

## JUZGADO VEINTICINCO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D. C., veinte de agosto de dos mil veintiuno

### Acción de Tutela N° 11001 4003 001 2021 00422 01

Procede el Despacho a decidir la impugnación que se interpuso contra el fallo de tutela de 9 de julio de 2021, proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Bogotá dentro de la acción de tutela promovida a través de apoderado judicial por la señora Cecilia Martínez Huertas como agente oficiosa de Fernando Martínez Huertas contra Famisanar EPS y Fundación Cardio Infantil – Instituto de Cardiología y dentro de la cual se vinculó a la Administradora de los Recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud – ADRES- y a la IPS Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego.

#### 1. ANTECEDENTES

1.1. Pretende la agente oficiosa el amparo de las garantías fundamentales a la vida, a la salud, a la igualdad, a la protección de la tercera edad y a la dignidad humana de su hermano Fernando Martínez Huertas y, en consecuencia, se profieran las siguientes ordenes:

*“se ordene a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S., proceda a autorizar el examen inestabilidad microsatelital (MSI) en tumores ca colorrectal solicitada por el médico tratante de la Fundación Cardioinfantil – Instituto de Cardiología y controles médicos (especialista en cirugía y especialista en oncología) en esa misma entidad que viene tratando y requiera el señor Fernando Martínez Huertas, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.170.756 de Bogotá.”*

*“Como consecuencia, se proceda a ordenar a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S., la atención integral en salud que requiera Fernando Martínez Huertas por el cáncer colorrectal que padece y que requiere tratamiento.”*

*“Además, que se ordene continuar el tratamiento y atención integral por la patología que padece Fernando Martínez Huertas con la FUNDACIÓN CARDIOINFANTIL – INSTITUTO DE CARDIOLOGÍA.”*

1.2. La agente oficiosa informó que el señor Fernando Martínez Huertas, tiene 68 años de edad, se encuentra afiliado a la EPS accionado y está diagnosticado desde el 14 de abril de 2021 con adenocarcinoma de colón estadio C, razón por la cual, La Fundación Cardioinfantil – Instituto de Cardiología le realizó una cirugía: hemicolectomía izquierda, omentectomía y colostomía izquierda.

Agregó que el agenciado requiere seguimiento a la evolución de su salud, para lo cual el doctor Jorge A. Daza B. de la Fundación Cardioinfantil –

Instituto de Cardiología expidió el 23 de abril de 2021 orden de "inestabilidad microsatelital (9088009) en patología 21Ø01550 del 15 – 04 – 21 por Dx adenocarcinoma de colon".

La agente oficiosa indicó que, en la EPS le fue informado verbalmente que no conoce el número del código único de procedimiento en salud (CUPS) plasmado en el examen inestabilidad microsatelital (9088009) y no era posible autorizarlo, razón por la cual, su médico tratante, expide el 26 de abril siguiente, nueva orden del examen inestabilidad microsatelital (MSI) en tumores ca colorrectal y deja el espacio para que la Eps Famisanar le coloque el CUPS, procedimiento que tampoco le fue autorizado bajo el mismo argumento.

Añadió que, se le expidió el 23 de abril de 2021 orden de fecha para consulta de control o de seguimiento por especialista en oncología, en 2 semanas, y al solicitarla esta agendada para el 14 de mayo de 2021, misma suerte que sufrió la orden 24 de abril de para consulta de control o seguimiento por especialista en cirugía general: en 1 semana pues fue agendada para el 20 de mayo siguiente, es decir, no se está teniendo en cuenta el delicado estado de salud del agenciado.

Sostuvo que se accionaba solidariamente a la institución médica tratante, para que esta siga prestando los servicios médicos, habida cuenta que se le informó por parte de la entidad el cambio de IPS.

**1.3.** Una vez admitida y notificada la acción de tutela, las conminadas se pronunciaron en los siguientes términos:

**1.3.1. Famisanar EPS** indicó que, el procedimiento INESTABILIDAD MICROSATELITAL 9088009 (MSI) EN TUMORES CA COLORRECTAL no se encuentra autorizado por cuanto a la fecha no existe orden médica actual y vigente emitida por un profesional de la salud, razón por la cual el paciente debe ser valorado nuevamente para confirmar dichos procedimientos renovando la orden médica.

Igualmente, el accionante exige remisión de servicios a una IPS ajena a la red de servicios contratada, cuando ha garantizado la prestación de servicios con sus prestadores.

Precisó que, no hay lugar a ordenar el tratamiento integral solicitado, máxime cuando esa EPS ha desplegado todas las acciones de gestión de prestación de servicios de salud en favor del usuario, aunado a que, es necesario

que se cumplan requisitos jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional, para la autorización de servicios por parte de la EPS que no estén con cargo a la UPC (Unidad de Pago por Capitación) y/o determinar servicios excluidos de la Resolución 2481 de 2020 y los no contemplados para ser financiados con el presupuesto máximo establecido en la Resolución 205 de 2020.

**1.3.2. La Fundación Cardioinfantil - Instituto de Cardiología** informó que, el señor Fernando Martínez Huertas es conocido como paciente de 68 años de edad, con diagnóstico de "otros dolores abdominales y los no especificados (en estudio), tumor maligno del colon descendente (en estudio), tumor maligno del colon sigmoide (en estudio), tumor maligno secundario del peritoneo y del retroperitoneo (en estudio)".

Respecto a los planteamientos de la tutela, transcribió la respuesta dada por el Dr. Joaquín Guerra Villamizar médico Hemato-Oncólogo que ha tratado al paciente:

*"El no realizar el estudio de INESTABILIDAD MICROSATELITAL (MSI) EN TUMORES CA COLORRECTAL no amenaza la vida del paciente. Es un estudio complementario que permite determinar si el paciente puede llegar a ser candidato en un estudio de investigación, que lo beneficia, en el evento de tener inestabilidad microsatelital, a un tratamiento con inmunoterapia.*

*Solo el 10% de los pacientes con cáncer de colon tienen inestabilidad microsatelital, por lo que es un grupo selecto de pacientes los que se pueden beneficiar con inmunoterapia; se advierte que este tipo de medicamentos no se encuentra disponibles en Colombia con registro Invima.*

*En el caso del señor Fernando Martínez Huertas, es importante dejar muy claro que el paciente tiene una enfermedad en estado avanzado, y que el tratamiento inicial de los pacientes con enfermedad sistémica, como lo es su caso que cursa en un estadio IV de su cáncer, se beneficia de tratamiento **EXCLUSIVO CON QUIMIOTERAPIA y no radioterapia**".*

Añadió que, que FAMISANAR E.P.S es responsable de los servicios que requiere el paciente, y quien debe garantizar la efectiva prestación de los servicios médicos que necesita. Así las cosas, FAMISANAR E.P.S deberá autorizar, brindar y suministrar los procedimientos y medicamentos que sean necesarios para salvaguardar la integridad física del paciente.

Indicó frente al tratamiento integral, sin que se cuente con orden o prescripción médica, que no se puede presumir que en el futuro se le vulnerará o amenazará los derechos fundamentales del paciente, ya que la pretensión elevada es referente a hechos que no han ocurrido y se ignora si ocurrirán.

Con todo, destacó que esa IPS ha prestado todos los servicios requeridos por el paciente y, por tanto, no ha vulnerado los derechos fundamentales del agenciado.

**1.3.3. La ADRES** luego de referir cada una las funciones y competencias esa entidad, sostuvo no vulnerar derecho alguno al accionante y preciso no tener injerencia alguna en relación con la solicitud tutelar, por lo que adujo su falta de legitimación en la causa por pasiva.

**1.3.4. La IPS Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego** guardó silencio.

## **2. EL FALLO IMPUGNADO**

El Juzgado de primer grado, sintetizó el fundamento fáctico y procesal de la acción de tutela, el derecho a la salud, así como la protección constitucional respecto de servicios que no hacen parte del plan de beneficios.

Al abordar el caso puntual, el a- quo resaltó que, el accionante aportó a la acción constitucional copia de las prescripciones médicas, con las que se demuestra que FERNANDO MARTÍNEZ HUERTAS padece una enfermedad, para cuyo tratamiento su médico tratante dispuso la práctica del procedimiento INESTABILIDAD MICROSATELITAL EN TUMORES CA CORRECTAL a efectos de determinar el tratamiento a seguir. Así como, la CONSULTA DE CONTROL O SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN ONCOLOGIA y CONSULTA DE CONTROL O SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN CIRUGIA GENERAL. Circunstancia que no requiere mayor análisis para concluir que si dichos servicios son necesarios para tratar el padecimiento del paciente, la omisión de la EPS accionada en autorizarlos y practicarlos vuelve indigna la existencia del agenciado, vulnera las garantías constitucionales del accionante.

Manifestó que aun cuando la EPS accionada adujo haber autorizado los servicios solicitados no se encuentra soporte de su práctica, por lo que, para garantizar el derecho fundamental a la salud, ordenó que la EPS FAMISANAR debe prestar oportunamente los servicios requeridos a través de su red de prestadores.

El fallador de primera instancia precisó que, la elección de IPS por parte de los usuarios no es un derecho absoluto, y que en este caso no se demostró que las otras IPS diferentes de la FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL – INSTITUTO DE CARDIOLOGIA vulneraran los derechos fundamentales del

agenciado, no accedió a que el procedimiento se realizara en esa entidad.

Finalmente, negó el tratamiento integral solicitado tras argüir que, “se abstiene de la misma en razón a que no existe al interior del plenario otras órdenes médicas desatendidas diferentes a las que fueron objeto de estudio, como para concluir que ciertamente se amerita ordenarlo, pues se respeta lo ordenado por el médico tratante, en iguales términos se acata lo aun no prescrito, pues debe tenerse en cuenta que en la solicitud de amparo NO se manifiesta desatención diferente a los servicios aquí ordenados.”

### **3. LA IMPUGNACIÓN**

Dentro del término legal, la parte actora impugnó la sentencia de primera instancia, destacando que, la EPS accionada ha hecho caso omiso a la medida provisional, consistente en autorizar y practicar al accionante el examen prescrito.

Añadió que, le fue autorizado un examen totalmente diferente denominado: “estudio de ADN para mutaciones de los genes...” pero que al dirigirse a la IPS Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego S.A., manifiestan que “NO LO PRACTICAN”, de lo cual se evidencia nuevamente que la EPS Famisanar está engañando y tratando de confundir no solo al paciente sino al Despacho respecto del cumplimiento de la orden constitucional.

Anotó que, a la fecha no se ha realizado el examen prescrito; pudiendo autorizarlo para que se le realice en la Fundación Cardioinfantil – Instituto de Cardiología, institución que viene tratando al paciente desde el principio, lo cual es prioritario e inmediato por la vida del agenciado, deteriorándose día a día su salud, sin recibir el paciente un tratamiento adecuado y que aún persiste la vulneración de sus Derechos Fundamentales, pese a que con anterioridad ha autorizado otros procedimientos en esa institución.

Agregó que, el fallador de primera instancia, quedo corto en no ordenar el tratamiento y atención integral por la patología que padece el señor Fernando Martínez Huertas con la FUNDACIÓN CARDIOINFANTIL – INSTITUTO DE CARDIOLOGÍA, ya que es la institución que le diagnosticó su cáncer colorrectal, le ha hecho seguimiento, lo viene tratando, conoce el estado de salud del paciente, lo intervino quirúrgicamente, y teniendo los resultados del examen solicitado por el médico tratante le iniciaran un tratamiento adecuado, la EPS Famisanar pretende trasladar al paciente y tratamiento a otra IPS Centro de

Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego S.A., donde deberá empezar otra vez con los procedimientos, deba esperar más tiempo y sea incierta su atención y su delicado estado de salud.

#### 4. CONSIDERACIONES

4.1. La acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de los derechos constitucionales fundamentales frente a la vulneración o amenaza por la acción u omisión de las autoridades públicas, y en algunos casos de los particulares, siempre que no se disponga de otra vía judicial expedita para ello, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al tenor de lo preceptuado en los artículos 1º, 5º y 8º del Decreto 2591 de 1991.

4.2. En relación con el Derecho Fundamental a la Salud la Corte Constitucional, ha sostenido que *"...el derecho a la salud es un derecho fundamental y tutelable, que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos, siendo la acción de tutela el medio judicial más idóneo para defenderlo."*<sup>1</sup>

Esa Corporación igualmente ha sostenido que la protección constitucional del derecho a la salud tiene su principal fundamento en su inescindible relación con la vida, entendida ésta no desde una perspectiva biológica u orgánica, sino como *"la posibilidad de ejecutar acciones inherentes al ser humano y de ejercer plenamente los derechos fundamentales, de donde se concluye que si una persona sufre alguna enfermedad que afecta su integridad física o mental impidiéndole continuar con sus proyectos personales y laborales en condiciones dignas, su derecho a la vida se encuentra afectado, aún cuando biológicamente su existencia sea viable"*<sup>2</sup>.

4.3. La parte accionante aduce la vulneración a los derechos fundamentales a la vida y a la salud del señor Fernando Martínez Huertas habida cuenta que, la EPS accionada no ha autorizado ni practicado los servicios prescritos por el médico tratante en la Fundación Cardio Infantil – Instituto de Cardiología, consistente en el examen de "inestabilidad microsatelital (MSI) en tumores ca colorrectal" y las consulta de control o seguimiento por especialista en oncología y consulta de control o seguimiento por especialista en cirugía general.

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-737 de 17 de octubre de 2013.

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia T-201 de 2014, reiterada T- 131 de 2015.

Adujo además que, los servicios autorizados por la EPS son diversos a los solicitados por el especialista y lo fueron en una institución médica que presuntamente no cuenta con esos servicios y en todo caso se debería iniciar nuevamente todos los procedimientos, por lo que en sede de impugnación reiteró la petición de que el procedimiento ordenado sea practicado en la institución que lo prescribió.

**4.4.** En el presente caso, no se encuentra en discusión que don Fernando Martínez se encuentra diagnosticada con “Adenocarcinoma de Colón estadio 4C”, puesto que, así se halla acreditado con la historia clínica obrante en el plenario.

Asimismo, se tiene demostrado que, la EPS accionada ha venido prestando los servicios de salud requeridos por el paciente, a través de la IPS Fundación Cardio Infantil – Instituto de Cardiología, institución en la que debió practicarse procedimiento quirúrgico y que prescribió los procedimientos y servicios aquí reclamados, razón por la que su agente oficiosa considera necesario se disponga que se proporcione la atención médica en esa institución y de manera inmediata.

En relación con esta pretensión, debe señalar el despacho que aun cuando la accionante cuenta no solo con la libre escogencia de EPS sino que dicho derecho a su vez contempla libre elección de IPS<sup>3</sup>, el mismo tiene algunas limitaciones las cuales ha establecido la H. Corte Constitucional en los siguientes términos:

*“La libertad de escogencia puede ser limitada de manera válida, atendiendo a la configuración del SGSSS. Así, es cierto que los afiliados tienen derecho a elegir la I.P.S. que les prestará los servicios de salud, pero esa elección debe realizarse “dentro de aquellas pertenecientes a la red de servicios adscrita a la EPS a la cual está afiliado, con la excepción de que se trate del suministro de atención en salud por urgencias, cuando la EPS expresamente lo autorice o cuando la EPS esté en incapacidad técnica de cubrir las necesidades en salud de sus afiliados y que la IPS receptora garantice la prestación integral, de buena calidad y no existan afectaciones en las condiciones de salud de los usuarios”*

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2015, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub “El Decreto 1485 de 1994, “Por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud”, reitera el derecho a la libre escogencia de los afiliados para elegir entre las distintas entidades prestadoras de salud, la que administrará la prestación de sus servicios de salud derivados del Plan de Beneficios en Salud. Pero, además, también establece la libre escogencia como un deber de dichas entidades de garantizar al afiliado al SGSSS la posibilidad de escoger la prestación de los servicios que integran el Plan de Beneficios en Salud entre un número plural de instituciones prestadoras de salud.

“Con base en las anteriores normas, la jurisprudencia constitucional ha considerado la libertad de escogencia como un “derecho de doble vía”, pues, por un lado, constituye una “facultad que tienen los usuarios para escoger las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud y las IPS en la que se suministrarán los mencionados servicios”, mientras que, por otro lado, es una “potestad que tienen las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y la clase de servicios que se prestarán a través de ellas”

*A su vez, en cuanto a la libertad de las E.P.S. de elegir las I.P.S. con las que prestará el servicio de salud, ha establecido la Corte que también se encuentra limitado, en cuanto no puede ser arbitraria y debe en todo caso garantizar la calidad del servicio de salud. En este sentido, ha explicado que "cuando la EPS en ejercicio de este derecho pretende cambiar una IPS en la que se venían prestando los servicios de salud, tiene la obligación de: a) que la decisión no sea adoptada en forma intempestiva, inconsulta e injustificada, b) acreditar que la nueva IPS está en capacidad de suministrar la atención requerida, c) no desmejorar el nivel de calidad del servicio ofrecido y comprometido y d) mantener o mejorar las cláusulas iniciales de calidad del servicio prometido, ya que no le es permitido retroceder en el nivel alcanzado y comprometido".*

En el presente caso debe precisarse que, si bien la parte actora aduce la tardanza en la autorización de los procedimientos, que los autorizados difieren a los ordenados e incluso que se deberá realizar todo el trámite en una nueva institución, lo cierto es que, de dichas manifestaciones, no extrae esta judicatura una circunstancia clínica que torne indispensable la atención médica de la accionante en la Fundación Cardio Infantil – Instituto de Cardiología, sino que la misma puede proporcionarse a través de otros centros médicos o especialistas con los cuales la accionada tenga convenio o relación contractual.

Considera esta agencia judicial, que el deber legal y constitucional que le asiste a la EPS puede garantizarse a través de distintos prestadores, puesto que la libre escogencia de IPS no es un derecho absoluto y que la agente oficiosa no esté conforme con la IPS asignada es una circunstancia que escapa de la competencia del juez de tutela, que no puede inmiscuirse en las facultades contractuales de la EPS accionada, entidad que tiene plena libertad para pactar con las diversas IPS y profesionales la prestación de servicios a sus usuarios, máxime cuando la atención al paciente, conforme se advierte de la respuesta emitida por la referida fundación, se dio con ocasión a una "urgencia" y no por remisión directa de su EPS.

Aunado a ello, se debe precisar que la no practica del examen prescrito conforme a las manifestaciones de esa institución no pone en riesgo la vida del paciente como lo evidencia el concepto médico transcrito:

*"El no realizar el estudio de INESTABILIDAD MICROSATELITAL (MSI) EN TUMORES CA COLORRECTAL no amenaza la vida del paciente. Es un estudio complementario que permite determinar si el paciente puede llegar a ser candidato en un estudio de investigación, que lo beneficia, en el evento de tener inestabilidad microsateletal, a un tratamiento con inmunoterapia."*

Resulta relevante el anterior concepto, porque muestra que la EPS puede ordenar su realización en las instituciones que se encuentren dentro de su

red de prestadores, sin que se evidencie apremio, pues se reitera, no se pone en riesgo la salud del paciente.

Por tanto, tal y como lo dispuso el a-quo, no hay lugar a ordenar la prestación de los servicios médicos requeridos por la accionante en una institución distinta a la establecida por la EPS.

## 5. CONCLUSIÓN

En estas condiciones habrá confirmarse la sentencia impugnada habida cuenta que, debe garantizarse al señor de Fernando Martínez Huertas la prestación del servicio de salud en sus diversas fases por parte de la EPS Famisar y a través de su red de prestadores.

## 6. DECISIÓN DE SEGUNDO GRADO

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de este Distrito Capital de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

**6.1. CONFIRMAR** el fallo de tutela de 9 de julio de 2021, proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Bogotá.

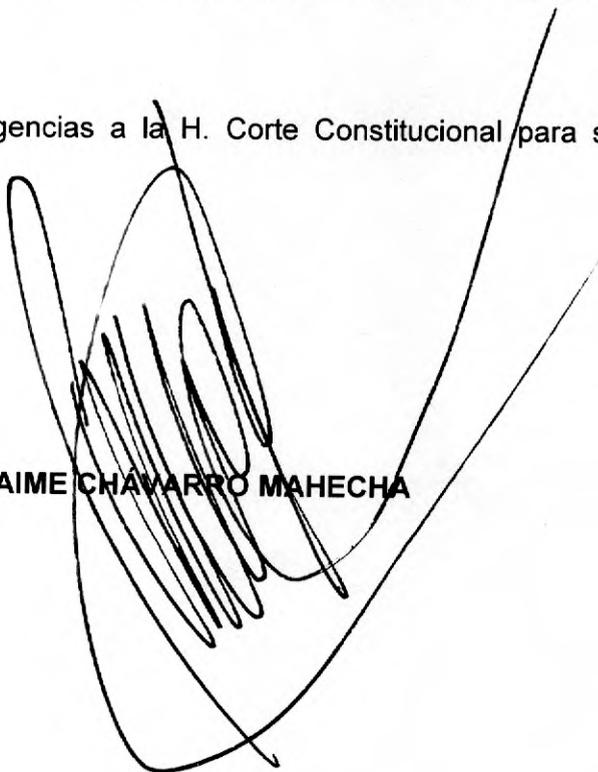
**6.2. NOTIFICAR** esta decisión a las partes y demás interesados por el medio más expedito.

**6.3. REMITIR** las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÚMPLASE**

**El Juez,**

**JAIME CHAVARRO MAHECHA**



CCRC

Faint, illegible text, possibly bleed-through from the reverse side of the page.

