún tipo de responsabilidad, no existe legitimación en la causa por pasiva en cabeza de este ente ministerial.

8.- **CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLOGICAS CLÍNICA SAN DIEGO CIOSAD S.A.S** a través de su representante jurídica puntualizó que la accionante requiere se le dé continuidad a su tratamiento oncológico, en la entidad a la que fue remitida por parte de su EPS **FAMISANAR** que en este caso corresponde a la **FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ**, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a la Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva.

IV PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde al Despacho determinar si en este caso se vulneran los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la integridad física y a la dignidad humana de la ciudadana accionante, ante la

negativa de la EPS accionada de hacer efectiva la cita médica reclamada por esta, que además cuenta con orden de médico tratante.

V CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el art. 37 del Decreto 2591 de 1991 y en el num. 1° del art. 1° del Decreto 1382 de 2000, este Juzgado es competente para conocer de la presente acción de tutela.

Determina el Art. 86 de la Constitución Política que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona a fin de reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En esta ocasión, la ciudadana **MARTHA ISABEL VARGAS RODRIGUEZ**, actúa en defensa de sus derechos e intereses, razón por la cual se encuentra legitimada.

La acción de tutela es una herramienta con la que se busca la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas ante la acción u omisión de las autoridades públicas o aún de los particulares, en los casos establecidos por la Ley.

De cara a los derechos fundamentales que a juicio de la accionante ha sido conculcado por la entidad accionada, es pertinente traer a colación, lo esbozado por la Honorable Corte Constitucional en reiteradas ocasiones, en cuanto a la garantía del derecho fundamental a la salud se concreta en la prestación de servicios y tecnologías estructurados sobre una concepción integral, que incluya la promoción, prevención, paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. Es así, como en los artículos 1° y 2° de la Ley 1751 de 2015 se dispuso que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción, lo que implica “la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos” (lit. i, art. 10 ib).

La Ley estatutaria en Salud, Ley 1751 de 2015, recoge en gran medida lo establecido en la sentencia T-760 de 2008. Así, a modo de síntesis el artículo 2° reitera el carácter fundamental del derecho a la salud indicando que es autónomo e irrenunciable en lo individual y colectivo.

En lo que respecta a la integralidad, el artículo 8° dice que:

“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario...”

El artículo 15° de la Ley 1751 de 2015, indica que:

“El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;*
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;*
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;*
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;*
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;*
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.*

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad...”

Luego, entonces, bajo el nuevo régimen de la Ley Estatutaria en Salud, se desprende que el sistema garantiza el acceso a todos los medicamentos, servicios, procedimientos y tecnologías cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud, salvo los que expresamente estén excluidos, de conformidad con lo dictado en el artículo 15 de la Ley Estatutaria en Salud.

VI CASO CONCRETO

La ciudadana **MARTHA ISABEL VARGAS RODRIGUEZ** formuló solicitud de amparo constitucional en contra de **E.P.S. FAMISANAR SAS** y la **FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la integridad física y a la dignidad humana ante la presunta negativa de autorizar y programar los procedimientos denominados descenso rectal vía anterior y posterior, resección anterior de recto vía abierta, anastomosis de intestino grueso a intestino grueso vía abierta, corrección de fistula colovaginal y extracción de hernia paraostomal y umbilical conforme a la resonancia magnética de pelvis contratada realizada por el idime, ordenado por el galeno tratante de la accionante.

Del expediente se observa que la accionante se encuentra afiliada a **E.P.S. FAMISANAR SAS**, y ello se desprende de la orden media, así como de la contestación de la entidad accionada, documentos de los cuales igualmente se extrae la calidad de cotizante independiente de la actora.

Ahora bien, refiriéndose a la violación del derecho a la salud cuando una Eps demora un tratamiento o procedimiento médico al cual tiene derecho el paciente y ha sido ordenado por su médico tratante, ha dicho el alto tribunal constitucional que:

“...Una de las características de todo servicio público, atendiendo al mandato de la prestación eficiente (Art. 365 C.P.), la constituye su continuidad, lo que implica, tratándose del derecho a la salud, su prestación ininterrumpida, constante y permanente, dada la necesidad que de ella tienen los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. Sobre este punto, la Corte ha sostenido que una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente. Asimismo, este derecho constitucional a acceder de manera eficiente a los servicios de salud, no solamente envuelve la garantía de continuidad o mantenimiento del mismo, también implica que las condiciones de su prestación obedezcan a criterios de calidad y oportunidad (...)

“Cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una gestión diligente, una EPS demora un tratamiento o procedimiento médico al cual la persona tiene derecho, viola su derecho a la salud e impide su efectiva recuperación física y emocional, pues los conflictos contractuales que puedan presentarse entre las distintas entidades o al interior de la propia empresa como consecuencia de la ineficiencia o de la falta de planeación de estas, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y clausura óptima de los servicios médicos prescritos....”¹

De la información que obra en el expediente, se evidencia la afectación a los derechos fundamentales que por esta vía judicial reclama la ciudadana accionante. Ahora bien, siendo **E.P.S. FAMISANAR SAS** quien debe garantizar la adecuada prestación de los servicios médicos que esta requiere, ello por encontrarse vinculada a dicha EPS según la documental que reposa en el expediente, además porque la responsabilidad de la EPS no se limita a la simple autorización de los servicios de salud sino a velar por que los mismos efectivamente se materialicen. Sin que obre prueba de que a la fecha se le haya agendado la cita que requiere la ciudadana accionante, se ordenará a la accionada Compensar EPS, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo de tutela haga efectiva la autorización y programación procedimientos denominados descenso rectal vía anterior y posterior, resección anterior de recto vía abierta, anastomosis de intestino grueso a intestino grueso vía abierta, corrección de fistula colovaginal y extracción de hernia paraostomal y umbilical conforme a la resonancia magnética de pelvis contratada realizada por el idimcita requerida por la accionante y de respuesta a la petición que esta elevó.

Ahora bien, frente al tratamiento integral, ha dicho la Honorable Corte Constitucional lo siguiente:

“Por lo general, se ordena cuando (i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente. Igualmente, se reconoce cuando (ii) el usuario es un sujeto de especial protección

¹ Corte Constitucional Sentencia T - 234 de 2013.

constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas (iii) personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”².

Teniendo en cuenta lo anterior, la pretensión de tratamiento integral se negará por el Despacho dado que de la documental aportada al expediente no se acredita una condición de especial protección constitucional en la que pudiera estar clasificada la ciudadana accionante, como tampoco se acredita que su condición de salud presente condiciones que sean extremadamente precarias e indignas. Lo que implica, que no se cumplan los requisitos jurisprudenciales para la prosperidad del pedimento

VII DECISIÓN

En virtud de lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la integridad física y a la dignidad humana de la ciudadana **MARTHA ISABEL VARGAS RODRIGUEZ**, por los motivos expuestos en esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **E.P.S. FAMISANAR SAS**, para que a través de su representante legal o quien haga sus veces, haga efectivo en favor de **MARTHA ISABEL VARGAS RODRIGUEZ**, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, tutela haga efectiva la autorización y programación procedimientos denominados i) “DESCENSO RECTAL VIA ANTERIOR Y POSTERIOR”; ii) “RESECCIÓN ANTERIOR DE RECTO VIA ABIERTA”; iii) “ANASTOMOSIS DE INTESTINO GRUESO A INTESTINO GRUESO VÍA ABIERTA”; iv) “CORRECCIÓN DE FISTULA COLOVAGINAL” y v) EXTRACCIÓN DE HERNIA PARAOSTOMAL Y UMBILICAL CONFORME A LA RESONANCIA MAGNÉTICA DE PELVIS CONTRASTADA REALIZADA POR EL IDIME.

TERCERO: DESVINCULAR a la **ADRES, FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, IDIME, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL y CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLOGICAS CLÍNICA SAN DIEGO CIOSAD S.A.S**, en virtud de no recaer sobre dicha entidad responsabilidad alguna respecto de los hechos que dan origen a la presente acción.

CUARTO: NOTIFICAR esta decisión a los interesados, por el medio más expedito posible (art. 30 Decreto 2591 de 1991).

QUINTO: En caso de no ser impugnada la presente decisión, envíese las presentes diligencias a la Corte Constitucional para eventual revisión, conforme a lo determinado en el inciso segundo del art. 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUZ DARY HERNÁNDEZ GUAYAMBUCO
JUEZ

² Corte Constitucional Sentencia T – 259 de 2019.