REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA
DESPACHO TERCERO

Sustanciador: Alfredo de Jesús Castilla Torres.

Para ver el expediente virtual: utilice este enlace: T-2021-00425

Decisión discutida y aprobada, en reunión no presencial, según Acta No 059

Barranquilla, D.E.I.P., agosto seis (06) de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Se decide la impugnación interpuesta por la parte accionante, contra la sentencia proferida el 29 de junio de 2021, por el Juzgado Quinto de Familia de Barranquilla, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Milcida Emiris Rodríguez Montero contra la Organización Clínica General del Norte y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y vida digna.

ANTECEDENTES

1. HECHOS

Los hechos que le sirven de fundamento a la presente acción, pueden ser expuestos así:

1.1. Afirma la parte accionante que, desde hace mas de 5 años fue diagnosticada con la enfermedad de Lyme, teniendo en cuenta las pruebas de sangre que le fueron realizados en su momento, desde entonces solo ha recibido tratamiento por única vez, sin embargo los padecimientos han empeorado lo cual el infectologo tratante Doctor CRYSTIAN GRANADILLO TORRES, el 05 de marzo de 2020 ordenó la realización de la prueba Confirmatoria De Transferencia Anticuerpos Contra Varias Proteinas De Borelia Burdoferi Para U Confirmacion Dx, (Westwr Blot Para Borelia Burdoferi O Inmunutransferencia IGM –IPM para confirmar, manifestando que para seguir tratando los síndromes y la enfermedad como tal, se requiere la realización de dicha prueba.

1.2. Que, desde el 05 de marzo de 2020, ha acudido con la intención de que se le autorice la prueba ordenada por el médico tratante, sin embargo, no ha recibido respuesta positiva por parte de la Clínica General del Norte, y cada día que pasa se hace mas gravosa su situación y el deterioro de su salud avanza sin piedad.

1.3. Que el 28 de enero de 2021, tuvo cita de control con el Infectologo tratante Dr. Crystian Granadillo Torres, siendo que este insiste en la realización de la prueba

y que sin ella no puede ordenar tratamiento o terapia alguna que mejore su estado de salud, sin embargo, solo ha recibido respuestas negativas de la Clínica.
1.4. Que, el día 02 de febrero de 2021, solicitó nuevamente por escrito la realización de la prueba confirmatoria de Transferencia De Anticuerpos Contra Varias Proteinas De Borelia Burdoferi Para U Confirmacion Dx, (Westwr Blot Para Borelia Burdoferi O Inmunutransferencia Igm –Ipm.

Conforme a lo anterior, solicita le sea concedida la tutela de los derechos fundamentales a la salud y vida digna y en consecuencia se ordene a la ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE y/o vinculada que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes al conocimiento de la sentencia que así lo disponga, se ordene la realización de la prueba antes mencionada.

ACTUACIÓN PROCESAL

El conocimiento de la presente acción de tutela le correspondió en primera instancia al Juzgado Quinto de Familia de Barranquilla, Atlántico, que, mediante auto del 15 de junio de 2021, procedió a admitir la acción constitucional, concediéndole el término de 48 horas, para que rindiera informe sobre los hechos que motivaron la acción constitucional. vinculando al Fondo De Prestaciones Sociales Del Magisterio-Fomag.

Recibiéndose la respuesta de las partes, el Juzgado de Conocimiento mediante providencia del 29 de junio de 2021, resolvió negar la tutela de los derechos invocados, la anterior decisión fue impugnada oportunamente por el accionante siendo concedido el recurso mediante auto de fecha 12 de julio de 2021.

CONSIDERACIONES DEL A QUO

El Juez *A quo,* considera que "*(…) la entidad se encuentra realizando las actuaciones pertinentes con los diferentes laboratorios para proceder a la autorización y asignación de fecha para su ejecución.-Que, el mismo no es realizado dentro de la red, indicando tal y como se lo señalaron en respuesta enviada a la accionante, que desde el departamento de referencia se estará contactando para la comunicación de la fecha en la toma de muestra, la cual se encuentra sujeta a disponibilidad del prestador; satisfaciéndose de esta manera la pretensión del trámite de tutela".*

ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

El señor Milcida Emiris Rodríguez Montero, sustentó el recurso de impugnación, argumentando que,

- La decisión del juez de instancia inicial es desacertada, considera no es ajustada a derecho, no tuvo en cuenta las consideraciones jurídicas planteadas con la presentación de la acción constitucional.

- Que, no es posible que el honorable despacho no ampare su derecho, la búsqueda de la accionada, en pro de un laboratorio dentro o fuera del país no puede ser indefinida, el servicio de salud y la salud en si misma tienen un carácter inmediato y urgente, la respuesta expedida demuestra ambigüedad y falta de compromiso, ¿han transcurrido un año y 3 meses y la Organización Clínica General del Norte no ha podido hallar quien le preste este servicio? ¿Dónde queda el derecho a la salud, vida e integridad del usuario? Avalar estos pretextos resulta impensable de parte de nuestra administración de justicia.

CONSIDERACIONES:

De acuerdo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y su reglamentación en los decretos 2591 de noviembre 19 y 1991, 306 de febrero 19 de 1992 y 1382 de julio 12 de 2000, toda persona tiene derecho a instaurar la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales constitucionales, como un mecanismo subsidiario de defensa de los mismos, a falta de otro medio judicial de amparo.

De la prevalencia de la orden del médico tratante para establecer si se requiere un servicio de salud.

"La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que en el Sistema de Salud, la persona idónea para decidir si un paciente requiere algún servicio médico es el médico tratante, pues es éste quien cuenta con criterios médico-científicos y conoce ampliamente el estado de salud de su paciente, así como los requerimientos especiales para el manejo de su enfermedad.

Igualmente ha manifestado, que el concepto del médico tratante es vinculante para la entidad promotora de salud cuando se reúnen los siguientes requisitos: (i) cuando se autorice un servicio y/o tratamiento basado en información científica, (ii) cuando se tuvo en cuenta la historia clínica particular de la persona para autorizarlo, y (iii) cuando se ha valorado adecuadamente a la persona, y ha sido sometida a consideración de los especialistas en el manejo de dicha patología.

También ha considerado, que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, obligan a una EPS cuando ésta ha admitido a dicho profesional como "médico tratante" y quien provee 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 controvirtió 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".

Sobre este punto, es importante anotar que de los conflictos surgidos entre el criterio del médico tratante y el del Comité Científico en torno a si una persona necesita o no un servicio médico o tratamiento excluido del POS, la Corte Constitucional expresó en la sentencia T-344 de 2002, indicando que:

"… mientras no se establezca un procedimiento expedito para resolver con base en criterios claros los conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de una EPS, la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del POS, por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario."

Lo anterior se traduce en que en el evento en que se encuentren contemplados en el POS tratamientos que puedan sustituir el recomendado por el galeno, pero este último insta a la EPS que lo autorice por ser el único efectivo para el manejo de la enfermedad del paciente, el concepto del médico tratante no se puede desconocer, a menos que concurran razones médico-científicas que desvirtúen lo prescrito por aquel."[1]

Los trámites administrativos no pueden ser un obstáculo para acceder a servicios médicos.

"En el sistema de salud colombiano, el acceso al servicio médico requerido pasa, a veces, por la superación de determinados trámites administrativos. Esto es razonable, siempre que tales trámites no demoren excesivamente el acceso al servicio y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir, ya que de ello también dependen la oportunidad y la calidad del servicio.

La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta. Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, irrespetan el derecho a la salud de las personas.

Expresamente, la corte ha señalado que "(…) los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente." En especial, se ha considerado que se irrespeta el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, 'la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico'. Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, corresponde al médico tratante solicitar al Comité Técnico Científico la autorización de los servicios de salud no incluidos dentro del plan obligatorio de salud respectivo, es decir, realizar un trámite al interior del Sistema de Salud.

En conclusión, una EPS viola el derecho a la salud de una persona, cuando se le niega el acceso al servicio con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité. Basta con que la persona se dirija a la EPS a la que se encuentra afiliada y haga la respectiva solicitud; de allí en adelante, es la EPS la que debe encargarse de realizar el resto de los trámites. Para la Corte 'las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad'. En tal sentido, cuando una EPS niega servicios de salud a una persona que tiene derecho a ellos, porque no realizó un trámite que le corresponde realizar a la propia entidad, irrespeta su derecho a la salud, puesto que crea una barrera para acceder al servicio."[2]

CASO CONCRETO

En el presente caso, se tiene que la señora Milcida Emiris Rodríguez, ciudadana de la tercera edad y afiliada a la Fiduprevisora, fue diagnosticada con la enfermedad de Lyme, razón por la cual el pasado 05 de marzo de 2020, los médicos tratantes ordenaron la realización de la prueba confirmatoria de transferencia anticuerpos contra varias proteinas de borelia burdoferi para u confirmacion dx, westwr blot para borelia burdoferi o inmunutransferencia igm –ipm, sin que a la fecha de

[1] Sentencia T 499 de 2014.
[2] Sentencia T 499 de 2014.

la formulación de esta acción en el mes de junio de 2021 la Fiduprevisora y/o la Clínica General del Norte haya realizado la autorización de dicha prueba.

Por lo anterior, considera la accionante que, le han vulnerado sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, teniendo en cuenta que, las accionadas, han dilatado en el tiempo la autorización del examen ordenado, comprometiendo su estado de salud, el cual ha ido desmejorando.

Al respecto, la accionada Fiduprevisora S.A., informó que, actúa como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y surtió la obligación contractual que le corresponde, que es la contratación de las entidades prestadoras del servicio de salud para los docentes, y que en esa medida son aquellas uniones temporales en este caso ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A; por lo que, es claro que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de esa entidad, siempre que no es la encargada de garantizar el servicio a los usuarios del sistema de régimen de excepción de asistencia de salud, no obstante, solicitará a ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A. que se realice la prueba señalada que requiere la accionante.

Por su parte la accionada, Organización Clínica General del Norte, señaló que, nunca se ha negado a la realización de estudios y/o tratamientos que han sido determinados parala paciente Milcida Rodríguez y por el contrario, ha precisado las actuaciones para suministrarlos y para este caso particular, no es la excepción, sin embargo, aclara, que el estudio solicitado tiene procesamiento en el exterior con apoyo de la red internacional, por lo que se encuentra configurado como exclusión del plan de beneficios contratado por el Fondo De Prestaciones Sociales Del Magisterio y Fiduprevisora S.A..

Manifiesta además que, al tratarse de un estudio que no se realiza en nuestro país, sino fuera del territorio Nacional, se convierte en una exclusión del plan de beneficios de los docentes y del contrato suscrito entre la IPS Clínica General del Norte S.A y la Fiduprevisora, que es la entidad que tiene el vínculo jurídico de afiliación con los docentes.

Asimismo, indica que, debido al diagnóstico que padece la usuaria Enfermedad de Lyme, denominada como una enfermedad huérfana, ha realizado las gestiones pertinentes para la cotización en laboratorios y de esa manera, proceder a la programación y asignación de toma de muestra, para que su procesamiento sea realizado fuera del territorio nacional, por lo que, se encuentra realizando las actuaciones pertinentes con los diferentes laboratorios para proceder a la autorización y asignación de fecha para su ejecución, se estará contactando para comunicación de la fecha en la toma demuestra, la cual se encuentra sujeta a disponibilidad del prestador.

De las pruebas aportadas se pudo constatar que el señor Milcida Emiris Rodríguez padece la *enfermedad de Lyme,* tal como consta en la historia clínica expedida por la Clínica General del Norte de fecha 28 de enero de 2021, así mismo, se observa que le fue ordenado por el médico Cristian Granadillo Torres, la prueba en referencia. También existe constancia dentro del plenario de los trámites diligenciados ante la IPS accionada para la autorización de dicha orden (Fl. 1 del archivo pruebas), sin que se hayan autorizado a satisfacción de la solicitante.

Considera la Sala que, FOMAG y la Organización Clínica General del Norte, tiene la obligación legal y constitucional de velar porque se materialicen los derechos de la aquí accionante, a quien debe brindarle un acceso oportuno a la atención médica, autorizando y entregando de manera eficiente y continua todos los insumos, procedimientos, tratamientos y demás servicios que sean prescritos por sus médicos tratantes, independientemente de que estén o no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, sin que pueda ser obstáculo cualquier trámite administrativo, más aún cuando se trata de un sujeto de especial protección, por ser una persona de la tercera edad tal como lo señala la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1551 de 2015) en su artículo 11: *"Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado,* ***la población adulta mayor***, ***personas que sufren de enfermedades huérfanas*** *y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención* (subrayado por el Despacho).

El despacho considera que en el presente caso la acción de tutela es procedente, por cuanto: (i) la accionada es un sujeto de que goza de especial protección, por tratarse de una persona de la tercera edad que además padece de una enfermedad huérfana; (ii) la accionada ha impuesto barreras de tipo administrativas para la autorización de los exámenes ordenados en debida forma por los médicos tratantes, sin que medie justificación alguna, pues si bien la IPS accionada afirma encontrarse realizando los trámites necesarios para la autorización de la orden en mención, no aporta prueba alguna de los trámites administrativos que se estén desarrollando para la realización del procedimiento requerido por la actora.

En ese orden de ideas, no parece razonable que se haya demorado casi 10 meses (5 de marzo de 2020 a 28 de enero de 2021, para realizar una nueva valoración para la "aclaración y auditación" de esa primigenia orden y casi 5 meses a partir de esta a la respuesta de la IPS, sin que se hubiera cumplido con los trámites para la realización de esas órdenes, como se reconoce en el memorial de contestación de

la misma al Juzgado de Primera instancia véase nota [3]; por lo que esas meras afirmaciones de que se están realizando cotizaciones y trámites administrativos pueda considerarse suficientes para negar el amparo solicitado y dejar en la indefinición el cúando real y efectivamente se van a realizar esas pruebas.

Por lo tanto, al resultar plenamente probados los fundamentos de hecho que sirven de soporte a la demanda de tutela, se revocará la providencia de primera instancia y en su lugar se concederá el amparo de los derechos fundamentales a la Salud y a la Vida en condiciones Dignas de la señora Milcida Emiris Rodríguez Montero y se ordenará que en un plazo máximo de un mes contado a partir de la notificación de esta sentencia, si aún no se ha hecho, se culmine satisfactoriamente los trámites administrativos pertinentes para la autorización de la prueba ordenada por los médicos tratantes.

Frente a los argumentos de la Organización Clínica General Del Norte y la Fiduciaria la Previsora debe advertirse que primera entidad solo es una IPS a la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales (Fomag) ha contratado para la efectiva prestación de los servicios de salud que le corresponde asumir con respecto al Magisterio y que es por ende tal Fondo representado por la Fiduciaria que lo administra es quien debe responder por esos servicios, así lo reiterado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en su sentencia T-117-2017 {Véase Nota4}.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en Sala Segunda de Decisión Civil - Familia, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

Revocar la sentencia emitida por Juzgado Quinto de Familia de Barranquilla, calendado el 29 de junio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído y, en su lugar se dispone.

Tutelar los derechos a la salud y vida en condiciones dignas de la señora Milcida Emiris Rodríguez Montero, identificada con C.C. No. 22.456.642, por las razones expuestas en la parte motiva.

Ordenar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fomag), administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A., a través su I.P.S. la Clínica General

[3] Archivo digital "RESPUESTA TUTELA MILCIDA RODRIGUEZ VS IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE VINCULADA FOMAG RAD 2021-00250", en la carpeta "2 Contestación de demanda o proposición de excepciones"

[4] Referencia: Expediente T-5.842.027 Demandante: *Josefina* en representación de *Mariana;* Demandado: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria La Previsora S.A. y Médicos Asociados S.A. Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo 24 de marzo 2017

del Norte, que en un plazo máximo de un mes contado a partir de la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, culmine satisfactoriamente los trámites administrativos pertinentes para la autorización de la prueba Confirmatoria de Transferencia Anticuerpos contra varias Proteinas de Borelia Burdoferi Para U Confirmacion Dx, Westwr Blot para Borelia Burdoferi O Inmunutransferencia IGM –IPM, tal como fue ordenado por los médicos tratantes de la señora Milcida Emiris Rodríguez Montero.

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquesele a las partes, intervinientes y al Funcionario de primera instancia, la presente decisión por correo electrónico, telegrama o cualquier otro medio expedito y eficaz posible.

CATALINA ROSERO DIAZ DEL CASTILLO

–

Firmado Por:

Alfredo De Jesus Castilla Torres
Magistrado
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

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:
eb7942503be4a51a85db490e3cffc8ed000e4bd864e659f2dba871acd5d35ddd
Documento generado en 06/08/2021 03:22:32 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica