



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Juzgado 5° Civil Municipal de Bogotá
Carrera 10 No. 14-33 piso 5 Teléfono/Fax: 2815639
cmpl05bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., primero (1) de julio de dos mil veintidós (2022).

Ref: ACCIÓN DE TUTELA No. 110014003 005 2022-00577 00

ACCIONANTE: TOMAS BARRERO RAMÍREZ, actuando en calidad de agente oficioso de **MARIA DEL CARMEN SANTIAGO DE BARRERO**.

ACCIONADO: IPS COLSUBSIDIO y EPS FAMISANAR S.AS.

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez motivado en legal forma el trámite adecuado.

I. ANTECEDENTES:

1.- HECHOS:

Según lo plantea el agente oficioso en el escrito de tutela, su abuela María del Carmen Santiago de Barrero, de 79 años de edad, ha padecido de múltiples quebrantos de salud y el 16 de diciembre de 2019 le fue diagnosticado “*hipoacusia mixta de predominio sensorineural de grado severo a profundo*”.

Agregó que, debido a dicha patología, su agenciada “*requiere de un único procedimiento a fin de extraer en su totalidad la materia infecciosa que reposa en su oído*”, consistente en “*resección de tumor o lesión de oído medio y mastoides via transmastoidea, tomas de injerto condral de pabellon auricular, timpanoplastia con revision de la cadena osicular via endoscopica, reconstrucción de cadena osea (osiculoplastia) con injerto o protesis sobre remanente de cadena osea y mastoidectomia con epitimpanectomia o timpanotomia posterior*”.

Añadió que, se agendó el 10 de mayo de 2022 para la práctica del procedimiento, sin embargo, luego se pospuso para el 24 de junio de 2022, y últimamente, para el 16 de julio de 2022, vulnerando de esta manera los derechos fundamentales de su agenciada.

2.- LA PETICIÓN:

Solicitó se amparen los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, y a la seguridad social de su agenciada y, en consecuencia, ordenar a las accionadas que procedan a practicarle el “*PROCEDIMIENTO QUIRURGICO A TRATAR RESECCIÓN DE TUMOR O LESIÓN DE OIDO MEDIO Y MASTOIDES*”

VIA TRANSMASTOIDEA, TOMAS DE INJERTO CONDRAL DE PABELLON AURICULAR, TIMPANOPLASTIA CON REVISION DE LA CADENA OSICULAR VIA ENDOSCOPICA, RECONSTRUCCIÓNDE DE CADENA OSEA (OSICULOPLASTIA) CON INJERTO O PROTESIS SOBRE REMANENTE DE CADENA OSEA Y MASTOIDECTOMIA CON EPITIMPANECTOMIA O TIMPANOTOMIA POSTERIOR (...) CONCEDER *dada su Patología el Tratamiento médico Integral (...) ORDENAR su inmediato traslado a institución médica de 3 o 4 nivel, idónea, y con la capacidad científica hospitalaria necesaria para prestar los servicios médicos que requiere mi abuela dada la grave patología que padece*".

II. SÍNTESIS PROCESAL:

Por auto de 16 de junio de 2022, se admitió la acción y se ordenó notificar a las accionadas y se les otorgó un plazo de un (1) día para que brindaran una respuesta al amparo. Igualmente, se dispuso vincular al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

Igualmente, se decretó medida provisional de conformidad con lo previsto en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991.

EPS FAMISANAR S.A.S.

Dio respuesta a la acción constitucional, oponiéndose y solicitando se niegue por no haber vulnerado los derechos fundamentales de la promotora. En ese sentido indicó que *"atendiendo a la medida provisional decretada y a la solicitud de la usuaria, se decide enviar a IPS del nivel requerido, la cual es Hospital San Rafael Bogotá y se gestiona autorización para consulta de otorrinolaringología"*.

Agregó que, *"teniendo en cuenta la pertinencia y continuidad del tratamiento a las patologías presentadas que se va a gestionar en esta IPS, es el médico tratante el encargado por ética médica en su valoración y criterio científico, de decidir si deja los mismos procedimientos ya requeridos o si requiere algo adicional, según la condición que presente al momento de la valoración"*.

Añadió que *"Bajo las anteriores consideraciones, es pertinente declarar infundado la tutela propuesta, toda vez que de un lado se dio cumplimiento a las obligaciones legales como EPS en lo que respecta a la autorización de los servicios requeridos y de otro, se encuentra adelantado el plan de manejo, para la práctica de los mismos, sin que se observe que la situación que impide la realización inmediata de los mismos sea atribuible a cargo de Famisanar EPS, es decir, no se evidencia actitud rebelde o reticente en atender las obligaciones Legales y Constitucionales, lo que de suyo descarta la responsabilidad subjetiva para declarar el amparo de Derechos Fundamentales en la presente acción"*.

Finalmente, se opuso a la solicitud de tratamiento integral, alegando que no se cumplen los requisitos jurisprudenciales para su otorgamiento.

MINISTERIO DE SALUD

Afirma que le corresponde a la EPS agendar las citas con médicos especialistas de conformidad con el artículo 123 del Decreto 019 de 2012, además, que se encuentra dentro de la Resolución 2292 de 2021, en consecuencia, solicitó exonerar al Ministerio de toda responsabilidad que se le pueda llegar a endilgar.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Indicó que la prestación de los servicios le corresponde a la EPS acorde con la normatividad vigente, además, que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, por ende, solicitó se le desvincule de la presente acción.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES

Argumentó que teniendo en cuenta que la presente acción constitucional no es responsabilidad del agravio que alude la promotora, se hace necesario solicitar se declare la improcedencia y falta de legitimación para con la entidad que representa. En igual sentido, puntualizó que la obligación del servicio solicitado, recae exclusivamente sobre la EPS, y no le asiste el derecho de recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES-.

DEFENSORÍA DEL AFILIADO DE COLSUBSIDIO

En término indicó que dicha entidad no obra como accionada o vinculada, pues es diferente a Colsubsidio Caja de Compensación Familiar, por tanto, no son los llamados a contestarla.

COLSUBSIDIO

En término se pronunció frente a los hechos y pretensiones del accionante, para lo cual indicó que la cirugía está programada para el 16 de julio de 2022, por tanto, indicó, estamos frente a un hecho superado y debe declararse improcedente la presente acción de tutela.

CONSIDERACIONES:

1.- LA ACCION DE TUTELA:

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo

momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, 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, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela en consecuencia, es viable cuando quiera que un derecho fundamental constitucional se encuentre bajo amenaza o vulneración, situación que deberá ser demostrada o probada, por quien reclama su protección.

1.1 Derecho a la Salud.

La Ley 1751 del 16 de febrero de 2015 (Ley Estatutaria de Salud) en su art. 2° establece el derecho a la salud como fundamental y el art.10° señala que las personas tienen derecho a acceder a los servicios de salud que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad.

Sobre la naturaleza del derecho a la salud, la Corte Constitucional en Sentencia T-320 de 2011 señaló:

“En este sentido, la Corte ha precisado que la “faceta prestacional” del derecho fundamental a la salud implica para el Estado la obligación de tomar las medidas necesarias para proporcionar a todas las personas la efectividad del mismo. De esta manera, el incumplimiento del conjunto de acciones con las cuales se facilita el acceso y el disfrute del derecho, facultan a su titular para reclamar esta garantía mediante la acción de tutela.

No obstante lo anterior y sin dejar de reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud, esta Corporación ha indicado que en virtud de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Constitución, no todos sus aspectos son susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela, ya que su protección mediante esta vía procede en principio cuando: (i) “esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho”.

En conclusión, la acción de tutela, como mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales, ampara el derecho a la salud en su dimensión de acceso a los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, protege la garantía básica con la que cuentan todas las personas de acceder a los “servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre

comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad”.

...De manera que, para acceder a un servicio de salud incluido en el POS, procederá la acción de tutela siempre y cuando se cumpla con las siguientes condiciones: (i) “que el servicio, tratamiento o medicamento haya sido ordenado por un médico tratante, (ii) que sea necesario para conservar la salud, la vida, la dignidad, la integridad o algún derecho fundamental y (iii) haya sido solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud”.

Aunado a lo anterior, precisa este despacho que no es posible controvertir las decisiones del galeno en ordenar determinados procedimientos, pues es el profesional idóneo para indicar en materia de salud las necesidades de cada paciente.

Precisamente lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el siguiente sentido:

“Concretamente, se deduce que el médico tratante, es el galeno idóneo para proveer las recomendaciones de carácter médico que requiere el paciente. Esas recomendaciones no pueden ser objetadas por la EPS, cuando aquella tuvo noticias de dicha opinión médica, pero no la contravirtió con base en criterios científicos; o bien sea porque el Comité científico de la entidad valoró inadecuadamente la historia clínica del paciente y no sometieron el padecimiento de éste al estudio de un especialista” (Sentencia T-539 de 2013).

2.- CASO CONCRETO

1. En el caso bajo estudio, Tomas Barrero Ramírez, actuando en calidad de agente oficioso de su abuela María del Carmen Santiago de Barrero, alega que se está vulnerando el derecho a la vida digna, salud y seguridad social de su agenciada, al no realizar de manera inmediata el procedimiento quirúrgico ordenado por su médico tratante. Así mismo, solicitó se ordene a la accionada brinde el tratamiento integral.

2. La EPS accionada, en la respuesta allegada a la acción constitucional indicó que *“atendiendo a la medida provisional decretada y a la solicitud de la usuaria, se decide enviar a IPS del nivel requerido, la cual es Hospital San Rafael Bogotá y se gestiona autorización para consulta de otorrinolaringología”.* Agregó que, *“teniendo en cuenta la pertinencia y continuidad del tratamiento a las patologías presentadas que se va a gestionar en esta IPS, es el médico tratante el encargado por éticamédica en su valoración y criterio científico, de decidir si deja los mismos procedimientos ya requeridos o si requiere algo adicional, según la condición que presente al momento de la valoración”.*

3. Colsubsidio en la respuesta brindada a la acción, informó que la cirugía está programada para el 16 de julio de 2022, por tanto, indicó, estamos frente a un hecho superado y debe declararse improcedente la presente acción de tutela.

4. Con base en las pruebas obrantes, se encuentra acreditado los siguientes hechos: i) que la señora Santiago de Barrero cuenta con 79 años de edad, ii) que fue diagnosticada con “*hipoacusia conductiva derecha*” con “*colesteatoma*”, por lo que su médico tratante le ordenó “*RESECCIÓN DE TUMOR O LESIÓN DE OIDO MEDIO Y MASTOIDES VIA TRANSMASTOIDEA, TOMA DE INJERTO CONDRAL DE PABELLON AURICULAR, TIMPANOPLASTIA CON REVISION DE LA CADENA OSICULAR VIA ENDOSCOPICA, RECONSTRUCCIÓN DE CADENA OSEA (OSICULOPLASTIA) CON INJERTO O PROTESIS SOBRE REMANENTE DE CADENA OSEA Y MASTOIDECTOMIA CON EPITIMPANECTOMIA O TIMPANOTOMIA POSTERIOR.* (Orden médica 34216966 **del 5 de abril de 2022**).

Para el despacho, es clara la vulneración a los derechos fundamentales de la señora Santiago de Barrero, si se tiene en cuenta que la EPS accionada ha demorado en el suministro del procedimiento requerido por la actora, el cual le fue prescrito desde el **5 de abril de 2022**. Por lo tanto, se ha de concluir que no se ha dado el efectivo suministro del servicio de salud autorizado, pues, es claro que “***es el suministro de la orden dada por el médico, la forma por excelencia en que se concreta el cumplimiento y el respeto por el derecho a la salud de los afiliados; de modo que, además de la autorización de la intervención, es necesario que esta sea programada y proporcionada a la demandante***”. (se destaca; Sentencia T 234 de 2013)

Bajo ese escenario, se ha de concluir que la EPS accionada ha retardado la atención que está a su cargo en lo que hace a los servicios médicos requeridos por la agenciada, pues **no ha velado por su efectiva prestación**; vulnerando de esa forma los derechos fundamentales de María del Carmen Santiago de Barrero.

Cierto es que, el primer responsable de cumplir con las funciones de garantizar la prestación de los servicios de salud requeridos por sus afiliados son las entidades promotoras de salud, en este caso la EPS FAMISANAR, situación que genera un incumplimiento en los deberes que le impone la Ley 100 de 1993.

Adicional lo expuesto, le compete al Despacho, determinar si en el caso objeto de estudio se acreditan los requisitos que, en criterio de la jurisprudencia constitucional, permiten otorgar el tratamiento integral deprecado por el accionante.

Sobre dicho tópico, “*la Corte ha señalado que el juez de tutela debe ordenar el suministro de todos los servicios médicos que sean necesarios para*

*conservar o restablecer la salud del paciente, cuando la entidad encargada de **ello no ha actuado con diligencia y ha puesto en riesgo los derechos fundamentales del paciente, siempre que exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante.***

*Lo anterior ocurre, por una parte, porque **no es posible para el juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables;** y por la otra, porque en caso de no puntualizarse la orden de tratamiento integral, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados, en contravía del mandato previsto en el artículo 83 de la Constitución”. (Corte Constitucional sentencia T-092 de 2018).*

Bajo ese horizonte, en el caso objeto de análisis, el Despacho encuentra que la pretensión invocada por el actor relacionada con el tratamiento integral **no está llamada a prosperar**, habida cuenta que ni del material obrante en el expediente, ni de lo dicho por las partes en el trámite del amparo constitucional, se advierte que exista una negación a un procedimiento o tratamiento médico diferente al programado para el próximo 16 de julio, siendo claro que no es posible acceder a lo pretendido a partir de simples suposiciones sobre hechos futuros o con el fin de precaver hipotéticas vulneraciones a los derechos fundamentales invocados por el accionante.

Así las cosas, se ordenará a la EPS Famisanar S.A.S. que, de **forma inmediata, proceda a realizar las gestiones administrativas que sean necesarias para que, sin más dilaciones,** se suministren a la quejosa los procedimientos denominados “*RESECCIÓN DE TUMOR O LESIÓN DE OIDO MEDIO Y MASTOIDES VIA TRANSMASTOIDEA, TOMA DE INJERTO CONDRAL DE PABELLON AURICULAR, TIMPANOPLASTIA CON REVISION DE LA CADENA OSICULAR VIA ENDOSCOPICA, RECONSTRUCCIÓNDE DE CADENA OSEA (OSICULOPLASTIA) CON INJERTO O PROTESIS SOBRE REMANENTE DE CADENA OSEA Y MASTOIDECTOMIA CON EPITIMPANECTOMIA O TIMPANOTOMIA POSTERIOR*”, conforme lo prescrito por su médico tratante en orden médica 34216966 **del 5 de abril de 2022.**

DECISION:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional reclamado por **TOMAS BARRERO RAMÍREZ**, actuando en calidad de agente oficioso de **MARIA DEL CARMEN SANTIAGO DE BARRERO**, por lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS Famisanar S.A.S. que, de **forma inmediata, proceda a realizar las gestiones administrativas que sean necesarias para que, sin más dilaciones,** se suministren a la señora Santiago de Barrero los procedimientos denominados “*RESECCIÓN DE TUMOR O LESIÓN DE OIDO MEDIO Y MASTOIDES VIA TRANSMASTOIDEA, TOMA DE INJERTO CONDRAL DE PABELLON AURICULAR, TIMPANOPLASTIA CON REVISION DE LA CADENA OSICULAR VIA ENDOSCOPICA, RECONSTRUCCIÓN DE CADENA OSEA (OSICULOPLASTIA) CON INJERTO O PROTESIS SOBRE REMANENTE DE CADENA OSEA Y MASTOIDECTOMIA CON EPITIMPANECTOMIA O TIMPANOTOMIA POSTERIOR*”, conforme lo prescrito por su médico tratante en orden médica 34216966 **del 5 de abril de 2022.**

TERCERO: Notifíquese la presente decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo y expedito posible.

CUARTO: Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISION. Oficiése. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

**JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO
JUEZ**

Firmado Por:

Juan Carlos Fonseca Cristancho
Juez
Juzgado Municipal
Civil 005
Bogotá, D.C. - 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: **bd18090f1d8f22d1b0f2bfb33070181d84b8fb9d6d58bce5e1e117bf92b7b9ae**

Documento generado en 01/07/2022 04:10:38 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>