

República de Colombia



Rama Judicial

Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020)

Acción de tutela en segunda instancia: 110013104008202000148

Acción de tutela en primera instancia: 110014009042202000097

Accionante: Nanet del Carmen Baquero Correa

Accionada: EPS Sanitas

Objeto

Procede el Despacho a resolver el recurso de impugnación interpuesto por la EPS Sanitas, contra el fallo de fecha 17 de septiembre del año en curso, emitido por el Juzgado 42 Penal Municipal con Función de Control de Garantías.

Solicitud de tutela

De lo narrado en el escrito de tutela, se tiene que la accionante desde el año 2017 ha sido valorada por el galeno Jorge Rolando Ortiz adscrito a la Corporación Salud UN, quien inicialmente le diagnosticó que debería reemplazar su rodilla derecha, pero por su edad le envió unas recomendaciones médicas y valoraciones cada 6 meses, hasta que el 28 de febrero de 2020, le indicó que debía realizarse la cirugía de «reemplazo protésico total primario tricompartmental simple de rodilla», por lo cual radicó la orden ante la EPS Sanitas y el 31 de marzo del año en curso, luego de someter los resultados de los exámenes ante el comité quirúrgico, le expidieron la autorización de la cirugía ante la IPS Clínica Universitaria Colombia.

Comoquiera que la accionante no se encontraba de acuerdo con la IPS a donde fue asignada su intervención quirúrgica, elevó varias peticiones ante la EPS accionada el 21 de mayo, 10 de julio y 14 de agosto del año en curso, donde solicitó que la cirugía le fuera practicada en la Corporación Salud UN, a lo cual le han contestado con negativas a su solicitud.

Aseguró la actora que la Corporación Salud UN si tiene convenio vigente con la EPS Sanitas, ya que se ha dado cuenta que allí han atendido a otros pacientes y les han realizado trasplantes de rodilla.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: jj08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Por lo anteriores hechos solicitó que la EPS accionada autorice su cirugía en la Corporación Salud UN de esta ciudad y se le realice el tratamiento necesario.

Fallo de primera instancia

El Juzgado 42 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, el 17 de septiembre del año en curso tuteló el derecho a la libre escogencia de IPS y ordenó a la EPS Sanitas autorizar y realizar a la accionante la cirugía de «reemplazo protésico total primario tricompartimental simple de rodilla» en la IPS Corporación Salud UN.

Argumentos de impugnación

Paola Andrea Rengifo Bobadilla, quien funge como representante legal para temas de salud y acciones de tutela de la EPS Sanitas señaló que la Corporación Salud UN (IPS Hospital Universitario Nacional de Colombia) no cuenta con convenio vigente para realizar el procedimiento que necesita la accionante y que además no le han negado ningún servicio médico frente a su patología.

Argumentó que la Clínica Colombia cuenta con convenio con su representada, para realizar el procedimiento objeto de la acción de tutela.

Competencia

Le asiste competencia a este Estrado constitucional para resolver la discrepancia propuesta, conforme lo disponen los artículos 228 y subsiguientes de la Carta Política, en concordancia con el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

Consideraciones del Despacho

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo que permite la intervención inmediata del Juez Constitucional en aras de proteger los derechos fundamentales cuando estos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares como lo prevé el artículo 3º del Decreto 2591 de 1991.

Por ser un mecanismo especial, excepcional, subsidiario, no pensado como medio para usurpar y sustituir las competencias judiciales ordinarias y naturales legalmente establecidas para la discusión y solución de conflictos a diario suscitados en medio de las relaciones entre el Estado y los coasociados, por mandato de la misma disposición superior, esta acción pública solo puede proceder ante la ausencia de otros medios



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: jj08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

judiciales de defensa al alcance del interesado, para hacer efectiva la garantía de sus derechos, salvo que la misma sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es necesario recordar que la conexidad del derecho a la salud con el derecho a la vida debe enmarcarse dentro del contexto de dignidad humana que irradia todo el ordenamiento constitucional, por lo cual los riesgos contra la vida no pueden entenderse única y exclusivamente en un estricto sentido formal. La jurisprudencia sobre este respecto ha determinado que el concepto de vida no está limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, que daría lugar al amparo de tutela únicamente en el evento de encontrarse el individuo a punto de fenecer o de perder una función orgánica de manera definitiva, sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas.

Lo que se pretende entonces, es respetar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida en que ello sea posible.

La aplicación de las normas del Sistema General de Seguridad Social en Salud no debe generalizarse, sin estimar la situación concreta de cada persona, pues el ceñimiento estricto y exegético a tales reglamentos, en eventuales oportunidades causa daño a quienes solicitan un servicio excluido o se encuentran en otras situaciones de hecho y, por ende, tal negativa conlleva a la violación efectiva de derechos del orden fundamental.

En el caso sub examine, a la ciudadana Nanet del Carmen Baquero Correa, su médico tratante le ordenó el procedimiento quirúrgico de «reemplazo protésico total primario tricompartmental simple de rodilla», el 28 de febrero de 2020 y la EPS le autorizó el mismo ante la IPS Clínica Universitaria Colombia, el 31 de marzo de 2020.

Comoquiera que la accionante no se encontraba de acuerdo con el cambio de IPS para la realización de su cirugía, interpuso la acción de tutela.

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece en cabeza del Estado la obligación de garantizar a todas las personas, la atención en salud que requieran, y para ello, lo ha encargado tanto del desarrollo de políticas públicas que permitan su efectiva materialización, como del ejercicio de la correspondiente vigilancia y control sobre las mismas. De ahí que el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado se constituye en un derecho subjetivo fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad del Estado.

En síntesis, todas las personas pueden acudir a la acción de tutela para lograr la protección de su derecho fundamental a la salud, pues no solamente se trata de un derecho autónomo sino que también se constituye en uno que se encuentra en íntima



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: jj08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

relación con el goce de distintos derechos, en especial la vida y la dignidad humana, derechos que deben ser garantizados por el Estado colombiano de acuerdo a los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales que al respecto se han establecido.

Frente al derecho de la libre escogencia de IPS y EPS, la Corte Constitucional en Sentencia T-481 de 2016, con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos señaló:

*«Al respecto, es de destacar que todo afiliado al sistema de seguridad social en salud cuenta con la posibilidad de escoger libremente la EPS que considere satisface de mejor manera sus necesidades o que lo protegerá óptimamente ante la ocurrencia de una contingencia a partir de la cual requiera atención en salud; y, **una vez afiliado, dentro de ella goza de la libertad de escoger cuál será la IPS, con la que su EPS tiene convenio, en la que le prestarán efectivamente las atenciones que necesite.**»*

*En otras palabras, se trata de una prerrogativa que (i) toma fundamento en la libertad y autonomía del individuo para auto-determinarse y, de esa manera, escoger las entidades en las que confiará el cuidado de su salud; y (ii) a partir de la cual el afiliado al sistema selecciona la EPS encargada de gestionar administrativamente su atención en salud **y, como producto de su elección, queda limitado a las IPS con la que ésta ha decidido hacer convenios para prestar el servicio.***

De conformidad con lo expuesto, el derecho del usuario de escoger la IPS encargada de prestar los servicios de salud únicamente puede ser ejercido dentro del marco de opciones que ofrezca la respectiva EPS, esto es, dentro de los límites que establece el derecho de la EPS a escoger las entidades con las que contratará. A pesar de lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte ha encontrado excepción a esta regla en los eventos en que: (i) se trata de una urgencia que no admite demora en su atención y requiere que el servicio de salud sea prestado en la IPS más cercana al lugar de su ocurrencia, (ii) cuando hay autorización expresa de la EPS para que la atención se brinde con una entidad con la que no tiene convenio y (iii) cuando se demuestra la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la IPS para cubrir sus obligaciones, esto es, atender las necesidades en salud de sus usuarios.»

En la misma jurisprudencia, se reiteró lo expuesto en la Sentencia T-247 de 2005 así:

*«Aunque la negativa al traslado de una IPS por sí sola no genera la vulneración de derechos fundamentales, **cuando se acredita que la IPS receptora no garantiza integralmente el servicio, o se presta una inadecuada atención médica o de inferior calidad a la ofrecida por la otra IPS, y ello causa en el usuario el deterioro de su estado de salud, el juez de tutela podría conceder el amparo mediante tutela.**» (Negrillas fuera del texto original)*

Del mismo modo, la Corporación en sentencia T-057 de 2013 con ponencia del Magistrado Alexei Julio Estrada, indicó que:

*«Cuando se acredita que la IPS receptora no garantiza integralmente el servicio **o que a pesar de la adecuada calidad de su prestación por diferentes factores, como por ejemplo, su ubicación, pone en riesgo el estado de salud del paciente y ello causa el deterioro de su condición, el juez de tutela podría conceder el amparo.**» (Negrillas por fuera del texto original)*

En conclusión, por regla general, el ejercicio del derecho a escoger libremente la IPS en que se otorgará la atención en salud requerida por el afiliado está limitado a aquellas



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: jj08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

instituciones con las que la EPS tiene convenio, de forma que a efectos de que resulte admisible que en sede de tutela se autorice la prestación de los servicios de salud en una IPS en la que la EPS del afiliado no tiene convenio, es necesario que se demuestre que dicha IPS no garantiza integralmente el servicio, o que el que otorga es inadecuado, inferior y, en consecuencia, termina por deteriorar la salud del usuario.

En este orden de ideas, observa este Despacho que no le asistió razón al Juzgado de primera instancia cuando decidió acceder a lo peticionado por la accionante, pues en ningún momento se demostró que la IPS Clínica Universitaria Colombia no pudiera garantizar integralmente el servicio, o que sea incapaz, tenga imposibilidad, de negativa injustificada o sea negligente para cubrir sus obligaciones.

El Juzgado fallador indicó en su providencia: *«por lo que se reitera el hecho de que la actora durante la vigencia de su afiliación a EPS Sanitas, esta tenía y tiene dentro de su red prestadora de salud la IPS Hospital Universitario Nacional de Colombia (Corporación Salud UN)»*. No obstante, revisado el cuaderno de tutela, se estableció que esa IPS no contestó el requerimiento que le hicieron, donde le solicitaron, entre otros, informara si contaban con estructura, personal especializado, programa, agenda para el servicio requerido por la accionante y si eran parte de la Red Prestadora de Sanitas EPS.

Al contrario, la EPS accionada en su respuesta indicó que actualmente no cuenta con convenio vigente con la Corporación Salud UN (IPS Hospital Universitario Nacional de Colombia), razón por la cual autorizó y dirigió la orden del servicio quirúrgico ante una IPS con convenio, en este caso la Clínica Universitaria Colombia.

En síntesis, este Juzgado no observa que la EPS Sanitas esté vulnerando derecho alguno a la ciudadana Nanet del Carmen Baquero Correa, al no autorizarle su cirugía de *«reemplazo protésico total primario tricompartmental simple de rodilla»* ante la Corporación Salud UN (IPS Hospital Universitario Nacional de Colombia), pues como ya se dijo no cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia. Por esa razón, se accederá a lo peticionado por la accionada y en consecuencia se revocará el fallo del Juzgado 42 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y en su lugar se negará lo peticionado por la accionante.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, que ha sido reiterado por la Corte Constitucional en Sentencia T-124 de 2016, cono ponencia del Magistrado, así:

«El principio de continuidad, según el numeral 3.21 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993^[20], consiste en que “[t]oda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad”. Dicho principio, hace parte de las responsabilidades a cargo del Estado y de los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud quienes deben facilitar su acceso con los servicios de promoción, protección y recuperación, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad señalados en el artículo 49 de la Constitución Política de 1991.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: jj08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, el Estado y los particulares comprometidos con la prestación de servicios de salud deben facilitar su acceso conforme a principios como el de continuidad e integralidad. A la luz de los postulados jurisprudenciales de la Corte, la prestación del servicio de salud implica que se debe dar de manera eficaz, regular, continua y de calidad. Por tanto, las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos. Lo anterior obedece al principio de la buena fe y a la obligación de garantía del Estado consistente en evitar situaciones que pongan en peligro los derechos fundamentales de la vida, la salud, integridad personal o la dignidad de los usuarios de los servicios médicos»

Por lo anterior, se puede concluir que, si bien la EPS Sanitas actualmente no cuenta con convenio vigente con la IPS Corporación Salud UN (IPS Hospital Universitario Nacional de Colombia), esta no dejó desprotegida a la demandante, ni omitió la prestación de sus servicios de salud, pues la remitió a otra IPS con convenio vigente, desde el 31 de julio del año en curso.

Por lo anterior y en aras de proteger el derecho a la salud de la accionante, se dispone que la EPS Sanitas debe prestar el servicio de salud a la ciudadana Nanet del Carmen Baquero Correa, sin dilaciones, ni demoras injustificadas frente al procedimiento quirúrgico de «reemplazo protésico total primario tricompartmental simple de rodilla» autorizando todos los procedimientos, valoraciones y exámenes pre operatorios que ordenen sus médicos tratantes para que se lleve a cabo dicha intervención quirúrgica, en la IPS Clínica Universitaria Colombia o en una IPS con la que tenga convenio vigente. Lo anterior deberá realizarse en un término no mayor a 20 días.

Con fundamento en las anotadas argumentaciones, el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

Resuelve

Primero. Revocar el fallo de primera instancia de fecha 17 de septiembre de 2020, emitida por el Juzgado 42 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad y en su lugar se niega lo peticionado por la accionante.

Segundo. Ordenar al Representante Legal de la EPS Sanitas (o quien haga sus veces) que debe prestar el servicio de salud a la ciudadana Nanet del Carmen Baquero Correa, sin dilaciones, ni demoras injustificadas frente al procedimiento quirúrgico de «reemplazo protésico total primario tricompartmental simple de rodilla» autorizando todos los procedimientos, valoraciones y exámenes pre operatorios que ordenen sus médicos tratantes para que se lleve a cabo la intervención quirúrgica, en la IPS Clínica Universitaria Colombia o en una IPS con la que tenga convenio vigente, mientras cuente con la calidad de afiliada.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: jj08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Lo anterior deberá materializarse en un término no mayor a 20 días. En virtud a lo ya expuesto.

Tercero. Notifíquese esta decisión a las partes, dejándoles en claro que contra la misma no procede recurso alguno.

Cuarto. Remítase la actuación a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase

Carlos Eduardo Velásquez Rodríguez

Juez

C.I.O.A.

Por razones de salubridad, este documento se publica sin firma, y estará en el sitio web de la Rama Judicial, su original estará a disposición de las partes una vez cesen las condiciones especiales que afectan el territorio nacional.