

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN DE TUTELA Ref.: 11001 40 03 057 2020 00341 00

Cumplido el trámite de rigor procede el Despacho a proferir el fallo que en derecho corresponda dentro del asunto del epígrafe.

ANTECEDENTES

1. La señora María Eugenia Cardona, formuló acción de tutela en contra de la EPS Famisanar a efecto de obtener el amparo de los derechos fundamentales a la salud, vida e integridad personal.

2. Como soporte fáctico de su accionar, en esencia adujo que el 3 de octubre de 2017 la EPS accionada, después de ser atendida por un especialista en Oftalmología, le ordenó la operación Enucleación con Implante Protésico e Injerto de Esclera, siendo remitida a la Fundación Oftalmológica Nacional FUNDONAL).

2.1. El 25 de julio de 2018, nueve meses después de la primera orden, *“...en dicha ocasión ya no me atienden por que la orden se había vencido y los exámenes no podían ser realizados”*.

2.2. El 1 de marzo de 2019, presentó un derecho de petición ante la EPS encartada, ya que su visión empeoraba cada día más, y mediante comunicado el día 13 del mismo mes y año le informaron que, si bien la cirugía estaba autorizada desde el año 2017, no habían podido prestar el servicio, y que debía empezar de nuevo todo el procedimiento, *“... y siga esperando, respuesta que siento que vulnera todos mis derechos pues llevó (4) años intentado que se me realice dicha operación y mi salud empeora con los días, teniendo en cuenta que mi visión es cada vez más precaria”*.

3. Pretende a través de esta queja el amparo de las prerrogativas invocadas, ordenando a la EPS encartada suministre el tratamiento, procedimiento y terapias con el fin de lograr la recuperación de la visión de la tutelante, y *“...no dañe mi calidad de vida de ahora en adelante”*, y la cirugía Enucleación con Implante Protésico e Injerto

de Esclera que del sustrato del memorial inicial se advierte con orden médica del 27 de abril de 2017, cuyo tenor se lee: “...*Enucleación con injerto demo graso SOD*”

4. Una vez admitida la tutela y notificada en legal forma a la accionada **EPS FAMISANAR**, a través de su Director Comercial Sabana Norte, señaló que la programación de la Enucleación con Implante Protésico e Injerto de Esclera solicitado por medio de la presente acción se encuentra debidamente autorizada bajo el código ISS-2001-164003 de fecha 27 de julio de los cursantes, sin embargo, precisa que la responsabilidad subjetiva del cumplimiento cabal y oportuno es compartida y no atañe única y exclusivamente a la EPS, sino también a las IPS (Instituciones Prestadores de Salud), actores diferentes y ajenos a la EPS, y donde se encuentra dirigido el servicio autorizado, dado que, la programación para la práctica de procedimientos y consultas médicas se realiza a través de éstas (IPS).

5. La **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD**, al descorrer el traslado, informó que la accionante (de 40 años de edad) se encuentra activa al Régimen Contributivo en salud a través de la EPS Famisanar, y que según el concepto médico que adjunta, la paciente presenta diagnóstico de Ceguera Monocular, cuenta con orden de servicios atinente al procedimiento denominado Enucleación con Implante Protésico con código CUPS 164002, el cual se encuentra dentro del plan de beneficios a cargo de la EPS accionada, quien es la responsable no sólo de autorizar dicho procedimiento, de acuerdo a lo previsto en el Decreto 2106 de 2019 (artículo 105), artículo 125 del Decreto Ley 019 de 2012, y de acuerdo a lo dispuesto en la Circular 036 de la Secretaría de Salud que se deriva de la Directiva Presidencial del 5 de mayo de 2020 – Orientaciones para la Restauración gradual de los servicios de salud en las fases de mitigación y control de la emergencia sanitaria por Covid-19-.

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela se constituye como un mecanismo previsto en la Constitución Política de 1991, cuyo fin primordial es la protección de los derechos fundamentales en caso de amenaza o violación por las autoridades públicas o los particulares, viabilizándose cuando no existe otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable (art. 86 C.P. y Decreto 2591 de 1991).

2. En esta ocasión se invoca la protección de las anunciadas prerrogativas, por cuanto, según se dijo, la EPS FAMISANAR no ha realizado a la señora MARÍA

EUGENIA CARDONA el tratamiento, procedimiento, terapias (no hay orden médica) con el fin de lograr la recuperación de su visión, y la cirugía Enucleación con Implante Protésico e Injerto de Esclera, que del sustrato del escrito inicial se advierte, con orden médica del 27 de abril de 2017, cuyo tenor se lee: “...*Enucleación con injerto demo graso SOD*”.

3. El artículo 2 de la Ley 1751 de 2015, establece que **la salud** es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, “...*Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado*”.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-062 de 2017 señaló que “...*en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela*.”

Lo anterior cobra mayor importancia cuando se trata de sujetos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, como es el caso de los niños, las personas de la tercera edad, quienes sufren de enfermedades catastróficas, entre otras, como por ejemplo, todo tipo de cáncer, y también sujetos que padecen algún tipo de discapacidad, puesto que, sumado a la prestación de un servicio de calidad y un tratamiento eficiente e integral para la enfermedad que se padezca, estos merecen una especial protección por parte del Estado”.

4. Los elementos probatorios allegados revelan que la tutelante se encuentra activa en el Régimen Contributivo a través de la EPS Famisanar, según se lee de la Solicitud de Servicios N. 1 de fecha 5 de julio de 2017 aportada al libelo, información que fue corroborada a través de la consulta efectuada en la página web de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, donde se observa que dicha vinculación lo es en calidad de cotizante desde el 9 de junio de 2016,¹ presenta

¹ Consulta efectuada el día de hoy, a través de la página web de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES

https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=mL3blsx4D68Na+Ydeg8nMg==

diagnóstico de “*TRAUMA CON OBJETO DE MADERA EN OD A LOS 7 AÑOS DE EDAD CON PÉRDIDA DE LA VISIÓN DESE REHABILITACIÓN (...) PÉRDIDA DEL OJO DERECHO (...)*” conforme se lee de la Histórica clínica adjunta al escrito inicial, requiriendo el tratamiento, procedimiento, terapias con el fin de lograr la recuperación de su visión, y la cirugía Enucleación con Implante Protésico e Injerto de Esclera que del sustrato del memorial inicial se advierte, con orden médica del 27 de abril de 2017, cuyo tenor se lee: “...*Enucleación con injerto demo graso SOD*”; la cual a la fecha no ha sido adelantada.

5. En principio pareciera ser que la queja Constitucional no se propuso de manera tempestiva, teniendo en cuenta que los hechos que sirvieron de base para la presente acción, según los fundamentos fácticos expuestos en ella, datan del 13 de marzo de 2019, fecha en la cual, la EPS Famisanar profirió respuesta al derecho de petición invocado por la accionante, con relación a la autorización y realización del procedimiento denominado Enucleación con implante protésico ordenado el 5 de abril de 2017 y “autorizado” desde el 25 de julio de 2018, el cual, según se narra no se ha efectuado (hechos 1, 2, 4 y la copia de la respuesta proferida por la EPS encartada), en tanto que la acción Constitucional se impetró el 23 de julio de 2020, según Acta Individual de Reparto, es decir, aproximadamente transcurridos **un año (1) y cuatro (4) meses**, lo que derivaría en su falta de inmediatez, habida cuenta que aquella debe ejercitarse tan pronto ocurre la vulneración o amenaza al derecho fundamental, pues de lo contrario se desvirtúa el carácter inmediato del amparo.²

Sin embargo y como quiera que la accionante considera que la afectación a sus derechos emerge de la presunta negativa u omisión de la realización del procedimiento quirúrgico ordenado en el año 2017 (hace más de tres años), por parte de la EPS encartada, quien en últimas se pronunció al respecto en el año 2019, la violación al derecho fundamental a la salud es evidente, pues a pesar de que la señora María Eugenia Cardona desde el año 2017 cuenta con el diagnóstico de “...*TRAUMA CON OBJETO DE MADERA EN OD A LOS 7 AÑOS DE EDAD CON PÉRDIDA DE LA VISIÓN DESE REHABILITACIÓN Y AÑADE DOLOR EN DICHO OJO OCASIONAL*” y la autorización para la realización del procedimiento denominado Enucleación con Injerto Demograso (pre- autorizado el 5 de julio de

² Sentencia T-332 de 2015 “...*el principio de inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, por lo que su interposición debe ser oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados. La petición ha de ser presentada en un tiempo cercano a la ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos. Si se limitara la presentación de la demanda de amparo constitucional, se afectaría el alcance jurídico dado por el Constituyente a la acción de tutela, y se desvirtuaría su fin de protección actual, inmediata y efectiva de tales derechos*”.

2017), el mismo no se ha realizado por la conducta negligente y omisiva de la EPS, sin que se presente una causa que justifique tal demora.

Aquí resulta equivocado pensar que se da un hecho superado, como lo quiere hacer ver la EPS al contestar la queja constitucional al señalar que en aras de cumplir con la efectiva garantía de la prestación del servicio, realizó una vez más la “...renovación de la autorización de la siguiente manera “**ENUCLEACIÓN CON IMPLANTE PROTÉSICO E INJERTO DE ESCLERA AUT N 248-65502295 IPS FUNDACIÓN OFTAMOLÓGICA NACIONAL FUNDONAL...**”; lo cierto es que el *petitum* gravita en que hace más de tres años el procedimiento no se ha provisto y la EPS lo único que ha hecho es mantener a la paciente en un círculo vicioso de renovación de autorizaciones para la realización del procedimiento sin cumplir su deber de prestar pronta, oportuna y eficientemente el servicio de salud requerido.

Una de las obligaciones de las EPS (Entidades Promotoras de Salud), es la prestación del servicio de salud a cada uno de sus contribuyentes, mediante las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) que hagan parte de su red contratada, de acuerdo a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación contenidos en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993,³ además,

3 ARTÍCULO 2o. PRINCIPIOS. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

b. UNIVERSALIDAD. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;

c. SOLIDARIDAD. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables.

d. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley;

e. UNIDAD. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y

f. PARTICIPACIÓN. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

del de continuidad descrito en el literal d) de la Ley Estatutaria 1751 de 2015,⁴ puesto que todas las personas (usuario y afiliados) tiene derecho a acceder a los servicios y tecnologías de salud, que garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad (literal a artículo 10 Ley Estatutaria 1751 de 2015) con el fin de obtener una recuperación de sus patologías, por lo que, ante la omisión de dicha atención médica, que indudablemente está en cabeza de las EPS infringe el principio de integralidad de dicha prestación, que debe ser garantizada mediante la autorización completa de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiere para el cuidado de su patología,⁵ y así mismo proveerlos y/o adelantarlos de acuerdo a las previsiones descritas por los galenos tratantes. Responsabilidad que en todo caso no puede fragmentarse en cuanto a su deber con ente prestador del servicio de salud.⁶

De manera tal que no puede aducir que “... Sin embargo, debe precisarse que la responsabilidad subjetiva del cumplimiento cabal y oportuno es compartida y no atañe única y exclusivamente a esta entidad, sino que también a la IPS (Instituciones prestadoras de Salud) (...) donde se direccionan los servicios, por tal razón es necesario conformar el Litisconsorcio necesario vinculando al presente trámite a la IPS Fundación Oftalmológica Nacional Fundonal para que programen y practiquen los procedimientos de manera inmediata y dentro de los términos descritos en la autorización de servicios ”; porque su responsabilidad no puede ser fragmentada, además, acorde al principio de protección integral establecido en el numeral 3 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993,⁷ y el de oportunidad prescrito en el numeral 2 del artículo 2.1.2.1 del capítulo 2 del título 1 de la parte 5 del Decreto 780 de 2016,⁸ **es deber de la E.P.S garantizar**

4 “...d) Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas...”

5 Sentencia T-010/19

6 Artículo 8°. La integralidad. 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.

⁷ Numeral 3. “Protección integral. El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”.

⁸ Numeral 2. “Oportunidad. Es la posibilidad que tiene el usuario de obtener los servicios que requiere, sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o su salud. Esta característica se relaciona con la organización de la oferta de servicios en relación con la demanda y con el nivel de coordinación institucional para gestionar el acceso a los servicios”.

la efectiva realización del procedimiento a la señora Cardona, con el fin de mejorar su estado de salud, debido a su diagnóstico surgido de la pérdida de su visión (historia clínica médica – página 11 PDF escrito de tutela)⁹, más aún cuando existe un concepto¹⁰ emitido por un profesional de la salud que determinó la pertinencia de lo aquí requerido.¹¹

Prestación del servicio de salud (intervención quirúrgica), que además debe sujetarse a las reglas establecidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, y la Secretaría de Salud, en la citada normatividad (Resolución No. 536 del 31 de marzo de 2020 y Circular 036 del 22 de mayo de 2020), es decir, que debe programar la realización del procedimiento aquí requerido teniendo en cuenta las recomendaciones para la organización operativa de servicios ambulatorio, hospitalario, cirugía y otros en el marco de las Emergencia por Covid-19 fase de mitigación descritas en la citada Circular 036, y que establece la reactivación de los procedimientos quirúrgicos y/o diagnósticos de los pacientes que tuvieron aplazamiento o aquellos pacientes que por su programación habitual podrían ser atendidos en fechas posteriores a la expedición de dicha regulación (Circular 036).¹²

⁹ “...**PACIENTE QUIEN SUFRIÓ TRAUMA CON OBJETO DE MADERA EN OD A LOS 7 AÑOS DE EDAD CON PÉRDIDA DE LA VISIÓN DESEA REHABILITACIÓN Y AÑADE DOLOR EN DICHO OJO OCASIONAL**”.

¹⁰ Pre- Autorización de Servicios con fecha 27 de julio de 2020 a favor de la señora María Eugenia Cardona, remitido a la Fundación Oftalmológica Nacional Fundonal para la realización de la Enucleación con Implante Protésico e Injerto de Esclera. Adjuntado por la EPS encartada con el escrito mediante el cual descurre el traslado de esta acción de tutela.

¹¹ Sentencia T-345 de 2013 “...*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. 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*”.

12 Procedimientos quirúrgicos programados. Se recomienda la reactivación de los procedimientos quirúrgicos y/o diagnósticos de los pacientes que tuvieron aplazamiento con ocasión de las medidas establecidas en la fase de contención de la emergencia, o aquellos pacientes que por su programación habitual podrían ser atendidos en fechas posteriores a la expedición de la presente circular.

- . Énfasis en cirugía ambulatoria o Cirugía con bajo riesgo de ingreso a UCI
- . Cirugías de corta estancia hospitalaria (inferior a tres días)
- . Prioridad ante situación clínica (cirugías que no suponen riesgo deberían seguir difiriéndose)
- . Voluntad de la persona para realizarse el procedimiento

Por otra parte, es del caso recordar lo expuesto por la jurisprudencia Constitucional, en el sentido de que está prohibido anteponer barreras administrativas para negar la prestación del derecho a la salud, por cuanto, aquella tesis que le corresponde a la IPS programar el servicio requerido no es de recibo, ya que, además de la responsabilidad anteriormente descrita, se reitera, no sólo se trata de autorizar el servicio de salud sino proveerlo de manera oportuna a través de dichas entidades (IPS) con las cuales se efectúan los contratos correspondientes para suministrar lo requerido por los afiliados, sin que pueda trasladar su compromiso de la prestación del servicio de salud a sus afiliados a las IPS que hacen parte de su red contratada, cuando, si en caso dado, se advirtió aquella omisión, ha debido adelantar los trámites correspondientes en pro de garantizar la materialización de lo ordenado por el médico tratante a favor de la accionante.

En un caso similar la Corte Constitucional concluyó: *“...La Sala rechaza el argumento presentado por CAFESALUD en el sentido de que en este caso la responsabilidad de la falta de atención del menor de edad recae sobre las Instituciones Prestadoras de Salud-IPS, las cuales están por fuera de su esfera de control, por una elemental razón y es que las EPS tienen a su cargo la indelegable obligación de asegurar y administrar la prestación del servicio de salud a los usuarios bajo el estricto cumplimiento de los principios de continuidad e integralidad, especialmente cuando se hace a través de instituciones prestadoras en los términos previstos en el literal e) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993.*

En tal sentido, si la EPS conocía que la IPS contratada no cumplió con sus obligaciones, debió adelantar las gestiones administrativas necesarias para garantizar la continuidad en el tratamiento médico del menor de edad y aplicar los correctivos legales para que esta situación cesara y no se multiplicara el déficit de atención tanto para el niño como para otros usuarios” (sentencia T-673 de 2017).

En conclusión, se impone entonces conceder el amparo deprecado y en consecuencia ordenar a la EPS FAMISANAR que en el término que más adelante se señalará, fije fecha y hora para llevar a cabo el procedimiento denominado ENUCLEACIÓN CON IMPLANTE PROTÉSICO E INJERTO DE ESCLERA de acuerdo a lo ordenado por el galeno tratante el 27 de julio de 2020, según autorización de servicios No. (POS) 248-65502295, a favor de la señora María Eugenia Cardona, y teniendo en cuenta los protocolos establecidos por el Ministerio

de Salud y Protección Social y la Secretaría Distrital de Salud en razón de la pandemia COVID-19.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo incoado por **MARÍA EUGENIA CARDONA** dentro de la acción de tutela de la referencia.

SEGUNDO: ORDENAR en consecuencia al representante legal de la **EPS FAMISANAR S.A.S** o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de esta providencia, fije fecha y hora para llevar a cabo el procedimiento denominado **ENUCLEACIÓN CON IMPLANTE PROTÉSICO E INJERTO DE ESCLERA** de acuerdo a lo ordenado por el galeno tratante el 27 de julio de 2020, según autorización de servicios No. (POS) 248-65502295, a favor de la señora **MARÍA EUGENIA CARDONA**, y teniendo en cuenta los protocolos establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social y la Secretaría Distrital de Salud en razón de la pandemia COVID-19.

TERCERO: COMUNICAR a las partes y a la entidad vinculada la presente decisión por el medio más expedito.

CUARTO: REMITIR oportunamente las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si el fallo no fuere impugnado.

NOTIFÍQUESE,

**MARLENNE ARANDA CASTILLO
JUEZ**

Firmado Por:

MARLENE ARANDA CASTILLO

**JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 057 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

4897e87cecdfe1ef2215ac0aaaa656d13145a46138756a64b13503373c5be857

Documento generado en 30/07/2020 05:01:54 p.m.