



San Gil, veintisiete (27) de Julio de Dos Mil Veinte (2020)

Sentencia No. 029 Radicado 2020-00030-00

Surtido el trámite establecido por el Decreto 2591 de 1991 y estando dentro del término señalado en el artículo 29 ibídem, procede el Despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela impetrada por la señora ESPERANZA RAMIREZ DE BONILLA, identificada con la cédula de ciudadanía número 28.378.764 de San Gil en contra de la CLÍNICA CHICAMOGA S.A., teniendo en cuenta para ello lo siguiente.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana interpuso acción de tutela en contra de la CLÍNICA CHICAMOGA S.A., por la presunta vulneración de los Derecho Fundamental a la Salud, vida y seguridad social, debido a que no se ha programado y practicado a la señora ESPERANZA RAMIREZ DE BONILLA, el procedimiento REEMPLAZO PROTÉSICO TOTAL TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA, ordenado el pasado 15 de febrero de 2020, por el Doctor Gustavo Enrique Gómez Osorio, Especialista de Ortopedia y Traumatología, aparentemente autorizado por SANITAS EPS mediante orden de servicios N° 122652311.

II. HECHOS

Como supuestos fácticos del amparo impetrado, la accionante aduce los siguientes:

Señala que se encuentra afiliada a SANITAS EPS en calidad de cotizante pensionada.

Asevera la accionante que el Doctor Gustavo Enrique Gómez Osorio, Ortopedia y Traumatología, adscrito a SANITAS EPS, le diagnosticó GONARTROSIS PRIMARIA BILATERAL, por lo que, en consulta del 15 de febrero de 2020, le ordenó el procedimiento REEMPLAZO PROTÉSICO TOTAL PRIMARIO TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA (DERECHA), cuya orden fue presentada a la EPS para su autorización.

Dice la memorialista principal que con autorización N° 122652311, la EPS SANITAS autorizó el procedimiento direccionado a la CLÍNICA CHICAMOGA S.A.

Que por indicaciones de su médico tratante, una vez autorizado el procedimiento, debía comunicarse con la señorita JOHANNA, al teléfono 6850790 para programar la fecha y hora de la cirugía, pero hecho lo anterior se le informó que debía comunicarse para saber la disponibilidad de la cirugía debido a que había procedimientos pendientes desde hace tres meses.

Según la accionante su estado de salud como consecuencia de la patología es muy delicado y que según lo informado por la señora Johanna, la Clínica Chicamocha no está programando procedimientos quirúrgicos a personas mayores a los 65 años, lo que considera discriminatorio.

Soportó lo anterior con los siguientes documentos:

- Copia orden de cirugía.
- Copia autorización de Servicios N°122652311, procedimiento REEMPLAZO PROTÉSICO TOTAL PRIMARIO TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA (DERECHA).
- Historial clínico especialidad de ortopedia.

III. PETICIONES



Del contenido de la demanda se concluye, que lo pretendido por la señora ESPERANZA RAMIREZ BONILLA, es que se protejan sus Derechos Fundamentales Salud, vida, seguridad social y en consecuencia, se ordene a la CLÍNICA CHICAMOCHA S.A. que programe y practique a la señora ESPERANZA RAMIREZ DE BONILLA, el procedimiento REEMPLAZO PROTÉSICO TOTAL TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA, ordenado el pasado 15 de febrero de 2020, por el Doctor Gustavo Enrique Gómez Osorio, Especialista de Ortopedia y Traumatología, aparentemente autorizado por SANITAS EPS mediante orden de servicios N° 122652311.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez recibida por reparto, este Despacho mediante auto del 15 de julio de 2020, admitió la acción de tutela, ordenando correr traslado de la demanda a la accionada para que informara el motivo por el cual no se ha programado y practicado a la señora ESPERANZA RAMIREZ DE BONILLA, el procedimiento REEMPLAZO PROTÉSICO TOTAL TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA, ordenado el pasado 15 de febrero de 2020, por el Doctor Gustavo Enrique Gómez Osorio, Especialista de Ortopedia y Traumatología de la Clínica la Riviera, aparentemente autorizado por SANITAS EPS mediante orden de servicios N° 122652311; así como para que se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la demanda de tutela, presentara las pruebas que considerara pertinentes para ejercer su derecho constitucional de defensa y contradicción. De igual manera, se ordenó vincular a SANITAS EPS y a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES. Se negó la medida provisional solicitada.

V. CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y FÁCTICAS DE LAS ENTIDADES ACCIONADA Y VINCULADA

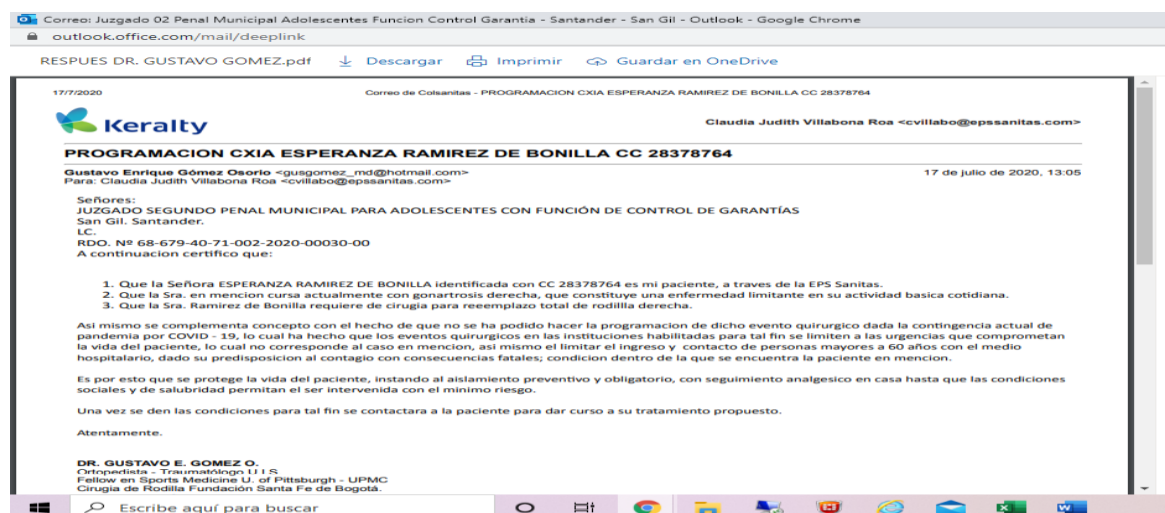
El 17 de julio de 2020, la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, mediante correo electrónico del 23 de junio de 2020, a través del señor JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO, obrando conforme al poder conferido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, Doctor FABIO ERNESTO ROJAS CONDE, luego de hacer un recuento normativo que regula a la ADRES; de los derechos fundamentales aparentemente vulnerados, salud, seguridad social y vida; invoca la falta de legitimación por pasiva, Sentencia T-1001 de 2006 y sentencia T-519 de 2001, de las funciones de las entidades promotoras de salud de conformidad con el artículo 178 de la Ley 100 de 1993, de la cobertura de procedimientos, medicamentos servicios complementarios, estimados en la Resolución 3512 de 2019, sobre el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la unidad de pago por capitación - upc y no excluidos de la financiación con recursos del sistema de seguridad social en salud, sobre el caso en concreto considera que es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esa Entidad y que Respecto de cualquier pretensión relacionada con el “reembolso” del valor de los gastos que realice la EPS, no puede olvidarse que la misma constituye una solicitud antijurídica, puesto que a partir de la promulgación de las Resoluciones 205 y 206 de 2020 proferidas 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 que no se encuentren excluidos de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos.



Finalmente solicita, negar el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues considera que de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, que se desvincule a esa Entidad del trámite de la presente acción constitucional; se niegue la facultad de recobro, toda vez que mediante las Resoluciones 205 y 206 de 2020, la ADRES ya transfirió a la EPS los recursos de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud. Adicionalmente, en razón al cambio normativo, y solicita ABSTENERSE de vincular a la ADRES en las siguientes oportunidades que traten asuntos relacionados con temas de prestación de servicios, puesto que la EPS ya cuenta con los recursos para garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud. Por lo que implora que se modulen las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público. Como anexos allega poder especial.

El 17 de julio de 2020, La EPS SANITAS, a través de la señora MARTHA ARGENIS RIVERA en calidad de Subgerente Regional de EPS Sanitas S.A.S., frente a los hechos de la tutela y pretensiones, informa que la señora ESPERANZA RAMIREZ DE BONILLA, se encuentra afiliada en EPS Sanitas S.A.S. y ostenta la condición de cotizante dependiente con un IBC reportado de \$877.803.00, contado con 43 semanas de antigüedad ante el SGSSS; que la señora ESPERANZA RAMIREZ BONILLA, instaura acción de tutela en S.A.S., solicitando de manera inmediata la realización del procedimiento CIRUGÍA REEMPLAZO PROTÉSICO TOTAL PRIMARIO TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA ordenada por su médico tratante y que dentro de su escrito de tutela manifiesta que padece de la patología de M170: GONARTROSIS PRIMARIA, BILATERAL, para lo cual la EPS SANITAS S.A.S., ha suministrado todos los procedimientos y servicios requeridos y ordenados por sus médicos tratante entre los cuales se encuentran: -. CONSULTA DE CONTROL POR ORTOPEDIA DE RODILLA COD 122651509 DEL 17/02/2020 - ESTANCIA HOSPITALARIA Y REEMPLAZO PROTESICO TOTAL PRIMARIO TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA COD 122652311 DEL 17/02/2020 -.

Que frente a la pretensión principal de la accionante se informa que la EPS SANITAS S.A.S. procedió a remitir correo electrónico al Dr. GUSTAVO GOMEZ (Médico tratante de la accionante), quien en respuesta a lo solicitado manifestó:



Por lo anterior, por recomendación del médico tratante de la señora ESPERANZA RAMIREZ DE BONILLA, informa que en vista de la actual situación de emergencia sanitaria por covid19, decretada por el actual gobierno nacional, y por pertenecer a la población con



factor de riesgo (paciente diabética, hipertensa, obesidad), “es por esto que se protege la vida del paciente, instando al aislamiento preventivo y obligatorio, con seguimiento analgésico en casa hasta que las condiciones sociales y de salubridad permitan el ser intervenida con el mínimo riesgo, por lo que se debe tener en cuenta el PLAN DE ACCION PARA LA PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD DURANTE LAS ETAPAS DE CONTENCIÓN Y MITIGACIÓN DE LA PANDEMIA POR SARS-COV2 (COVID-19) emitido por el MINISTERIO DE SALUD y que en congruencia una vez se restablezcan las condiciones para proceder a la realización del procedimiento se le programara e informara a la accionante, en salvaguardando los derechos fundamentales en especial el estado de salud de la señora ESPERANZA RAMIREZ BONILLA, teniendo en cuenta sus patologías no es procedente lleva a cabo el procedimiento solicitado en la presente acción constitucional toda vez que requiere de estancia hospitalaria siendo aún más vulnerable de adquirir el virus actual SARS-COV2 (COVID-19).

Como pruebas allega copia del correo electrónico del 17 de julio de 2020 y del certificado de existencia y representación legal de la EPS.

El 22 de julio de 2020, la CLINICA CHICAMOGA S.A. a través del señor OSWALDO MATEUS MOSQUERA, Gerente General, informa que la accionante no tiene historia clínica en esa entidad, nunca ha sido vista por un médico ortopedista en esa Clínica y que desconocen su caso, que en cuanto a los hechos y pretensiones, la clínica ha seguido los lineamiento determinados pro el Gobierno Nacional, el Ministerio de Salud, por la defensa de la vida de los usuarios de mayor riesgo no están programando cirugías a pacientes mayores de 65 años, debido al aumento de casos del virus SAR COVID 19 en la ciudad de Bucaramanga y la población de adultos mayores, que según lo anunciado pro el Ministerio de Salud y entes rectores, que la mortalidad en mayores de edad es la mas frecuente y que estos pacientes son de mas alto riesgo.

Que una vez se supere la situación, la Clínica Chicamocha S.A. no tendrá ningún inconveniente en facilitar sus instalaciones para que el médico tratante efectué el procedimiento.

VI. CONSIDERACIONES

A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Nacional, el objetivo fundamental de la Acción de Tutela no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuando los mismos se han visto vulnerados, o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados por la Ley.

La Carta Política de 1991 consagra importantes garantías constitucionales y mecanismos para hacerlas efectivas, entre los cuales se encuentra la Acción de Tutela (Art. 86) diseñada con el objeto de proteger en forma inmediata los derechos fundamentales.

Así concebida, la acción de tutela es un derecho preferencial que se concreta en una vía judicial, a través de la cual las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por sujetos particulares en casos excepcionales.

Pero no obstante, ese carácter instrumental de justicia de tutela, no debe emplearse dada la informalidad y brevedad de los términos procesales a ella aplicables, para que los ciudadanos sometan a consideración por esta vía todo tipo de inquietudes y conflictos, cuando al tenor del Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 la acción es de naturaleza subsidiaria, es decir, procede tan solo cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente



con otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así se ha pronunciado la Corte:

“...En otros términos, la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente al de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta le reconoce.” (Gaceta Constitucional, Sentencia T-001, Abril 3 de 1992, página 167).

B. COMPETENCIA.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que a través de la acción de tutela, toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo y procederá sólo en la medida en que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es así como la acción de tutela se encuentra reglamentada en los Decretos Legislativos 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, así como por el Auto 124 de 2009, por lo que de acuerdo a esta reglamentación se dio trámite a la presente.

C. DE LA LEGITIMACION EN LA CAUSA DE LAS PARTES

Se encuentra legitimada por activa de la señora ESPERANZA RAMIREZ BONILLA, identificada con la cédula de ciudadanía número 28.378.764 de San Gil al instaurar acción de tutela en contra de la CLÍNICA CHICAMOGA S.A., por la presunta vulneración de su Derecho Fundamental a la Salud.

Así mismo, la CLÍNICA CHICAMOGA S.A., en su condición de persona jurídica de derecho privado está legitimada por pasiva, en tanto se le atribuye la presunta vulneración de los derechos constitucionales fundamentales de la accionante. En igual sentido, se encuentran legitimadas las entidades vinculadas SANITAS EPS y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

D. DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

Cita la accionante la vulneración de los Derecho Fundamental a la Salud, vida y Seguridad Social, presuntamente conculcado por la entidad accionada.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a este Juzgado en esta oportunidad, determinar si la CLÍNICA CHICAMOGA S.A. y las vinculadas SANITAS EPS y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, conculcaron o no las prerrogativas fundamentales de la señora ESPERANZA RAMIREZ BONILLA, al no programar y practicar a la señora ESPERANZA RAMIREZ DE BONILLA, el procedimiento REEMPLAZO PROTÉSICO TOTAL TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA, ordenado el pasado 15 de febrero de 2020, por el Doctor Gustavo Enrique Gómez Osorio, Especialista de Ortopedia y Traumatología, aparentemente autorizado por



SANITAS EPS mediante orden de servicios N° 122652311, para tratar la patología GONARTROSIS PRIMARIA BILATERAL, y si es la acción de tutela el mecanismo idóneo para tal fin.

VIII. ASPECTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL A CONSIDERAR

Para dilucidar el quid del asunto, conviene traer a colación aspectos de orden constitucional en relación con los derechos invocados por el accionante y donde la Corte Constitucional abordando el estudio de los elementos en torno a la naturaleza del Derecho a la Salud, en la Sentencia T-171 de 2018¹, expuso:

“(…) 3. Naturaleza jurídica y protección constitucional del derecho a la salud

La consagración normativa de la salud como derecho fundamental es el resultado de un proceso de reconocimiento progresivo impulsado por la Corte Constitucional y culminado con la expedición de la Ley 1751 de 2015, también conocida como Ley Estatutaria de Salud. El servicio público de salud, ubicado en la Constitución Política como derecho económico, social y cultural, ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia –con sustento en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)– en diversos pronunciamientos. Estos fallos han delimitado y depurando el contenido del derecho, así como su ámbito de protección ante la justicia constitucional, lo que ha derivado en una postura uniforme que ha igualado el carácter fundamental de los derechos consagrados al interior de la Constitución.

3.1. La naturaleza de la salud: servicio público esencial y derecho fundamental autónomo²

3.1.1 La salud fue inicialmente consagrada en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado y concebida como derecho económico, social y cultural por su naturaleza prestacional. Si bien se reconocía su importancia por el valor que tenía para garantizar el derecho fundamental a la vida –sin el cual resultaría imposible disfrutar de cualquier otro derecho³–, inicialmente se marcaba una división jerárquica entre los derechos de primera y segunda generación al interior de la Constitución: los primeros de aplicación inmediata y protección directa mediante acción de tutela (Capítulo I del Título II); los segundos de carácter programático y desarrollo progresivo (Capítulo II del Título II).⁴

3.1.2. Esta división fue gradualmente derribada por la jurisprudencia constitucional para avanzar hacia una concepción de los derechos fundamentales fundada en la dignidad de las personas y en la realización plena del Estado Social de Derecho. De esta manera, pese al carácter de servicio público de la salud, se reconoció que su efectiva prestación constituía un derecho fundamental susceptible de ser exigido a través de la acción de tutela. A continuación se hará una breve reseña de los pronunciamientos cruciales que desarrollaron la concepción de la salud como derecho fundamental en sí mismo.

Derecho fundamental por conexidad

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-171 del 07 de mayo de 2018, M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger

² La Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la salud, sin embargo, algunas de las sentencias más relevantes en torno al proceso de construcción de la salud como servicio público y derecho fundamental son: T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón; T-102 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-227 de 2003 M. P. Eduardo Montealegre Lynnet; C-463 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-875 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.; T-921 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy; T-053 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-120 de 2009, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; entre otras.

³ Tanto la jurisprudencia como la doctrina y la filosofía jurídica coinciden en considerar que el reconocimiento de la salud como un derecho parte del convencimiento de que el ser humano no puede existir dignamente y no puede realizar sus funciones vitales si carece de salud: “El ser disminuido en sus facultades solo puede ejercer sus funciones imperfectamente. A partir de allí el derecho a la vida se amplía e incorpora una serie de derechos más concretos como el derecho a la vida saludable e íntegra. La salud se constituye en el derecho del hombre a mantener y conservar del mejor modo posible su existencia humana –sus condiciones físicas y mentales– como requisito indispensable para ser lo que está llamado a ser” Arbeláez Rudas, Mónica, *Derecho a la salud en Colombia: el acceso a los servicios del sistema general de seguridad social en salud*, Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), 2006, pp. 71 y 71.

⁴ Al interior de la Carta Política la salud era entendida como un servicio público y solo se reconocía explícitamente como derecho fundamental en el caso de los niños según el artículo 44. En la actualidad la jurisprudencia constitucional ha reconocido para todas las personas el derecho fundamental autónomo a la salud.



3.1.3. Una de las primeras sentencias en ampliar la concepción de la salud como servicio público y avanzar hacia su reconocimiento como derecho fundamental fue la sentencia T-406 de 1992. En ella, se consideró que los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser considerados como fundamentales en aquellos casos en que sea evidente su conexión con un derecho fundamental de aplicación inmediata: probada esta conexión, sería posible su protección en sede de tutela. En ese sentido, en un primer momento la postura de la Corte Constitucional giró en torno a la posibilidad de intervenir y proteger el acceso a la salud de las personas por su “conexidad” con el derecho fundamental a la vida.

3.1.4. Es decir, según el criterio de “conexidad”, bajo ciertas circunstancias el acceso al servicio público de salud era susceptible de ser exigido por vía de tutela si se evidenciaba que su falta de prestación podía vulnerar derechos fundamentales, como la vida y la dignidad humana. El principal mérito de esta sentencia fue su aporte en la construcción de un verdadero Estado Social de Derecho al igualar, con fines de protección, los derechos económicos, sociales y culturales con los derechos fundamentales.⁵

Dignidad humana como base de los derechos fundamentales

3.1.5. Más adelante, en la sentencia T-227 de 2003, la Corte Constitucional en un esfuerzo por sistematizar su postura en torno a la definición de derechos fundamentales, señaló:

“Es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que valor central del sistema y principio de principios. Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella”⁶.

3.1.6. La Corte sostuvo en este pronunciamiento que el entendimiento de la persona y de la sociedad en clave del Estado Social de Derecho debe girar en torno de su dignidad humana y no principalmente en torno de su libertad. Es decir, se pone la libertad al servicio de la dignidad humana como fin supremo de la persona y de la sociedad. En ese contexto, la salud adquiere una connotación fundamental como derecho esencial para garantizar a las personas una vida digna y de calidad que permita su pleno desarrollo en la sociedad. Por ello, los derechos económicos, sociales y culturales, no serán un mero complemento de los derechos de libertad, sino que serán en sí mismos verdaderos derechos fundamentales.⁷

3.1.7. Esta postura marcó un nuevo avance en la concepción de la salud, pues determinó que el elemento central que le da sentido al uso de la expresión derechos fundamentales es el concepto de dignidad humana, el cual está íntimamente ligado al concepto de salud.

La salud como derecho fundamental autónomo

3.1.8. La anterior postura, basada en la dignidad del individuo como eje de los derechos fundamentales, contribuyó a superar la argumentación de la “conexidad” como estrategia para proteger un derecho constitucional. Esta nueva concepción advirtió que más allá de la discusión académica, no existe una verdadera distinción entre derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales. La Corte Constitucional fue clara al señalar en la sentencia T-016 de 2007 lo siguiente:

“Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos –unos más que otros– una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

⁷ Se elimina la distinción del Título II de la Constitución Política entre los derechos fundamentales del Capítulo I y los derechos económicos, sociales y culturales del Capítulo II por su clara interrelación en la realización efectiva de la dignidad humana en el marco de un Estado Social de Derecho.



caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental”⁸.

3.1.9. Finalmente, la sentencia central en el reconocimiento del acceso a los servicios de salud como derecho fundamental autónomo fue la sentencia T-760 de 2008. En este pronunciamiento la Corte se apoyó en los desarrollos internacionales y en su jurisprudencia precedente para trascender la concepción meramente prestacional del derecho a la salud y elevarlo, en sintonía con el Estado Social de Derecho, al rango de fundamental. En ese sentido, sin desconocer su connotación como servicio público, la Corte avanzó en la protección de la salud por su importancia elemental para la garantía de los demás derechos.

3.1.10. La mencionada sentencia señaló que todo derecho fundamental tiene necesariamente una faceta prestacional. El derecho a la salud, por ejemplo, se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, esta Corporación indicó que “la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela”⁹.

3.1.11. En síntesis, el derecho fundamental a la salud integra tanto la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona.¹⁰ (...).”

IX. CASO EN CONCRETO

La señora ESPERANZA RAMIREZ DE BONILLA, identificada con la cédula de ciudadanía número 28.378.764 de San Gil en contra de la CLÍNICA CHICAMOGCHA S.A, por la presunta vulneración de los Derecho Fundamental a la Salud, vida y seguridad social, debido a que no se ha programado y practicado a la señora ESPERANZA RAMIREZ BONILLA, el procedimiento REEMPLAZO PROTÉSICO TOTAL TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA, ordenado el pasado 15 de febrero de 2020, por el Doctor Gustavo Enrique Gómez Osorio, Especialista de Ortopedia y Traumatología, aparentemente autorizado por SANITAS EPS mediante orden de servicios N° 122652311.

Como supuestos fácticos del amparo impetrado, señala la tutelante que se encuentra afiliada a SANITAS EPS en calidad de cotizante pensionada; que el Doctor Gustavo Enrique Gómez Osorio, Ortopedia y Traumatología, adscrito a SANITAS EPS, le diagnosticó GONARTROSIS PRIMARIA BILATERAL, por lo que, en consulta del 15 de febrero de 2020, le ordenó el procedimiento REEMPLAZO PROTÉSICO TOTAL PRIMARIO TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA (DERECHA), cuya orden fue presentada a la EPS para su autorización y que autorización N° 122652311, la EPS SANITAS autorizó el procedimiento direccionado a la CLÍNICA CHICAMOGCHA S.A.

Asevera la accionante que por indicaciones de su médico tratante, una vez autorizado el procedimiento, debía comunicarse con la señorita JOHANNA, al teléfono 6850790 para programar la fecha y hora de la cirugía, pero hecho lo anterior se le informó que debía comunicarse para saber la disponibilidad de la cirugía debido a que había procedimientos pendientes desde hace tres meses; según la accionante su estado de salud como consecuencia de la patología es muy delicado y que según lo informado por la señora Johanna, la Clínica Chicamocha no está programando procedimientos quirúrgicos a personas mayores a los 65 años, lo que considera discriminatorio. Soportó lo anterior allegó Copia orden de cirugía; Copia autorización de Servicios N°122652311, procedimiento

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

¹⁰ La salud pasa de ser un derecho de los ciudadanos en relación con el Estado en el ámbito de prestación de un servicio público, para ser entendida como un derecho pleno, irrenunciable y exigible de la persona. Esta postura ha sido desarrollada, entre otras, por las sentencias: T-358 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-671 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt y T-104 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio.



REEMPLAZO PROTÉSICO TOTAL PRIMARIO TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA (DERECHA) e Historial clínico especialidad de ortopedia.

En contraposición, la CLINICA CHICAMOCHA S.A. a través del señor OSWALDO MATEUS MOSQUERA, Gerente General, informa que la accionante no tiene historia clínica en esa entidad, nunca ha sido vista por un médico ortopedista en esa Clínica y que desconocen su caso, que en cuanto a los hechos y pretensiones, la clínica ha seguido los lineamiento determinados pro el Gobierno Nacional, el Ministerio de Salud, por la defensa de la vida de los usuarios de mayor riesgo no están programando cirugías a pacientes mayores de 65 años, debido al aumento de casos del virus SAR COVID 19 en la ciudad de Bucaramanga y la población de adultos mayores, que según lo anunciado por el Ministerio de Salud y entes rectores, que la mortalidad en mayores de edad es la más frecuente y que estos pacientes son de más alto riesgo, pero que una vez se supere la situación, la Clínica Chicamocha S.A. no tendrá ningún inconveniente en facilitar sus instalaciones para que el médico tratante efectué el procedimiento.

Por su parte la EPS SANITAS a través de la Subgerente Regional, informa que la señora ESPERANZA RAMIREZ BONILLA, se encuentra afiliada en EPS Sanitas S.A.S. y ostenta la condición de cotizante dependiente con un IBC reportado de \$877.803.00, contado con 43 semanas de antigüedad ante el SGSSS; que la señora ESPERANZA RAMIREZ DE BONILLA, instaura acción de tutela en S.A.S., solicitando de manera inmediata la realización del procedimiento CIRUGÍA REEMPLAZO PROTÉSICO TOTAL PRIMARIO TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA ordenada por su médico tratante y que dentro de su escrito de tutela manifiesta que padece de la patología de M170: GONARTROSIS PRIMARIA, BILATERAL, para lo cual la EPS SANITAS S.A.S., ha suministrado todos los procedimientos y servicios requeridos y ordenados por sus médicos tratante entre los cuales se encuentran: -. CONSULTA DE CONTROL POR ORTOPEDIA DE RODILLA COD 122651509 DEL 17/02/2020 - ESTANCIA HOSPITALARIA Y REEMPLAZO PROTESICO TOTAL PRIMARIO TRICOMPARTIMENTAL SIMPLE DE RODILLA COD 122652311 DEL 17/02/2020 -.

Por lo anterior, la vinculada aduce que por recomendación del médico tratante de la señora ESPERANZA RAMIREZ DE BONILLA, informa que en vista de la actual situación de emergencia sanitaria por covid19, decretada por el actual gobierno nacional, y por pertenecer a la población con factor de riesgo (paciente diabética, hipertensa, obesidad), "es por esto que se protege la vida del paciente, instando al aislamiento preventivo y obligatorio, con seguimiento analgésico en casa hasta que las condiciones sociales y de salubridad permitan el ser intervenida con el mínimo riesgo, por lo que se debe tener en cuenta el PLAN DE ACCION PARA LA PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD DURANTE LAS ETAPAS DE CONTENCIÓN Y MITIGACIÓN DE LA PANDEMIA POR SARSCOV2 (COVID-19) emitido por el MINISTERIO DE SALUD y que en congruencia una vez se restablezcan las condiciones para proceder a la realización del procedimiento se le programara e informara a la accionante, en salvaguardando los derechos fundamentales en especial el estado de salud de la señora ESPERANZA RAMIREZ BONILLA, teniendo en cuenta sus patologías no es procedente lleva a cabo el procedimiento solicitado en la presente acción constitucional toda vez que requiere de estancia hospitalaria siendo aún más vulnerable de adquirir el virus actual SARS-COV2 (COVID-19).

Como pruebas allega copia del correo electrónico del 17 de julio de 2020 remitido por el Dr. Gustavo Enrique Gómez Osorio (Médico tratante de la accionante), quien, en respuesta a lo solicitado, mediante correo electrónico del 17 de julio avante, manifestó que:

- "...
1. Que la señora ESPERANZA RAMIREZ DE BONILLA, identificada con la CC 28378764 es mi paciente, a través de la EPS Sanitas.
 2. Que la Sra. En mención cursa actualmente con gonartrosis derecha, que constituye una enfermedad limitante en su actividad básica cotidiana.
 3. Que la Sra. Ramírez de Bonilla requiere de cirugía para reemplazo total de rodilla derecha.



Así mismo se complementa concepto con el hecho de que no se ha podido hacer la programación de dicho evento quirúrgico dada la contingencia actual de pandemia por COVID-19, lo cual ha hecho que los eventos quirúrgicos en las instituciones habilitadas para tal fin se limiten a las urgencia que comprometan la vida del paciente, lo cual no corresponde al caso en mención, así mismo el limitar el ingreso y contacto de personas mayores de 60 años con el medio hospitalario, dado su predisposición al contagio con consecuencia fatales; condición dentro de la que se encuentra la paciente en mención.

Es por esto que se protege la vida del paciente, instando al aislamiento preventivo y obligatorios, con seguimiento analgésico en casa hasta que las condiciones sociales y de salubridad permitan el ser intervenida con el mínimo riesgo.

Una vez las condiciones para tal fin se contactará a la paciente para dar curso a su tratamiento propuesto.

Atentamente,

*DR. GUSTAVO E. GOMEZ O.
Ortopedia- Traumatología U.I.S..."*

En ese orden de ideas, para este fallador queda claro que la solicitud elevada por la accionante obedece a una consideración subjetiva del misma, ya que si bien en principio correspondió a una orden concreta emanada de su médico tratante, dicha orden se ha postergado teniendo en cuenta el concepto médico y las actuales circunstancias excepcionales por la Pandemia COVID-19; en tal sentido, para este Juzgado resulta necesario precisar que en relación con el médico tratante y la prioridad de sus órdenes la Corte Constitucional en Sentencia T-345 de 2013, señaló:

"3. El concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud – Reiteración de Jurisprudencia

3.1. En múltiples ocasiones, diferentes Salas de Revisión de esta Corporación han señalado que los usuarios del Sistema de Salud tienen el derecho constitucional a que se les garantice el acceso efectivo a los servicios médicos necesarios e indispensables para tratar sus enfermedades, recuperar su salud y resguardar su dignidad humana.[13] Esto fue recogido por la sentencia T-760 de 2008 en la regla: toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, E.P.S., autorice el acceso a los servicios que requiere, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud', [14] pues lo que realmente interesa es si de aquel depende la dignidad y la integridad del peticionario y si el servicio ha sido ordenado por el médico tratante.[15]

En esta línea, la Corte ha resaltado que en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente.[16]

3.2. La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.[17]

En consecuencia, es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda



generar y es quién se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado de acuerdo con la evolución en la salud del paciente.

En este orden de ideas, siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico.[18] Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos, tal como podría ocurrir en el caso concreto.[19]

3.3. *Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, [20] pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.[21]*

Por supuesto, hay casos en los que, con mayor evidencia técnica y científica puede controvertirse la posición del médico tratante. Esto fue recogido por la sentencia T-344 de 2002[22] al establecer que para que el dictamen del médico pueda ser legítimamente controvertido “la opinión de cualquier otro médico no es suficiente. La base de la decisión negativa con-traria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante”.[23]

Así las cosas, existen casos en los que se pueden desatender las órdenes de los médicos tratantes y ello es constitucionalmente legítimo en tanto la decisión contraria a lo prescrito por el médico tratante (i) se fundamente en la mejor información técnica o científica (ii) en la historia clínica del paciente, y las particularidades relevantes del caso concreto, estipulando claramente las razones por las cuales ese determinado servicio de salud ordenado no es científicamente pertinente o adecuado y (iii) especialmente cuando está en riesgo la vida y la integridad personal del paciente...”.

“Así los servicios de salud de cualquier tipo y clase que deben prestar las E.P.S., entre ellas los medicamentos, no son aquellas prestaciones que el ciudadano desde un punto de vista meramente subjetivo considere conveniente para él, sino aquellas prestaciones en salud que el médico tratante, con un criterio científico objetivo ha determinado que necesita el paciente para recuperar su salud. Por ello, estas órdenes médicas no revisten un carácter arbitrario e irrazonable, sino que por el contrario se encuentran plenamente justificadas con base en criterios científicos, razón por la cual considera la Corte que las prestaciones en salud ordenadas por el médico tratante adquieren una fundamentabilidad concreta respecto del paciente en razón de la finalidad última de proteger el derecho fundamental a su salud.”.

En vista de lo anterior, como primera medida, para el caso en concreto debe descartarse que la CLÍNICA CHICAMOCHA S.A, no ha socavado los Derechos Fundamentales de la señora ESPERANZA RAMIREZ DE BONILLA, ya que su postura corresponde a los parámetros trazados por las autoridades en salud a nivel nacional, como tampoco lo ha hecho la EPS SANITAS como aseguradora en salud, pues en efecto ante las vicisitudes que actualmente nos aquejan, y las disposiciones del Gobierno Nacional, Departamental y Municipal con ocasión de la Pandemia COVID-19, los ciudadanos Colombianos y habitantes del territorio nacional deben acatar las directrices encaminadas a prevenir el contagio del Virus, que para el caso en concreto significa que mientras perdure la ETAPA DE CONTENCIÓN Y MITIGACION de la pandemia, el procedimiento que requiere la tutela no puede realizarse, precisamente en atención al concepto médico científico de su médico tratante que busca resguardar su integridad física en atención a que



hace parte de la población altamente vulnerable a la pandemia, por lo que se negará la acción de tutela instaura en contra de la CLÍNICA CHICAMOCHA S.A., y así se dispondrá en la parte resolutive.

Adicionalmente, al no advertirse amenaza o vulneración de Derechos Fundamentales por parte de la EPS SANITAS y de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, se procederá a su desvinculación del presente trámite tutelar.

Finalmente se reconocerá personería para actuar en el presente asunto al Abogado JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 1.085.251.376 expedida en Pasto, portador de la Tarjeta Profesional N° 210.417 del C.S.J como apoderado de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, en los términos y para los fines del poder conferido.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE SAN GIL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR la acción de tutela instaurada por la señora ESPERANZA RAMIREZ DE BONILLA, identificada con la cédula de ciudadanía número 28.378.764 de San Gil en contra de la CLÍNICA CHICAMOCHA S.A, en los términos y por las razones previstas en el presente proveído.

SEGUNDO. DESVINCULAR de la presente acción a la EPS SANITAS y a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, de acuerdo a lo esbozado en la parte motiva.

TERCERO. RECONOCER PERSONERÍA para actuar en el presente asunto a asunto al Abogado JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 1.085.251.376 expedida en Pasto, portador de la Tarjeta Profesional N° 210.417 del C.S.J como apoderado de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, en los términos y para los fines del poder conferido, respectivamente.

CUARTO. Por el Centro de Servicios para Adolescentes notifíquese esta providencia a todos los interesados en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 y 5 del Decreto 306 de 1992.

QUINTO. Contra esta decisión procede la IMPUGNACIÓN presentada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

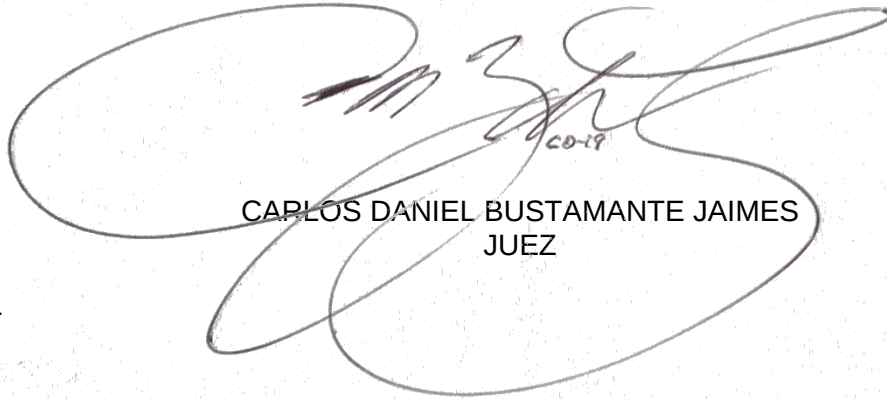
SEXTO. Si no fuere impugnada, atendiendo el **ACUERDO PCSJA20-11594** del 13/07/2020, “Por medio del cual se regula la remisión de expedientes de tutela a la Corte Constitucional para el trámite de su eventual revisión”, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

SEPTIMO. A costa de la parte interesada expídase fotocopias auténticas de la presente sentencia, de así requerirlo.

OCTAVO. EXCLUIDA DE REVISIÓN, previas las anotaciones de rigor, ARCHÍVENSE las diligencias.



NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CDBJ

CARLOS DANIEL BUSTAMANTE JAIMES
JUEZ

CDBJ/Cacl.