



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

Carrera 10 No. 14-33 Piso 6°

cmpl09bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

RADICADO: 110014003009-2022-00609-00

Bogotá D.C., seis (06) de julio de dos mil veintidós (2022)

Procede el Despacho a resolver de fondo la acción de tutela promovida por el ciudadano **GABRIEL ALEJANDRO POVEDA MORENO** identificado con la C.C 1.000.580.803 quien actúa en nombre propio, en contra de **FAMISANAR E.P.S**, por la presunta vulneración del derecho fundamental a la salud.

I ANTECEDENTES

Como situación fáctica relevante, en síntesis, el accionante manifiesta lo siguiente: Está afiliado a FAMISANA EPS como beneficiario del régimen contributivo. Desde hace trece (13) años tiene diagnóstico de deformidad del tórax. Su médico tratante el 19 de octubre de 2021 ordenó el procedimiento denominado REPARACIÓN DE DEFORMIDAD DE PECTUS CON DISPOSITIVO, pero debido a dificultades administrativas, la EPS no ha autorizado el procedimiento en la forma en que lo ha ordenado su médico tratante.

II EL PETITUM DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El accionante, pretende que se tutele su derecho fundamental a la salud, a la vida en condiciones de dignidad y a la seguridad social y que en consecuencia se orden a la accionada autorizar, el procedimiento ordenado por su médico tratante con los implementos BARRA PECTUS UP BIOMEDISYS, así como el tratamiento integral necesario para controlar su patología.

III ACTUACIÓN PROCESAL

La presente acción fue admitida el día 23 de junio de 2022, ordenándose correr traslado del escrito y sus anexos a la parte accionada y a las vinculadas, a fin de que respondieran a cada uno de los puntos de la acción de tutela incoada, término este durante el cual aportaron sus respectivas respuestas.

IV RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADAS

EPS FAMISANAR

Manifiesta que una vez conocida la presente acción, procedió a establecer el estado de prestación de servicios con el área responsable de la entidad, quienes con base en la historia clínica del paciente le indicaron que el afiliado, cuenta con kit de pectus, autorizado desde el

mes de enero del año en curso, kit que es el mismo ordenado por médico tratante, de casa médica, que con la que cuenta con contrato FIXMEDICAL.

Respecto del tratamiento integral, no es procedente que se conceda, en tanto se evidencia que no se han configurado motivos que lleven a inferir que la EPS que represento, haya vulnerado o pretenda negar deliberadamente el acceso a la afiliada de servicios a futuro

Solicita DENEGAR la acción de tutela instaurada por el accionante en contra de FAMISANAR EPS por CARENCIA ACTUAL DE OBJETO.

HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL

Señala que el accionante registra la última atención en la clínica el día 19 de octubre de 2021 por servicio de consulta externa de cirugía de tórax, donde se le da orden para cirugía reparación de deformidad de pectus con dispositivo, orden de barra pectus up. Que después de esa fecha no registra más atenciones en sus instalaciones.

Solicita que se declare la falta de legitimación por pasiva y la desvinculación de esta acción de tutela, de conformidad a lo señalado en su escrito de contestación.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Solicita desvincular a la entidad de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud, lo que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a esta Entidad.

ADRES

Manifiesta 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 que no le es atribuible, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de la Entidad.

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, y en consecuencia desvincularla del trámite de la presente acción constitucional. Adicionalmente, solicita negar cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS y por último, sugiere al Despacho modular las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado.

SUPERINTENDENCIA DE SALUD

Solicita desvincular a la entidad de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela, teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud, lo que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a esa Entidad.

V CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Artículo 1°. Modificación del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015. Modifíquese el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, el cual quedará así:

"Artículo 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales.

2. PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En consonancia con dicho mandato superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, "*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*", establece lo siguiente:

"La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

Así las cosas, al ser el ciudadano **GABRIEL ALEJANDRO POVEDA MORENO** titular de los derechos fundamentales invocados como vulnerados, se encuentra legitimado para actuar en el presente trámite constitucional.

2.2. Legitimación pasiva

La **EPS FAMISANAR**, en su condición de institución de naturaleza privada, encargada de la prestación del servicio de salud a sus afiliados, se encuentran legitimada como parte pasiva en el presente proceso de tutela, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, debido a que se le atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión.

3. Problema jurídico

El problema jurídico que le corresponde resolver a este estrado judicial se limita a la necesidad de determinar si en efecto, la entidad accionada vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones de dignidad del ciudadano **GABRIEL**

ALEJANDRO POVEDA MORENO al negarse a autorizar los servicios médicos de cirugía de REPARACIÓN DE DEFORMIDAD DE PECTUS CON DISPOSITIVO y los implementos BARRA PECTUS UP. BIOMEDISYS ordenados por su médico tratante.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, el despacho considera pertinente señalar, que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial mediante el cual *“Toda persona puede reclamar ante los jueces... la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*.

A su vez el artículo 5 del decreto 2591 de 1991 establece que *“La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos constitucionales fundamentales”*. Del mismo modo, hace extensivo dicho mandato a los particulares, en los casos específicamente determinados en la ley.

De las normas citadas en precedencia, se desprende que la procedencia de la acción de tutela está sujeta a que se evidencie la vulneración o amenaza a un derecho fundamental, de tal manera que, quien acuda a la acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales que considera conculcados, debe acreditar siquiera sumariamente el hecho vulnerador, es decir, la amenaza o afectación directa del bien jurídico susceptible de amparo.

4. Derecho a la salud

Concretamente, en materia de salud, la Corte Constitucional ha señalado que *“se quebranta este derecho fundamental cuando la entidad encargada de garantizar su prestación se niega a brindarle al paciente todo medicamento, procedimiento, tratamiento, insumo y, en general, cualquier servicio de salud que requiera con necesidad para el manejo de una determinada patología, según lo ordenado por el médico tratante”*¹.

Siguiendo esa línea de pensamiento, en la misma sentencia señaló de manera enfática, *“que el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, aunque no es exclusivo. Ello, en consideración a que por sus conocimientos científicos es el único llamado a disponer sobre las necesidades médico-asistenciales del paciente”*.²

Es necesario tener en cuenta que el artículo 2° de la Ley Estatutaria de la salud 1751 de 2015, estableció el alcance del derecho fundamental a la salud, en los siguientes términos:

“Artículo 2°, Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es 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

¹ Sentencia T-346 de 2010 M.P Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

² Sentencia T-346 de 2010 M.P Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

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.”

Respecto al alcance del derecho fundamental a la salud, ha indicado, en abundante jurisprudencia la Corte Constitucional entre otras, en la sentencia T 120 de 2017, lo siguiente:

“El derecho fundamental a la salud también implica que el individuo cuente con un diagnóstico efectivo. Lo anterior conlleva: (i) una valoración oportuna sobre las dolencias que aquejan al paciente, (ii) la determinación de la enfermedad que padece y (iii) el establecimiento de un procedimiento médico específico a seguir para lograr el restablecimiento de su salud. De acuerdo con este Tribunal, el derecho al diagnóstico efectivo comprende lo siguiente:

“(i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles.”

Así mismo, debe tenerse en cuenta que conforme lo establecido en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, las Entidades Promotoras de Salud tienen la función primordial de garantizar la prestación del plan de beneficios de salud de los afiliados y a su vez, que las IPS, en virtud de lo dispuesto en el artículo 185 de esta misma norma, tienen la obligación de prestar los servicios de salud, dentro de los parámetros y principios allí establecidos.

VI CASO CONCRETO

De conformidad con los hechos que dieron origen a la presente acción y las pruebas allegadas al expediente, se tiene que el ciudadano **GABRIEL ALEJANDRO POVEDA MORENO**, acudió a la acción de tutela en procura de obtener la protección de su derecho fundamental a la salud, por considerarlo vulnerado por la EPS accionada, debido a que no le ha autorizado la práctica de los del procedimiento quirúrgico REPARACIÓN DE DEFORMIDAD DE PECTUS CON DISPOSITIVO CON ORDEN DE BARRA PECTUS, ordenados por su médico tratante.

Del material probatorio que obra en el expediente, en concordancia con la respuesta del Hospital Universitario Clínica San Rafael, se puede establecer que el 19 de octubre de 2021 se ordena de manera prioritaria en favor del accionante, cirugía consistente en reparación de deformidad de pectus con dispositivo, orden de barra de pectus up. Luego de los pantallazos que aporta la accionada para demostrar que ha cumplido con los servicios requeridos por el accionante, se observa que el 30 de diciembre de 2021 autoriza la intervención quirúrgica de reparación de deformidad de pectus, no obstante, se echa de menos la autorización referente a la barra pectus, que es la tecnología requerida por su médico tratante para llevar a cabo el procedimiento quirúrgico.

De lo anteriormente consignado, el despacho advierte que le asiste razón al accionante cuando manifiesta que la EPS, no está autorizando las tecnologías ordenadas por el médico tratante y que esta negligencia administrativa que ya pasa los seis meses, amenaza su integridad física, su salud y su derecho a llevar una vida en condiciones de dignidad, máxime cuando el procedimiento ordenado por el médico tratante tiene el carácter de prioritario, por lo que la práctica de la intervención quirúrgica es de vital importancia para evitar un perjuicio irreversible e irremediable en la salud del accionante.

Así las cosas, se debe tener en cuenta que para la materialización del servicio de la intervención quirúrgica que necesita el accionante, es indispensable que la autorización cumpla con los parámetros señalados por el médico tratante en las ordenes de servicios que emite, por lo que es obligación de la EPS autorizar de manera coherente con lo ordenado.

En consonancia con lo anterior, se procederá a amparar el derecho fundamental a la salud y a la vida en condiciones de dignidad del señor **GABRIEL ALEJANDRO POVEDA MORENO** y en consecuencia se ordenará a la **EPS FAMISANAR** para que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo proceda a autorizar el procedimiento quirúrgico consistente en reparación de deformidad de pectus con dispositivo, orden de barra de pectus up. ordenado por el médico tratante en favor del accionante.

Ahora bien, frente al tratamiento integral a dicho la Honorable Corte Constitucional en sentencia T – 259 de 2019 que *“Por lo general, se ordena cuando (i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente. Igualmente, se reconoce cuando (ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas (iii) personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”*. Teniendo en cuenta lo anterior la pretensión de tratamiento integral se negará por el despacho, dado que no concurren los presupuestos jurisprudenciales para su configuración, como quiera que el accionante no es un sujeto de especial protección constitucional, ni su patología está catalogada como una enfermedad catastrófica, no obstante el despacho pone de presente a la entidad accionada que la orden acá dada, implica una atención prioritaria e inmediata, que no atente contra el derecho a la salud del accionante, para lo cual debe tener en cuenta que debe proceder a garantizar el servicio de salud sin ningún tipo de trabas administrativas.

En mérito de lo expuesto, El Juzgado Noveno Civil Municipal de esta ciudad, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones de dignidad del ciudadano **GABRIEL ALEJANDRO POVEDA MORENO**, de conformidad a las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a la EPS FAMISANAR a través de su representante legal a que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda autorizar en favor del

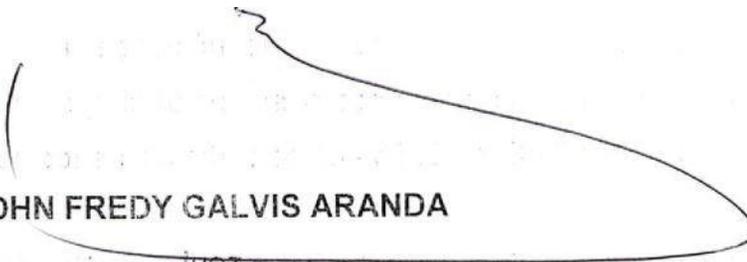
accionante el procedimiento quirúrgico REPARACIÓN DE DEFORMIDAD DE PECTUS CON DISPOSITIVO material BARRA PECTUS UP, BIOMEDISYS.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la acción de tutela en todo lo demás, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NOTIFÍQUESE el presente fallo a las partes, en los términos de que trata el artículo 30 del decreto 2591 de 1991, por el medio más expedito.

QUINTO: Si no fuere impugnado éste proveído, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, en su oportunidad **REMÍTASE** la actuación a la Honorable Corte Constitucional, a efectos de su eventual revisión. (Art. 33 del Decreto 306 de 1992).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOHN FREDY GALVIS ARANDA
Juez