

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., tres (03) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicado: (057) **2020 – 00314 01**
Proceso: Acción de Tutela (SEGUNDA INSTANCIA)
Accionante: Carlos Alberto Garzón Méndez
Accionados: Compensar EPS
Asunto: **SENTENCIA**

Agotado el trámite que le es propio a esta instancia, se resuelve lo pertinente a la impugnación presentada por Carlos Alberto Garzón Méndez, contra el fallo de fecha 28 de julio de 2020, proferido por el Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1.- Supuestos Fácticos

El señor Carlos Alberto Garzón Méndez, propone acción de tutela para la protección de su derecho fundamental a la salud, la cual sustenta en los siguientes hechos:

1. Que está afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, al régimen contributivo, en Compensar EPS, en calidad de beneficiario, así como, al plan complementario de salud.
2. Que Compensar EPS–Plan Complementario Especial (PCE) por medio de la Clínica de Riesgo de Fractura S.A. le realizó el 24 de febrero de la presente anualidad le fue diagnosticada apnea del sueño grave.

3. Que con ocasión del citado diagnóstico, el 10 de marzo de 2020, le fue ordenado un “estudio fisiológico de sueño, estudio polisomnográfico sin oximetría autotitulación mínima 5 presión máxima 15cmh20.
4. Que ya canceló los \$13.100 a Oxigenos de Colombia S.A.
5. Que Compensar EPS y la Clínica del Riesgo de Fractura S.A., se han negado a prestar el servicio requerido, argumentando que debido a la pandemia por Covid-19 y a efectos de propender por el distanciamiento social, el distanciamiento y la salud de los pacientes, atendiendo además las directrices gubernamentales, no se realizan estudios de titulación de CPAP, como quiera que según *“información publicada por diferentes asociaciones Asociación Americana de Medicina de Sueño y Asociación Colombiana de Neumología y Cirugía de Torax en donde recomiendan posponer los procedimientos no esenciales como la implementación de tratamiento con presión positiva ya que en el momento de adaptar este tratamiento a un paciente asintomático puede esparcirse el virus con alta posibilidad de contaminar a las personas que se encuentren en el mismo espacio físico”*
6. Que que la recomendación de posponer los procedimientos/tratamientos no esenciales como la implementación de tratamiento con presión positiva (estudios de titulación de CPAP), es para un paciente asintomático.
7. Que de lo anterior infiere que para dar inicio al tratamiento con presión positiva (estudios de titulación de CPAP) para la apnea de sueño, se hace necesario determinar y precisar el estado de salud del paciente, es decir, identificarlo como positivo o negativo para SARS-2COVID-19. Para determinar esa situación es necesario realizar al paciente la prueba diagnóstica PCR para SARS-2COVID-19, mediante hisopo con muestra nasal o de garganta .
8. Que a la fecha, no obstante las continuas y reiteradas solicitudes del paciente/Actora la Accionada Compensar EPS–PCE, ésta se ha negado a realizar la prueba al paciente/Actor, para determinar POSITIVO o NEGATIVO para SARS2COVID-19.
9. Que la consecuencia del resultado para el paciente que sea negativo para SARS2COVID-19, es que se daría inicio al tratamiento con presión positiva (estudios de titulación de CPAP) para la Apnea de

Sueño, ya que el Actor/paciente no sería asintomático, por lo tanto, estaría habilitado para ser destinatario del tratamiento.

10. Que la accionada Compensar EPS-Plan Complementario Especial, mediante comunicado de fecha 16 de junio de 2020, le trasladó la responsabilidad de iniciar el tratamiento requerido para la patología que padece.

11. Que teniendo en cuenta que requiere el precitado tratamiento resulta necesario efectuar la referida prueba.

2.- Lo Pretendido.

Como pretensiones de la presente acción constitucional se exponen:

“1) Se Protejan/Amparen el Derecho Constitucional Fundamental a la salud, seguridad social. Los Principios de: Continuidad, Oportunidad, Eficacia, Calidad en la Prestación del Servicio de Salud del Accionante, entre otros.

2) Como consecuencia de la Protección y Amparo Constitucional, ORDENE a la Accionada Compensar EPS que en un término no mayor a 48 horas proceda con realizarle/practicarle al paciente/Actor la prueba diagnóstica PCR para SARS-2COVID-19 mediante Hisopo con muestra nasal y/o de garganta, mediante la cobertura del Servicio de Salud régimen contributivo.”

3.- La Actuación.

La demanda de tutela correspondió por reparto al Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal de esta ciudad, quien la admitió en auto del 15 de julio de 2020. En ese proveído dispuso la vinculación de la Clínica Riesgo de Fractura SA, Oxígenos de Colombia, Ltda, Asociación Colombiana de Neumología y Cirugía de tórax , ADRESD y la Secretaría de Salud Distrital.

4.- Intervenciones

Advierte el Despacho que se recibieron informes junto con sus anexos de la Secretaría Distrital de Salud, Adres, Compensar, Clínica del Riesgo de Fractura, y Asociación Colombiana de Neumología y Cirugía del Tórax.

5.- La Providencia de Primer Grado

El Juez a-quo negó el amparo de la manera como fue solicitado por considerar **(i)** que el actor presenta una situación especial que debe ser valorada por el médico tratante, en tanto que, es el profesional de la salud el que debe entrar a definir si previo a que se practique el estudio de autotitulación, se requiere descartar si el actor es portador o no de covid-19, pues solamente es aquel galeno quien puede determinar según su experiencia y especialidad, si dicha situación fuera riesgosa para el paciente, y afectaría tajantemente el éxito del tratamiento que requiere la patología que padece el tutelante; **(ii)** que son los profesionales de la salud los llamados a establecer los procedimientos que han de impartirse en el tratamiento y rehabilitación de los usuarios del sistema de salud, y no el Juez Constitucional.

6.- La Impugnación.

Inconforme con la decisión de primer grado el accionante procedió a su impugnación argumentando **(i)** que, si bien, en el fallo de instancia se hace referencia al derecho a la salud, las accionadas incurren en vulneración del mismo, como quiera que no se imparte la orden a su médico tratante para que realice la prueba de Covid-19; **(ii)** que lo manifestado por la Clínica del Riesgo de Fractura S.A., “es falso”, como como quiera que el actor no es asintomático y para establecer si se tiene o no tal condición, debe hacerse primero la prueba de Covid-19; **(iii)** que a pesar de haberse vinculado a la Asociación Colombiana de Neumología y Cirugía de Tórax, no se tuvo en cuenta la recomendación efectuada en cuanto a la necesidad de efectuar la prueba de Covid-19, previo a realizar el procedimiento requerido por el actor para el tratamiento de la apnea del sueño que padece; **(iv)** que también enunció la vulneración de su derecho fundamental a la igualdad, como quiera que, a otras personas como el Alcalde de Medellín y el Alto Consejero para los Derechos Humanos, se les practicó la prueba, sin restricción alguna.

CONSIDERACIONES

1.- La Competencia.

Este juzgado es competente para conocer de la presente impugnación del fallo de primera instancia, conforme lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

2.- Problema Jurídico Por Resolver.

Debe establecer el despacho si el juez constitucional se encuentra facultado para ordenar la práctica de un servicio médico, sin que hubiese sido ordenado por el médico tratante de quien lo solicita.

3.- Procedencia de la Acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona cuenta con la acción para reclamar ante los jueces, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad.

4.- De las facultades del juez constitucional para ordenar la prestación de un servicio sin prescripción del médico tratante.

Respecto del particular, la Corte Constitucional mediante sentencia T-345 de 2013, ha sido enfática en determinar que al Juez de tutela no le es permitido ordenar la prestación de ningún servicio, sin que antes hubiese sido prescrito por el médico tratante de quien lo solicita, y en tal sentido señaló:

*“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.
(..)*

3.3. 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.”

5.- Del derecho al diagnóstico

Respecto de dicha garantía la Corte Constitucional mediante sentencia T-259 de 2019, precisó:

“Según la jurisprudencia constitucional, el derecho al diagnóstico deriva del principio de integralidad y consiste en la garantía del paciente de “exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado”¹²⁴.

6.- El Caso en Concreto.

Descendiendo al caso objeto, en cuanto al primer reparo formulado por el extremo actor, debe precisarse que, en efecto, Compensar EPS vulnera su derecho al diagnóstico, el cual constituye una faceta del derecho fundamental a la salud, al negarse de plano a realizar la prueba para el Covid-19, sin que previo a ello fuese valorado por uno de los médicos adscritos a dicha prestadora.

Nótese que la citada prerrogativa le confiere al paciente la facultad de solicitar la realización de exámenes y/o procedimientos a efectos de conocer su verdadero estado de salud, sin que le sea dable a EPS, abstenerse de plano a negar tales servicios, so pretexto de no mediar orden en tal sentido proferida por el médico tratante.

Empero, si bien al actor le asiste la razón en su afirmación, lo cierto del caso es que, la misma no resulta de recibo a efectos de obtener la revocatoria de la providencia opugnada, como quiera que, a pesar de no haberse concedido el amparo en los términos por él solicitados, el *a quo* efectuó un análisis de las garantías cuya protección se reclama, llegando a la

conclusión de que lo procedente dentro del presente asunto, no era conminar a la accionada a realizar la prueba para Covid-19, sin que la misma hubiese sido prescrita por su médico tratante, sino ordenar una valoración por dicho profesional de la salud, con el objeto de determinar la necesidad, pertinencia y oportunidad de realizar la pluricitada prueba.

De acuerdo con lo expuesto, colige esta sede judicial que no podría ser otra la posición del *a quo*, si en cuenta se tiene que, la Corte Constitucional ha sido clara en diferenciar el rol del juez de tutela y del médico tratante, para concluir que el primero debe propender por la protección de los derechos fundamentales del paciente, garantizando por ejemplo el acceso a los servicios de salud, cuando quiera que las prestadoras del mismo se rehúsan de forma injustificada a cumplir con su obligación en tal sentido, sin que le sea dable abrogarse la competencia de valorar la pertinencia y necesidad de un tratamiento o procedimiento por carecer de los conocimientos científicos que requiere tal actividad, que por su naturaleza es exclusiva del personal de la salud.

En estos términos, mal podría el Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal haberle ordenado a Compensar EPS, la toma de la prueba para Covid-19, para el accionante, dado que necesariamente debe mediar orden médica, previa valoración del mismo, por lo cual, resulta plausible para esta juzgadora colegir que, si bien, no se concedió la solicitud de amparo en los términos solicitados por el señor Carlos Alberto Garzón Méndez, la decisión impugnada se ajusta al precedente jurisprudencial de máximo Tribunal en materia constitucional.

Ahora, respecto de la inconformidad formulada por el actor, relacionada con la respuesta aportada por la Clínica del Riesgo de Fractura S.A cuando se refiere a su condición de asintomático para Covid-19, debe mencionarse que no se trata de un yerro endilgado al fallo de primera instancia, sino de una apreciación de la vinculada que escapa a la competencia de esta sede judicial.

Respecto a la omisión de tener en cuenta lo advertido por la Asociación Colombiana de Neumología y Cirugía de Tórax respecto a que debe realizarse previamente la prueba del Covid 19, conviene acotar que

conforme a la jurisprudencia constitucional es el médico tratante quien debe verificar la procedencia o no de determinado servicio médico, por manera que no es viable endilgar yerro alguno al a quo frente a ese tópico.

De otro lado, refiere el actor que se vulnera su derecho a la igualdad, toda vez que la pluricitada prueba le ha sido tomada a otras personas como el Alcalde de Medellín, sin obstáculo alguno. Al respecto, se considera que no puede efectuarse en este momento el test de proporcionalidad de condiciones, a efectos de determinar si se ha incurrido en algún acto de discriminación para con el accionante, toda vez que no obra en el plenario prueba alguna que le permita al Despacho inferir que las condiciones de las personas que se enuncian en el escrito de tutela sean equivalentes a las suyas y que, además dicho trato desigual provenga de la aquí accionada.

Con todo, resulta del caso precisar que la decisión de primera instancia garantiza el derecho al diagnóstico, como componente del derecho a la salud, ya que le permite al actor el acceso a la valoración con su médico tratante, quien se itera, será quien determine a través de su conocimiento científico si en realidad el señor Carlos Alberto Mejía Méndez, requiere la práctica de la prueba solicitada.

Por lo aquí expuesto, habrá de confirmarse la providencia de fecha 28 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal de esta ciudad.

DECISIÓN

En virtud a lo expuesto, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y mandato constitucional,

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la providencia de fecha 28 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal de esta ciudad, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Segundo: NOTIFICAR la presente decisión personalmente, por telegrama, o cualquier otro medio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero: COMUNICAR telegráficamente la presente decisión al Juzgado de origen.

Cuarto: REMITIR el expediente a la honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, cumplido lo anterior.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA

JUEZA