REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
JUZGADO DOCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD
Bogotá, D. C., marzo once (11) de dos mil veintiuno (2021).

REF. ACCIÓN DE TUTELA No.2021-0148 de la Dra. MALORID HAJAIRA CURIEL CARMONA como apoderada de la señora NANCY ELENA ALMANZA OTERO en contra de FAMISANAR EPS y POSITIVA ARL.

ANTECEDENTES

1º.- Petición.-

La Dra. MALORID HAJAIRA CURIEL CARMONA ejercita la acción de tutela como apoderada de la señora NANCY ELENA ALMANZA OTERO contra FAMISANAR EPS y POSITIVA ARL, con el fin de que se tutelen sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social.

En consecuencia, solicita se le ordene a las entidades accionadas otorgarle las citas médicas y tratamientos que requiere, sin importar a quién le corresponda prestar el servicio.

2º.- Hechos.-

Refiere la accionante en síntesis que se permite efectuar el Despacho, que el 25 de marzo de 2020 la EPS accionada notificó a la accionante diagnóstico, con las patologías de SINDROME DEL TUNEL CARPIANO, SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO, OTRAS SINOVITIS Y TENOSINOVITIS DE FLEXOEXTENSORES, EPICONDILITIS LATERAL, todas de origen laboral.

Indica que la EPS accionada notificó el dictamen al empleador, a la ARL accionada y a COLPENSIONES.

Denota que pasado un mes solicitó cita médica en la ARL accionada para continuar con el tratamiento de sus patologías por ser de origen laboral, pero esa entidad se negó a prestar los servicios alegando que la EPS accionada no le había notificado el dictamen.

Comenta que hace más de 10 meses la accionante ha intentado acceder a los servicios médicos, tanto de la EPS como de la ARL, negándose a hacerlo.

3º.- Trámite.-

Corresponde por reparto conocer de la presente acción de tutela a este Juzgado y mediante proveído de fecha marzo cinco (05) del año en curso se admite a trámite la misma y se vinculó oficiosamente a ADRES y COLPENSIONES.

Notificación efectuada a los entes accionados mediante correos electrónicos enviados el día lunes 08 de marzo del año en curso.

ADRES solicita se niegue el amparo solicitado e lo que tiene que ver con esa entidad, pues no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor.

FAMISANAR EPS informó que esa entidad ha actuado legítimamente, por tanto no le es imputable ninguna acción u omisión cuando cumple con las reglas establecidas por el derecho.

Aduce que la accionante se encuentra vinculada a esa EPS con estado de afiliación ACTIVO en el régimen contributivo y le vienen autorizando los servicios médicos de acuerdo con lo ordenado por los médicos tratantes, tal como se evidencia en el historial de autorizaciones anexo.

Indica que el 25 de marzo de 2021 (sic) emitieron calificación de origen laboral por los diagnósticos de SINDROME DEL TUNEL CARPIANO BILATERAL, SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO BILATERAL, OTRAS SINOVITIS Y TENOSINOVITIS DE FLEXOEXTENSORES BILATERAL, EPICONDILITIS LATERAL IZQUIERDA.

Hace saber que la conducta de esa EPS, no ha vulnerado, transgredido o puesto en peligro derecho fundamental alguno del usuario, en tanto han autorizado y brindado los servicios requeridos.

Aduce que ante la ausencia de violación de derechos fundamentales, deberá declararse la improcedencia del amparo deprecado.

Refiere que esa entidad ha desplegado todas las acciones de gestión de prestación de servicios de salud en favor del usuario, para garantizar su acceso a todos y cada uno de los servicios ordenados por su médico tratante, para el tratamiento de sus patologías.

Informa que no es procedente que se conceda el tratamiento integral, en tanto se evidencia que no se han configurado motivos que lleven a inferir que esa EPS, haya vulnerado o pretenda negar deliberadamente el acceso a la afiliada de servicios a futuro.

Alega que ante la evidencia de ausencia de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno por parte de esa EPS, las pretensiones del accionante no están llamadas a prosperar, por tal razón solicita se declare la improcedencia de la presente acción de tutela.

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. informó que la accionante reporta un evento de fecha 25 de junio de 2020, el cual fue calificado en primera oportunidad por parte de la EPS accionada como de origen laboral, bajo los diagnósticos de SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO, SINDROME DEL TUNEL CARPIANO, OTRAS SINOVITIS Y TENOSINOVITIS DE FLEXOEXTENSORES, EPICONDILITIS LATERAL.

Señala que frente a ese dictamen esa compañía presentó DESACUERDO, por tal razón se encuentran a la espera de que la EPS acepte el recurso, para así proceder con el pago de los honorarios ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Manifiesta que frente a los servicios de salud solicitados por la accionante, quién ha otorgado la atención y conoce el tratamiento brindado a la paciente es la EPS accionada, por lo tanto le deben dar continuidad y que en caso de que por juntas de calificación se defina de origen laboral, la EPS cuenta con la facultad de recobro.

Aclara que la EPS indistintamente del origen de las patologías, debe otorgar continuidad a la prestación de servicios médicos asistenciales.

Narra que corresponde a la EPS garantizar los servicios médicos asistenciales y prestaciones económicas que demande la accionante.

Pone de presente que las pretensiones requeridas por la accionante frente a esa ARL, escapan de la órbita de esta acción constitucional, pues hasta tanto no haya un pronunciamiento definitivo por parte de la Junta Regional/Nacional, no es competencia de esa compañía y es la EPS quien debe dar continuidad al tratamiento propuesto para la accionante, hasta que se dirima la controversia existente frente al origen.

Señala que es evidente que no existe por parte de esa aseguradora, una actuación que vulnere los derechos fundamentales de la accionante, ya que ha actuado conforme el ordenamiento jurídico.

Solicita declarar improcedente la presente acción de tutela en contra de esa ARL y se le desvincule.

COLPENSIONES manifestó que en atención a los hechos y pretensiones, no pueden ser atendidos por esa administradora por no resultar de su competencia, correspondiendo únicamente dar respuesta a las entidades accionadas quienes se encargan de garantizar la prestación del servicio de la ciudadana requerido respecto de las citas y tratamiento médicos.

Que así las cosas, no es posible considerar que esa aseguradora tiene responsabilidad en la transgresión de los derechos fundamentales alegados, por tanto solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

La seguridad social, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, es considerada un servicio público de carácter obligatorio, que debe ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en cumplimiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y se garantiza como un derecho irrenunciable, a todas las personas.

Para el efecto, la Jurisprudencia ha destacado dos momentos en la evolución del concepto de salud como derecho constitucional. En primer lugar, por medio de la acción de tutela era posible proteger derechos de contenido prestacional, como la salud, siempre y cuando tuvieran una conexión con derechos como la vida, integridad personal o mínimo vital o se concretaran en un derecho de naturaleza subjetiva, cuando eran desconocidos servicios incluidos en los diferentes planes de atención en salud.

Después se consideró que la salud es un derecho fundamental autónomo, porque se concreta como una garantía subjetiva o individual derivada de la dignidad humana, teniendo en cuenta que responde a los elementos que le dan sentido al uso de la expresión 'derechos fundamentales', alcance que se le otorga de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano (Art.93 C.P.).

Esta interpretación efectuada por el juez constitucional, dejó de lado el criterio de la conexidad, porque se considera artificioso e innecesario para garantizar la efectividad de los derechos constitucionales, pues todos los derechos, unos más que otros, tienen definitivamente un componente prestacional, por lo que *"la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud 'en conexidad con el derecho a la vida y la integridad personal', para pasar a proteger el derecho fundamental autónomo a la salud".*

No obstante lo anterior, La Ley 1751 de 2015 o Ley Estatutaria de la Salud, estatuyó de manera definitiva y sin lugar a contemplar de manera jurisprudencial el derecho a la salud como derecho fundamental autónomo, razón por la cual se puede instaurar la acción de tutela para reclamar éste derecho de manera directa sin necesidad de demostrar que con su vulneración se esté afectando el derecho fundamental a la vida, como inicialmente tenía que establecerse por parte del tutelante.

Por su parte la Sentencia T-051/16 se ha pronunciado respecto del principio de inmediatez y al respecto ha dicho lo siguiente:

> "*Por otro lado, en lo que tiene que ver con el principio de inmediatez, es pertinente resaltar que la finalidad de la acción de tutela en comento es garantizar una protección efectiva, actual y expedita frente a la transgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental, motivo por el cual, entre la ocurrencia de los hechos en que se funde la pretensión y la presentación de la demanda, debe haber trascurrido un lapso razonable.*
>
> *En el evento en que no se cumpla con el requisito de inmediatez, se puede causar inseguridad jurídica frente a situaciones ya consolidadas en el orden administrativo y/o judicial, con lo que, a su vez, se puede afectar a terceros sobre los cuales recaiga la decisión e incluso el juez constitucional podría estar acolitando una conducta negligente de los administrados[11] que no comparecieron al proceso correspondiente, no presentaron los recursos procedentes ni hicieron ejercicio de los medios de control vigentes[12].*
>
> *En este sentido el Tribunal Constitucional mediante Sentencia T-792 de 2009, manifestó lo siguiente:*
>
> *"la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en el hecho de que el mismo exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos. Esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el supuesto vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse, según ha dicho la Corte, en cada caso concreto, con plena observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad".*

Así las cosas, teniendo en cuenta que no es posible establecer de manera generalizada un tiempo restrictivo para el ejercicio de la acción tuitiva, en cada caso particular el juez de instancia deberá realizar un estudio que permita determinar si se cumple o no con el requisito de inmediatez. Como criterios de referencia, en la Sentencia T-194 de 2014, se establecieron los siguientes:

*(i) La existencia de razones válidas para la inactividad**[13]**(…).*

*(ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece (…). **[14]***

*(iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante (…)"**[15]** .*

Estos criterios o las razones que motivan la procedencia de la acción de tutela, a pesar de que, en principio, no se cumpla con el requisito de inmediatez, deben ser probados sumariamente o al menos manifestados en la demanda, ya que es el accionante quien conoce las razones que le impidieron acudir antes al amparo constitucional y, pese a que ya hubiere transcurrió un término considerable desde la ocurrencia de los hechos, requiere una protección judicial urgente.

*Por otra parte, cuando una tutela se presenta porque el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial**[16]**, se considera pertinente, de cara al requisito de inmediatez, tener en cuenta (i) la fecha en que se profirió el acto administrativo, (ii) la fecha en que se tuvo conocimiento del mismo y (iii) las actuaciones desplegadas por la parte actora desde ese momento.*

Finalmente, de lo anterior se desprende que con el requisito de inmediatez, se busca evitar que la acción de tutela instaurada contra actos administrativos, sea empleada para subsanar la negligencia en que incurrieran los administrados para la protección de sus derechos. Por otro lado, se constituye como una garantía de la seguridad jurídica que se deriva de los actos administrativos[17], por medio de los cuales se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas.

Por otro lado, se pone de presente que el juez de tutela no puede inmiscuirse en los criterios médicos, pues ellos son de la órbita del galeno, quién es el encargado de establecer y/o determinar que tratamientos requieran sus pacientes. Y al respecto la sentencia T-036/13 señala:

"... En este punto, reitera la Corte que el concepto del galeno a cargo debe primar sobre cualquier argumento de tipo administrativo o limitación normativa, en razón a que es ese profesional quien conoce la realidad médica del paciente y puede indicar con mayor certeza los tratamientos y elementos que se requieren para atender los padecimientos de salud diagnosticados."

Se reitera que la acción de tutela ha sido instituida por el Constituyente como un mecanismo de defensa judicial al cual pueden acudir las personas cuando consideren vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales ya sea por la acción u omisión de una autoridad pública o por particulares, éstos en los precisos términos señalados en la ley. Por consiguiente, la persona que considere se le ha desconocido un derecho fundamental, puede acudir ante los jueces con el fin de obtener, a través de un procedimiento preferente y sumario, una orden destinada a que el infractor del ordenamiento constitucional actúe o se abstenga de hacerlo y así lograr el restablecimiento de sus derechos.

En esa medida, para que el juez de tutela ordene el amparo de los derechos fundamentales de una persona, se requiere demostrar o acreditar la amenaza o vulneración de estos. Por manera que si dentro del plenario no se revela ese desconocimiento, se impone la denegación de la tutela.

Descendiendo al caso en estudio, debe tenerse en cuenta que no se evidencia vulneración a derecho fundamental alguno a la poderdante de la accionante, en primer lugar por cuanto la ARL POSITIVA ha actuado conforme a las competencias legalmente establecidas, y por otro lado, FAMISANAR EPS ha prestado todos y cada uno de los servicios que le han sido prescritos a la usuaria para el tratamiento de las patologías que padece.

Adicionalmente pese a que no se arrimaron al plenario órdenes médicas que den cuenta de la prescripción de los procedimientos que reclama la parte accionante, obsérvese que la entidad aseguradora le ha suministrado de manera integral el acceso al servicio de salud de la usuaria, lo cual se puede corroborar con el informe de autorizaciones aportado, donde se refleja que la paciente ha sido atendida desde el año 2011 al año 2021 de manera continua, expidiéndole para el efecto autorizaciones entre las cuales destacamos: 26 de mayo de 2020 diagnostico BURSITIS DEL HOMBRO para CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN MEDICINA FÍSICA Y REHABILITACIÓN; 12 de junio de 2020 diagnostico CUERPO EXTRAÑO EN EL OIDO para el procedimiento PAQUETE DE URGENCIAS; 08 de julio de 2020 diagnostico SINDROME DEL MANGUITO ROTATORIO para el servicio de RESONANCIA MAGNETICA DE ARTICULACIONES DE MIEMBRO SUPERIOR (ESPECIFICO); 2 de diciembre de 2020 diagnóstico LUMBAGO NO ESPECIFICADO servicio de RESONANCIA MAGNETICA DE COLUMNA LUMBOSACRA SIMPLE; 2 de diciembre de 2020 diagnostico HIPERLIPIDEMIA MIXTA servicio de ECOCARDIOGRAMA DE STRESS CON PRUEBA DE ESFUERZO O CON PRUEBA FARMACOLOGICA; 23 de diciembre de 2020 diagnostico LUMBAGO NO ESPECIFICADO para procedimiento de RADIOGRAFIA PANORAMICA DE COLUMNA (GONIOMETRIA U ORTOGRAMA) FORMATO 14 X 36 (ADULTOS); 04 de febrero del año que avanza diagnostico SINDROME DE ABDUCCIÓN DOLOROSA DEL HOMBRO con servicio de RESONANCIA MAGNETICA DE COLUMNA CERVICAL SIMPLE, todo lo cual desvirtúa la afirmación de la apoderada, cuando dice que desde hace 10 meses su prohijada ha intentado acceder a los servicios médicos sin poder lograrlo, lo cual hace imposible concluir que se están vulnerando los derechos fundamentales de la paciente.

Pues si bien es cierto, padece varios diagnósticos, no lo es menos, que son los especialistas tratantes quienes indiquen la necesidad y pertinencia de los servicios reclamados, entiéndase que el galeno es la única persona idónea para definir el estado de salud de sus pacientes, sus respectivos

diagnósticos y quién puede indicar con mayor convicción qué procedimientos se deben seguir.

En este sentido, es claro que la EPS accionada ha dispensado a la paciente el tratamiento médico adecuado que requiere para el manejo de sus patologías, garantizando su acceso a todos y cada uno de los servicios prescritos por los galenos tratantes, sin que a la fecha se encuentre pendiente ninguno de ellos.

Dadas las premisas planteadas los amparos de la tutela impetrada serán negados, como quiera que, además de que no nos encontramos ante un perjuicio irremediable, como tampoco se demostró la vulneración de derecho fundamental alguno a la usuaria, FAMISANAR EPS ha dispuesto lo necesario con el fin de garantizar la prestación de los servicios médicos que requiere la paciente y que han sido ordenados por los médicos tratantes. Sumado a ello, no se acreditó la negación de servicio de salud alguno, por el contrario, le han autorizado todos los suministros ordenados por los galenos y que la afiliada ha demandado.

Aunado a que no se cumplió con el requisito de inmediatez, en tanto los hechos alegados, según el decir de la parte accionante, acaecieron desde el mes de marzo de 2020, esto es, hace 1 año.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO DOCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE BOGOTA D. C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la ACCION DE TUTELA instaurada por la Dra. MALORID HAJAIRA CURIEL CARMONA como apoderada de la señora NANCY ELENA ALMANZA OTERO en contra de FAMISANAR EPS y POSITIVA ARL y vinculados ADRES y COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente fallo.

SEGUNDO: Contra la presente decisión procederá la impugnación por la vía jerárquica dentro de los tres (3) días siguientes al de su notificación. (Art.31 Decreto 2591 de 1.991).

TERCERO: Notifíquese la presente decisión a los intervinientes, por el medio más expedito.

CUARTO: Sí este fallo no fuere impugnado, transcurrido el término respectivo y en la oportunidad de que da cuenta el inciso segundo del Art.31 ejusdem, ENVÍESE EL EXPEDIENTE A LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA SU EVENTUAL REVISION, PREVIA LAS CONSTANCIAS RESPECTIVAS.

QUINTO: De igual manera, proceda la secretaria a incluir la presente providencia en el Portal Web de la Rama Judicial - Estados Electrónicos.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FRANCISCO ÁLVAREZ CORTÉS
Juez

Se les hace saber a las partes, que por la coyuntura de emergencia y para efecto del pleno ejercicio del debido proceso, en caso se querer impugnar la anterior decisión, la misma deberá ser enviada al correo institucional del juzgado (cmpl12bt@cendoj.ramajudicial.gov.co)