

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

JUZGADO 28 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO

Bogotá D.C., 28 de marzo de 2022

I. OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Decidir la acción de tutela promovida por **MARTHA NELLY NIÑO CORTÉS** en contra de la **IPS COLSUBSIDIO** y la **EPS FAMISANAR**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud en conexidad a la vida, seguridad social y petición.

II. HECHOS

La accionante señaló, que tiene 65 años de edad y se encuentra afiliada a la EPS FAMISANAR en la cual tiene como IPS primaria la de Colsubsidio, indicando que el día 16 de febrero de 2022 tuvo cita con el médico cirujano, el cual le ordenó la práctica de la cirugía de COLECISTECTOMIA VIA LAPAROSCOPIA y consulta preanestesia en la Clínica Calle 94 de Colsubsidio. Alega que la EPS FAMISANAR de manera contraria a lo ordenado por su médico tratante, mediante la autorización N.0296-83223618 le autorizó la cirugía para la Clínica Roma, lugar que le queda al otro lado de la ciudad y le impide asistir a la misma.

Refiere que el 25 de febrero de 2022, solicitó ante FAMISANAR el cambio de autorización para la calle 94, frente a lo cual se le informó que retomara por parte de la IPS CAPITADORA, razón por la cual radicó petición ante la entidad el 8 de marzo de 2022 reiterando la solicitud de autorización de la cirugía y consulta preanestesia para la Calle 94 y no para la Clínica Roma, recibiendo respuesta el 10 de marzo de 2022 en la cual la EPS reitera la autorización para la Clínica Roma.

Por lo anterior, solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la salud

en conexidad a la vida, seguridad social y petición y en consecuencia se ordene a la IPS COLSUBSIDIO y a la EPS FAMISANAR, la práctica de la cirugía COLECISTECTOMIA VIA LAPAROSCOPIA conforme a la orden 33321147 prescrita por su médico tratante donde se le direcciona a la Calle 94 para la cirugía y consulta de preanestesia.

III. ACTUACIÓN PROCESAL Y RESPUESTA

El 14 de marzo de 2022, se accedió a la medida provisional solicitada, se admitió la tutela y se ordenó correr traslado de la demanda y sus anexos a la **EPS FAMISANAR** y a la **IPS COLSUBSIDIO**, a fin de pronunciarse sobre la acción de tutela instaurada en su contra, y se vinculó a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-**, por cuanto podría verse eventualmente afectada con el fallo que se profiera.

1.- El Apoderado de la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-** alega la falta de legitimación en la causa por la pasiva como quiera que es función de la EPS, y no de la Administradora, la prestación de los servicios de salud, ni tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a dicha entidad.

2.- La Directora de Gestión del Riesgo Poblacional de la **E.P.S. FAMISANAR**, indicó que en cumplimiento de la medida provisional ordenada por este juzgado, “Se solicita cita consulta preanestésica asignada y confirmada así: 26/04/2022 8:20 a.m. IPS COLSUBSIDIO calle 94. Es de subrayar, que posterior a dicha cita se le asignará la programación de la cirugía requerida según pertinencia médica (...)”, aclarando que la entidad que representa no ha hecho negación ni dilación alguna en los servicios médicos requeridos, pues siempre ha gestionado de manera oportuna las órdenes medicas emitidas, argumentando en consecuencia, la existencia de un hecho superado en la medida en la cual la prestación sobre la cual solicita amparo ya ha sido satisfecha.

3. La abogada de la **CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO** informa que la señora Martha Nelly Niño Cortés, de 65 años de edad presenta antecedentes de Dislipidemia, síndrome de colon irritable, gastritis crónica, prediabetes, nefrolitiasis izquierda sin efecto obstructivo, síndrome de vejiga hiperactiva, quiste renal simple derecho, en seguimiento por los servicios de Urología, Cirugía General, Medicina interna y Medicina general. Argumenta que, en lo que respecta al motivo de la presente acción de tutela, la paciente, fue valorada el día 16 de febrero de 2022 por parte de cirugía general con lectura de ecografía de hígado, páncreas, vía biliar y vesícula, tomada el 17 de diciembre de 2021 que evidencia: Esteatosis hepática, colelitiasis múltiple con colecistitis crónica, por lo que se considera requiere manejo quirúrgico, se da orden de colecistectomía por Laparoscopia, se solicitan laboratorios prequirúrgicos incluyendo perfil hepático y valoración preanestésica. Agrega que, revisada la historia clínica, se observa que la paciente cuenta con las siguientes citas asignadas: Cita para toma de laboratorio clínico: 16 de marzo de 2022, cita para toma de electrocardiograma: 07 de abril de 2022, cita para consulta preanestésica: 26 de abril de 2022. Igualmente, para garantizar la continuidad del proceso, se agenda mediante comunicación con la usuaria al teléfono 3006381530 cita Electrocardiograma el 25 de marzo de 2022 a las 18:000 en Centro Médico Portal Norte y cita de anestesiología para el 26-04-2022 a las 08:20 en Clínica 94, paciente acepta y confirma asistencia.

Por último, aclara que posteriormente a la consulta de anestesiología se programará la Cirugía COLECISTECTOMIA VIA LAPAROSCOPICA en IPS CALLE 94, argumentando que por parte de IPS COLSUBSIDIO se ha brindado una atención pertinente, adecuada, continua y oportuna ante las patologías que presenta la paciente, con el equipo médico necesario sin ninguna barrera de acceso.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURIDICOS

4.1. Problema Jurídico

Compete establecer si en este caso, la **EPS FAMISANAR Y LA IPS COLSUBSIDIO**, están vulnerando el derecho de salud en conexidad a la vida, seguridad social y petición de la señora **MARTHA NELLY NIÑO CORTÉS** al no

autorizar y practicar la consulta preanestesia y cirugía de COLECISTECTOMIA VIA LAPAROSCOPIA en la Clínica Calle 94 de Colsubsidio tal como las ordenó su médico tratante sino al haber autorizado la práctica de dichos servicios médicos para la Clínica Ciudad Roma de Colsubsidio.

Para ello se analizará en primer lugar la procedibilidad de la acción de tutela, en segundo lugar, el derecho fundamental de salud en conexidad a la vida y derecho de petición, y luego lo probado en el caso concreto.

4.2. Procedibilidad

- **Legitimación Activa**

De conformidad con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser ejercida i) directamente por la persona afectada o a través de representante, ii) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, iii) mediante agencia oficiosa cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

En el presente evento, se satisface la primera de las posibilidades dado que la señora **MARTHA NELLY NIÑO CORTÉS**, actúa de manera directa en defensa de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad a la vida, seguridad social y petición. Así pues, la accionante está legitimada para actuar en la presente acción de tutela.

- **Legitimación Pasiva**

Según lo establecido en los artículos 1, 5 y el numeral 2° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares en ciertos eventos en los que el accionante se encuentre en situación de subordinación o indefensión. En este evento la **EPS FAMISANAR y la IPS COLSUBSIDIO**, son entidades particulares, a las cuales se les atribuye la violación de los derechos fundamentales a la salud en conexidad a la

vida, seguridad social y petición, acción frente a la cual la accionante se encontraría en estado de indefensión para lograr obtener la prestación del servicio de salud, por la entidad en la que se encuentra afiliada y su IPS primaria, por lo tanto, las accionadas son demandables en proceso de tutela.

- **Inmediatez**

La acción de tutela fue presentada el 14 de marzo de 2022, fecha que resulta razonable, si se tiene en cuenta que las entidades accionadas no han gestionado y coordinado lo pertinente para la autorización y práctica de la consulta preanestesia y cirugía de COLECISTECTOMIA VIA LAPAROSCOPIA en la Clínica Calle 94 de Colsubsidio, tal como las ordenó su médico tratante. En esa medida, **MARTHA NELLY NIÑO CORTÉS**, cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que presentó la acción de tutela en vigencia de la presunta vulneración de sus derechos.

- **Subsidiariedad**

El artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela "*solo 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*". Esta disposición es desarrollada por el artículo sexto del Decreto 2591 de 1991, que ratifica la procedencia de la acción de tutela cuando las vías ordinarias no tengan cabida o cuando no resulten idóneas para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, respecto al caso particular es menester resaltar que los derechos a la salud, vida, seguridad social y petición como derechos fundamentales pueden ser garantizados por medio de acción de tutela, especialmente cuando de la conducta vulneratoria alegada se desprenda una afectación grave al titular de los derechos, como acontece en el presente caso, en el que pese a la orden médica las accionadas procedieron a autorizar la consulta de pre anestesia y cirugía de COLECISTECTOMIA VIA LAPAROSCOPIA en la Clínica Ciudad Roma de Colsubsidio y no en la IPS Calle 94 de Colsubsidio, como lo ordeno el médico tratante de la accionante.

4.3. Derecho fundamental a la salud

En Sentencia T -178 de 2017, se establece que *“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”*

4.4. Caso concreto

En el presente caso, **MARTHA NELLY NIÑO CORTÉS** interpuso acción de tutela en contra de la **IPS COLSUBSIDIO** y la **EPS FAMISANAR**, ante la falta de autorización y práctica de la consulta de preanestesia y cirugía de COLECISTECTOMIA VIA LAPAROSCOPIA en la IPS Calle 94 de Colsubsidio, tal y como fuera prescrita por el médico tratante el 16 de febrero de 2022, según consta en la presente acción constitucional.

Por su parte las entidades accionadas aseguraron que respecto al servicio médico que requiere la accionante se asignó cita de consulta preanestésica para el 26 de abril de 2022 las 8:20 a.m. en la IPS COLSUBSIDIO calle 94 y que una vez la usuaria acudiera a esta cita se programaría la cita de la cirugía de COLECISTECTOMIA VIA LAPAROSCOPIA, lo que fue corroborado por la accionante, la cual fue contactada vía telefónica por parte de este despacho con el fin de verificar si se le había practicado dicho procedimiento quirúrgico, la cual manifestó que *“(...) le adelantaban la cita de preanestesia para el día 25 de marzo de 2022, la cual no aceptó ya que ese mismo día tenía la cita para la realización del examen electrocardiograma, cuyo resultado tenía que llevar para la cita con el anesthesiólogo, por lo que le programaron esta cita para el 26 de abril de 2022 y que de igual manera la EPS le emitió pre autorización el 16 de marzo de 2022 para la cirugía remitiéndola a la IPS Calle 94”*, tal y como se consignó en constancia

secretarial del 23 de marzo de 2022, motivo por el cual la accionante allega vía correo electrónico la mencionada pre autorización.

Ahora bien, las entidades accionadas, indicaron que al haberse asignado cita de consulta por anestesiología a la paciente para el día 26 de abril de 2022, el hecho que dio origen a la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante cesó, razón por la cual se configura un hecho superado, situación que no comparte este despacho, pues si bien es cierto, ya se asignó la cita en mención, no es menos cierto que, aún queda pendiente la asignación de la cita para la realización de la cirugía COLECISTECTOMIA VIA LAPAROSCOPICA en la IPS CALLE 94 DE COLSUBSIDIO y por lo tanto la misma no se ha materializado aún, pese a la medida provisional decretada por este despacho el 14 de marzo de 2022.

Téngase en cuenta que la señora **MARTHA NELLY NIÑO CORTÉS** padece de “ESTEATOSIS HEPÁTICA COLELITIASIS MULTIPLE CON COLECISTITIS CRONICA SINTOMÁTICA”, diagnóstico que le genera dolor y molestias que la obligaron a requerir atención médica en la cual, luego de practicársele los exámenes médicos correspondientes y de acuerdo a los hallazgos encontrados en los mismos, según historia clínica que allegara al presente trámite, su médico tratante, el Doctor Fernando Gutiérrez, adscrito a la IPS Clínica Colsubsidio consideró pertinente el manejo quirúrgico y por ende prescribió la práctica del procedimiento médico en cuestión, con el fin de contrarrestar sus molestias, pues evidentemente obran formulas médicas de fecha 16 de febrero de 2022 en las que se prescribe la CONSULTA PRE ANESTESIA PAQUETE DE CIRUGIA para que sea practicada en la IPS CALLE 94 DE COLSUBSIDIO, así como la CIRUGÍA COLECISTECTOMIA VIA LAPAROSCOPICA para que igualmente sea practicada en dicha IPS.

Obsérvese de lo anterior, que razón le asiste a la accionante, al pretender mediante el mecanismo preferente de la acción de tutela, se protejan sus derechos fundamentales y se ordene a las entidades accionadas la prestación de los servicios requeridos, en atención a que la EPS FAMISANAR procedió a autorizar la práctica de la consulta de pre anestesia y la CIRUGÍA COLECISTECTOMIA VIA LAPAROSCOPICA en la Clínica Ciudad Roma de Colsubsidio y no en la IPS CALLE 94 DE COLSUBSIDIO, sin tener en cuenta que la orden del galeno se emitió con dirección a este específico centro lo que debe obedecer a la necesidad y

particularidades de la paciente, por lo que no puede autónoma y arbitrariamente modificarse al momento de expedir la respectiva autorización sin evidenciar razón alguna y más cuando la accionante aduce que quedaría a una gran distancia de su lugar de domicilio a la Clínica Ciudad Roma a donde fue remitida, de acuerdo a la pre autorización emitida el 16 de febrero de 2022 allegada por la accionante, lo que, por su edad, podría afectar sus derechos fundamentales y su salud.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que la señora NIÑO CORTÉS se trata de una persona de la tercera edad, lo que, permite clasificarla dentro de aquellos sujetos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, en razón de ello, se le ha impuesto al Estado, la sociedad y, por supuesto, los jueces constitucionales, el deber de adoptar medidas que comporten efectivamente una protección reforzada, teniendo en cuenta que entre mayor sea la desprotección de estos sujetos, mayor deben ser las medidas de defensa que se deberán adoptar¹.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-014 de 2017, M.P. Gabriel Mendoza Martelo, ha reiterado que *“es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”*

En ese orden de ideas y dadas las particularidades del presente caso como la necesidad que se evidencia de la prestación de los servicios, se encuentra que sí se configuran los elementos necesarios para que se conceda la presente acción de tutela, y se protejan los derechos a la salud en conexidad a la vida de la ciudadana **MARTHA NELLY NIÑO CORTÉS**, razón por la cual se ordena a la **IPS COLSUBIDIO** y la **EPS FAMISANAR**, que en un plazo máximo de cuarenta y (48) horas contadas a partir de la notificación de esta tutela, asigne cita y practique el procedimiento quirúrgico de “COLECISTECTOMIA VIA LAPAROSCOPICA en la IPS CALLE 94 DE COLSUBISIDIO” así como la CONSULTA PRE ANESTESIA PAQUETE DE CIRUGIA para que sea practicada en la IPS CALLE 94 DE COLSUBISIDIO, tal como fue

¹ Ver Sentencias T-443 de 2007 y T-062A de 2011

ordenado por su médico tratante. Por lo tanto, se reitera la medida provisional decretada mediante auto de fecha 14 de marzo de 2022.

Por otro lado, la accionante alega la presunta vulneración al derecho fundamental de petición, respecto al derecho de petición que radicó ante la EPS FAMISANAR el 8 de marzo de 2022 solicitando la autorización de la cirugía COLECISTECTOMIA VIA LAPAROSCOPICA en la IPS CALLE 94 DE COLSUBSIDIO debido que se le habían autorizado en la Clínica Roma de Colsubsidio.

No obstante a ello, revisada la respuesta emitida por la EPS FAMISANAR, la cual es allegada por la misma accionada, se evidencia que dicha entidad dio cumplimiento a los anteriores requisitos jurisprudenciales, pues emitió de manera oportuna la respuesta en mención, ya que lo hizo el día 10 de marzo de 2022, así mismo se pronunció de fondo frente a lo requerido, de manera clara y congruente al informarle a la señora MARTHA NELLY NIÑO CORTÉS que de acuerdo a su petición se generaba autorización en esa misma fecha para la cirugía en cuestión en Clínica Ciudad Roma de Colsubsidio, información que pese a que no respondió de manera satisfactoria a los intereses de la peticionaria quien pretendía el cambio de la autorización para la IPS Calle 94 de Colsubsidio, dicha respuesta si cumplió con los requisitos para garantizar su derecho fundamental de petición, razón por la cual no existió vulneración al mismo y en ese sentido se negará la presente acción de tutela frente a este derecho.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y vida de la señora **MARTHA NELLY NIÑO CORTÉS**, vulnerados por el Representante Legal de la **IPS COLSUBSIDIO** y la **EPS FAMISANAR**, según se consideró en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal y/o quien estatutariamente haga sus veces de **FAMISANAR EPS y la IPS COLSUBSIDIO**, para que dentro de un plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta tutela, asignen cita y practiquen el procedimiento quirúrgico de “COLECISTECTOMIA VIA LAPAROSCOPICA en la IPS CALLE 94 DE COLSUBISIDIO” así como la CONSULTA PRE ANESTESIA PAQUETE DE CIRUGIA para que sea practicada en la IPS CALLE 94 DE COLSUBISIDIO, a la señora MARTHA NELLY NIÑO CORTÉS, tal como fue ordenado por su médico tratante el 16 de febrero de 2022. Por lo tanto, se reitera la medida provisional decretada mediante auto de fecha 14 de marzo de 2022.

TERCERO: NO TUTELAR el derecho fundamental de petición de la señora MARTHA NELLY NIÑO CORTÉS ante la inexistencia de vulneración del mismo por parte de la EPS FAMISANAR, conforme se determinó en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO: NOTIFICAR la sentencia de acuerdo con las previsiones del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, en el evento de que no sea impugnada, remitir la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CATALINA RÍOS PEÑUELA

**JUEZA 28 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE
BOGOTÁ**