

República de Colombia



**Rama Judicial Del Poder Público
JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá. D. C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 2020-00408
Accionante: AIDEE GOMEZ VARGAS
Accionada: NUEVA E.P.S.
Vinculados: UNION TEMPORAL CLINICA NUEVA EL LAGO y ADRES.

I.- ASUNTO:

Procede el despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda para finiquitar el trámite de la **ACCION DE TUTELA** de la referencia.

II.- ACCIONANTE:

Se trata de la señora **AIDEE GOMEZ VARGAS**, mayor de edad, quien actúa en nombre propio.

III.- ACCIONADAS:

Se dirige la presente **ACCION DE TUTELA** contra **NUEVA E.P.S. VINCULADOS: UNION TEMPORAL CLINICA NUEVA EL LAGO y ADRES.**

IV.- DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS:

La petente cita los derechos a la **VIDA, SALUD, DIGNIDAD HUMANA y PETICIÓN.**

V.- OMISION ENDILGADA A LA ACCIONADA:

Aduce la accionante que pertenece al régimen contributivo en salud, encontrándose afiliada a la NUEVA E.P.S., que tiene 82 años sin poderse valer por si misma dado su estado de salud, debiendo desplazarse en silla de ruedas pues tiene una limitación funcional, sumado a ello, el dolor que presenta es severo.

Afirma que el 5 de noviembre de 2019 su médico tratante le dio remisión para el reemplazo articular de cadera por dolor, limitación funcional y signos artrósicos severos, así como junta especializada para evaluación de reemplazos articulares y radiografía de cadera comparativa.

Sostiene que el 28 de noviembre de 2019 su médico tratante de la Unión Temporal Clínica Nueva El Lago le ordenó valoración grupo de reemplazos articulares, estudios de extensión con diagnostico COXARTROSIS NO ESPECIFICADA.

Refiere que el 5 de febrero de 2020 radicó la respectiva orden de reemplazo protésico total complejo de cadera, asignándosele la cita con el

especialista de ortopedia reemplazos de cadera para el 21 de marzo de esta anualidad, la que fue cancelada por la pandemia.

Dice que, mediante derecho de petición del 19 de septiembre de 2020, le solicitó a NUEVA E.P.S. la reasignación de la cita médica para reemplazo protésico total complejo de cadera, empero, le contesta dicha entidad que la cita le había sido programada para el 21 de marzo del presente año, es decir, no le brinda una respuesta de fondo sobre la reasignación de la cita.

Pretende con esta acción constitucional le sean tutelados los derechos fundamentales por ella invocados, ordenándole a la E.P.S. accionada le programe nueva fecha para la cirugía de reemplazo protésico total complejo de cadera, así como los insumos necesarios descritos en la orden médica, vástagos primarios cementados y no cementados con promed, copa de doble movilidad cementada con lepine, así como el tratamiento integral que se requiera.

VI.- TRAMITE PROCESAL:

Mediante auto fechado 4 de noviembre de 2020 se admitió la solicitud, se ordenó notificar a la entidad accionada y vinculados, a quienes se les solicitó un informe respecto a los hechos reseñados.

NUEVA E.P.S. manifestó que la accionante se encuentra activa en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de dicha entidad, a quien le ha prestado todos los servicios médicos que ha requerido para el tratamiento de sus patologías, garantizándole el servicio de salud dentro de su red de prestadores de servicios de salud contratadas.

Afirma que no existe carta de negación de servicios de salud por parte de la EPS a la petente, por el contrario, le ha autorizado los servicios que ha solicitado.

Dice que la acción de tutela resulta improcedente cuando se pretende obtener la prestación del servicio de salud, sin que exista orden del médico tratante que determine su idoneidad para el manejo de la enfermedad que pueda padecer el paciente, además, que las ordenes médicas tienen un término de vigencia.

ADRES y UNION TEMPORAL CLINICA NUEVA EL LAGO guardaron silencio, a pesar de que vía correo electrónico el 6 y 10 de noviembre de 2020, respectivamente, se les remitió nuevamente los anexos de la tutela como aquellas lo solicitaron el 6 del mismo mes y año.

VII- CONSIDERACIONES:

1.- LA ACCIÓN DE TUTELA, constituye un logro alcanzado por la colectividad con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991, para frenar los desafueros de las autoridades, cuando quiera que con hechos u omisiones comprometan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La finalidad de esa acción es lograr que, a falta de vía judicial ordinaria, mediante un trámite preferente y sumario, el juez ante quien se acuda dé una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

El art. 86 de nuestra Carta magna así lo consagró. También advirtió su procedencia contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de indefensión o subordinación.

2.- DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS.

El art. 11 de la C.P. consagró el derecho a **LA VIDA**, en dicho normativo se dispuso: **"El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte"**.

Sobre ese mismo derecho, la Corte Constitucional, en Sentencia T-370 de 1998, Magistrado **ALFREDO BELTRAN SIERRA**, dijo:

"La protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual. No es aceptable que en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), y en la conservación del valor de la vida (Preámbulo y artículo 11 de la Constitución), se pueda tolerar que ante el apremio de un individuo de recibir un tratamiento médico para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económico, o una disposición de carácter legal, tal como sucedió en el caso del señor, que ante la falta de recursos para cubrir el porcentaje que por disposición legal estaba obligado a aportar, no se le suministró el tratamiento requerido"

LA SALUD está muy ligada al derecho a la vida, cuando la transgresión del primero compromete el derecho fundamental a la vida.

Respecto de ese tema, en Sentencia T-121/15 la Corte Constitucional expresó:

"3.3.2. Ahondando en la faceta de la salud como derecho, resulta oportuno mencionar que ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, se consideró que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas."

"Esta nueva categorización fue consagrada por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015[11], cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la Sentencia C-313 de 2014[12]. Así las cosas, tanto en el artículo 1 como en el 2, se dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable[13] y que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción."

Mucho más ha de exigirse respecto al derecho a la Salud por parte del Estado, pues aquél fue consagrado a cargo de este como un servicio público, el cual comporta garantizar **"a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud"**, correspondiéndole al ente estatal **"organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes..."** (art. 49 de la C.N.).

La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la salud ostenta la categoría de fundamental, *"Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias –, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos.*

La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental" (Sentencia T-859 de 2003).

La Corte Constitucional en sentencia T-291/16 dando alcance al derecho a la **DIGNIDAD HUMANA**, señaló que *"Entendido como derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado."*

En el título II, Capítulo 1 de la Constitución Política se consagraron en forma expresa algunos derechos fundamentales, entre ellos el de **PETICIÓN**. Al respecto anota el art. 23 de ese ordenamiento jurídico:

"Artículo 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.".-

Hace parte del núcleo esencial de ese derecho fundamental, como lo ha anotado reiteradas ocasiones la Corte Constitucional, la efectividad y pronta respuesta a la solicitud elevada ante la autoridad; por tanto, la operancia del silencio administrativo, así abra vía a una demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, no trastoca en improcedente la acción de tutela, pues en todo caso, mientras no se dé respuesta real a la petición, este derecho sigue en estado de vulneración. La acción contenciosa no busca, como si lo hace la de tutela, la respuesta a la petición, sino ataca la decisión presunta, el fondo mismo de la resolución.

Sobre este tema dijo la Corte Constitucional en sentencia 242 de 1993:

"..... no se debe confundir el derecho de petición -cuyo núcleo esencial radica en la posibilidad de acudir ante la autoridad y en obtener pronta resolución con el contenido de lo que se pide, es decir con la materia de la petición, la falta de respuesta o la resolución tardía son formas de violación de aquél y son susceptibles de la actuación protectora del juez mediante el uso de la acción de tutela, pues en tales casos conculca un derecho constitucional fundamental. En cambio, lo que se debate ante la jurisdicción cuando se acusa el acto expreso o presunto, proferido por la administración, alude al fondo de lo pedido, de manera independiente al derecho de del 5 de julio de petición como tal. (.....)."

Además, siendo de su esencia el obtener pronta resolución, esta debe producirse dentro de los términos legales dispuestos para ese fin, pues vencidos acaece la vulneración al derecho de petición. También sobre ese punto se ha pronunciado la Corte Constitucional en reiterados fallos de revisión.

Actualmente el **DERECHO DE PETICIÓN** se encuentra regulado en el Título II, Capítulo I del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, y concretamente sobre el término para su resolución se ha establecido el de quince (15) días siguientes a su recepción (art. 14 CPACA).

VIII.- CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto se puede establecer las siguientes circunstancias de hecho:

a.- La señora AIDEE GOMEZ VARGAS se encuentra afiliada a NUEVA EPS, según da cuenta la documentación aportada junto con el escrito de tutela y lo afirmado por la accionada en la contestación de la tutela.

b.- La accionante tiene diagnóstico de "*COXARTROSIS NO ESPECIFICADA*", como se desprende de su historia clínica, a quien la junta médica reemplazos articulares el 28 de enero de 2020 le prescribió el procedimiento quirúrgico "**REEMPLAZO PROTÉSICO TOTAL COMPLEJO DE CADERA (ARTROSIS SECUNDARIA) PROGRAMAR COMO REVISIÓN SE SOLICITAN VASTAGOS PRIMARIOS CEMENTADOS Y NO CEMENTADOS CON PROMED, SE SOLICITA COPA DE DOBLE MOVILIDAD CEMENTADA CON LEPINE**", procedimiento que no aparece suministrado a la petente.

c.- Dicha orden fue prescrita por médicos adscritos a la IPS que tiene convenio con la Entidad Promotora de Salud accionada, tal como se acredita con la epicrisis de la accionante.

d.- Según lo manifestó la petente en el escrito de tutela el procedimiento quirúrgico antes señalado le había sido programado para el 21 de marzo de 2020, sin embargo, por la emergencia sanitaria que afronta el país con ocasión al COVID – 19 la misma le fue suspendida, sin que a la fecha se le hubiese programado nuevamente.

Si bien es cierto, las anteriores circunstancias del caso bajo estudio, permiten al despacho concluir que la señora AIDEE GOMEZ VARGAS padece una afectación de su salud por la patología que la agobia, y que de no encontrar atención adecuada en el sistema de salud comprometería la misma, circunstancia que se prueba con la epicrisis que fue adosada al escrito de tutela, no lo es menos, que las actuales circunstancias de emergencia sanitaria que vive el país por la pandemia del COVID-19 no le han permitido a las entidades promotoras de salud prestar al 100% los servicios de salud programados con anterioridad a la declaratoria del confinamiento, más aún teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada paciente, como es el caso de la acá accionante quien además de ser una persona de la tercera edad, al contar con 82 años, presenta morbilidades como diabetes, entre otros, situación que pondría en riesgo su salud ante una eventual intervención quirúrgica.

Sin embargo, no es el juez de tutela el llamado a determinar si es procedente o no un servicio de salud ordenado por un médico tratante, pues la

jurisprudencia constitucional ha sido enfática al indicar que este carece del conocimiento científico necesario al efecto y además ha manifestado que basta con la orden expedida por el médico que conoce y trata la patología que padece el paciente.

Al respecto en sentencia T-345-13 la Corte Constitucional precisó *"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. 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. 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, 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"*.

Por lo anterior, el despacho teniendo en cuenta que las circunstancias actuales cambian el panorama de salud de la accionante, dispondrá que la NUEVA EPS accionada conforme una junta médica para que le emita una nueva valoración que permita determinar si la accionante es o no candidata a ser intervenida quirúrgicamente en el procedimiento **"REEMPLAZO PROTÉSICO TOTAL COMPLEJO DE CADERA (ARTROSIS SECUNDARIA) PROGRAMAR COMO REVISIÓN SE SOLICITAN VASTAGOS PRIMARIOS CEMENTADOS Y NO CEMENTADOS CON PROMED, SE SOLICITA COPA DE DOBLE MOVILIDAD CEMENTADA CON LEPINE"**, conforme la orden médica del 28 de enero de 2020, teniendo en cuenta su edad y posibles morbilidades que presenta, en el caso que determine dicha junta médica que no es apta para tal procedimiento le indique el tratamiento a seguir encaminado a lograr su recuperación, o al menos, asegurar la estabilidad de su estado de salud, en caso de establecer que se encuentra en condiciones para ser intervenida quirúrgicamente, se le ordenará a la EPS le programa y autorice dicho servicio, con todas las medidas de bioseguridad que sean necesarias.

Lo anterior, teniendo en cuenta que como se sabe, corresponde a la EPS, la oportuna, eficaz y debida atención médica de los pacientes afiliados a ella de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, por lo que, la desatención por parte de la accionada, en el caso de la tutelante, constituye vulneración al derecho a la salud y a la vida de la agenciada en la medida en que es NUEVA EPS la encargada de velar por la eficaz prestación del servicio de salud a sus afiliados, garantizando un servicio oportuno.

Frente al tratamiento integral su concesión resulta improcedente, ya que la jurisprudencia ha sido enfática en reiterar que la tutela no procede para acceder al amparo de derechos **futuros e inciertos**, ahora, el no cumplimiento del servicio programado para el pasado mes de marzo no se debió a la voluntad de la accionada, por el contrario, se debió a la pandemia que nos aqueja y que es de público conocimiento, tal como lo reconoció la tutelante en su demanda.

En cuanto al derecho de petición habrá de negarse el amparo, toda vez que la accionante no aportó el derecho de petición que afirma le elevó a la

accionada el 19 de septiembre de 2020, ni la respuesta que aduce le emitió, sin poderse establecer si esta fue o no de fondo.

IX.- DECISION:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado **DOCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**. D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: TUTELAR los derechos a la salud en conexidad con la vida de **AIDEE GOMEZ VARGAS** por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA EPS** por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, tome las medidas necesarias para que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, conforme una junta médica de especialistas que emitan una nueva valoración a la accionante, que permita determinar si ésta es o no candidata a ser intervenida quirúrgicamente en el procedimiento **"REEMPLAZO PROTÉSICO TOTAL COMPLEJO DE CADERA (ARTROSIS SECUNDARIA) PROGRAMAR COMO REVISIÓN SE SOLICITAN VASTAGOS PRIMARIOS CEMENTADOS Y NO CEMENTADOS CON PROMED, SE SOLICITA COPA DE DOBLE MOVILIDAD CEMENTADA CON LEPINE"**, conforme la orden médica del 28 de enero de 2020, teniendo en cuenta su edad y posibles morbilidades que presenta.

En el caso que determine dicha junta médica que no es apta para tal procedimiento le indique el tratamiento a seguir encaminado a lograr su recuperación, o al menos, asegurar la estabilidad de su estado de salud.

En el caso de establecer que se encuentra en condiciones para ser intervenida quirúrgicamente, se le ordena a la NUEVA E.P.S. que una vez obtenga dicho concepto médico, le programe y autorice a la señora AIDEE GOMEZ VARGAS, a través de las instituciones prestadoras de salud con las que tenga convenio, el procedimiento **"REEMPLAZO PROTÉSICO TOTAL COMPLEJO DE CADERA (ARTROSIS SECUNDARIA) PROGRAMAR COMO REVISIÓN SE SOLICITAN VASTAGOS PRIMARIOS CEMENTADOS Y NO CEMENTADOS CON PROMED, SE SOLICITA COPA DE DOBLE MOVILIDAD CEMENTADA CON LEPINE"**, conforme la orden médica del 28 de enero de 2020, con todas las medidas de bioseguridad que sean necesarias.

TERCERO: NEGAR la pretensión del tratamiento integral y el derecho de petición, tal y como se consignó en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: DESVINCULAR de la presente acción de tutela a **UNION TEMPORAL CLINICA NUEVA EL LAGO y ADRES**.

QUINTO: DISPONER que por secretaría se notifique el presente fallo en la forma establecida por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, Reglamentario de la Acción de Tutela, indicando a las partes que pueden impugnarla en los 3 días siguientes.

SEXTO: En caso de no ser impugnada la decisión, ENVÍESE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. **OFÍCIESE**.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

WILSON PALOMO ENCISO

JUEZ

MCh.

Firmado Por:

WILSON PALOMO ENCISO

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 012 CIVIL DEL CIRCUITO 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:

95003f926eab3810a604890a9dc32c5881adc48608a406beba36a2ecdb0a5e1d

Documento generado en 18/11/2020 06:43:52 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>