



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO
Carrera 44 No. 38-12 Edif. Banco Popular Piso 4.
ccto16ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
BARRANQUILLA – ATLÁNTICO.

JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO, Barranquilla agosto veintitrés (23) de dos mil veintiuno (2021).

REFERENCIA: Acción de tutela (primera instancia)

RADICACIÓN: 08001-31-53-016-2021-00201-00

ACCIONANTE: SHEYLA LLACH ZAPATA representada por su madre ESMERALDA ZAPATA MERIÑO

ACCIONADO: ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD «NUEVA E.P.S.».

ASUNTO

Se decide la acción de tutela promovida por la señorita SHEYLA LLACH ZAPATA, quien actúa representada por su madre ESMERALDA ZAPATA MERIÑO, en contra de la entidad NUEVA E.P.S.

ANTECEDENTES

1.- La gestora suplicó la protección constitucional de sus derechos fundamentales a la salud e igualdad, porque estima vulneradas sus prerrogativas por la entidad promotora de salud acusada.

2.- Arguyó, como sustento de su reclamo, en síntesis, lo siguiente:

2.1.- Refiere la accionante, a través de su representante legal – progenitora, -que ha *«presentado dolores articulares desde el año pasado»*, focalizándose esos *«dolores en las piernas, cuello, brazos»* con *«desmayos y vómito»*, por lo tanto *«acudió a la NUEVA E.P.S.»* en su calidad de afiliada de esa entidad, *«en dónde fue atendida por el [galeno] DIEGO ARMANDO MENDOZA JULIO por medicina general»* quien le *«ordenó que se realizará unos laboratorios, los cuales arrojaron como resultados positivos y fue remitida a cita con pediatría»*.

2.2.- Seguidamente, la actora relata que fue *«atendida por la pediatra KATYA LILIANA LLANOS MATERA»* que le *«ordenó una consulta por primera vez con especialista en reumatología [para] el día 22 de octubre de 2020»*, luego, la tutelante en un tono muy crítico frente a las ejecutorias de la accionante narra

que «aquí empieza el “paseo de la muerte” [expresión acuñada en el escrito de tutela], porque llamó a la NUEVA EPS y [le] dijeron que debía llamar a la Clínica General del Norte», una vez se comunicó con la «Clínica General del Norte [le] dijo que primero tenía que hablar con la EPS, es decir con la NUEVA EPS», esperando unos «días y volví a llamar [al accionado], y ellos [le] dijeron que no tenían citas para reumatología, que no había cupo» doliéndose que «así pasó los últimos meses del año 2020».

2.3.-A esas cotas, la representante legal de la menor LLACH ZAPATA, atesta que «veía que [su] menor hija [se refiere a la actora] estaba muy enferma [que] los dolores se agudizaron, el dolor era cada día más fuerte y los desmayos eran más frecuentes, [afirma esa madre que] le tocó hacer un préstamo y reunir con familiares para así llevarla donde especialista particular doctor MAURICIO RICARDO ABELLO BANFI en su diagnóstico dolores en articulaciones, y síndrome de hiperlaxitud», dicho profesional de la salud, le ordenó «medicamentos a [su] hija [entiéndase la accionante] los cuales [le] tocó comprarlos».

2.4.- En esa línea de acontecimientos, la gestora plantea que «[d]espués de un tiempo de 3 meses continuaron los desmayos, vómitos, mareos, dolor en las articulaciones, y se sumó a estos síntomas punzadas en la cabeza», que «volvió a acudir a llamar a la Nueva EPS ya [que asevera] [ser] de escasos recursos y [estaban] enfrentando la pandemia, donde la situación económica se empeoro, y no tenía para volver a llevarla a un especialista particular, la NUEVA EPS, procede [darle] la cita con un médico pediatra doctor VICTOR JULIO ORTIZ HERNÁNDEZ y el profesional de la salud [le] envió hacer exámenes de laboratorio, los cuales [afirma] [se] realiza el día 6 de agosto de 2021».

2.5.- Con posterioridad, la promotora dice que «con los resultados en la mano [procedió] a llamar a NUEVA E.P.S., para que [le] dieran cita para los exámenes por parte del pediatra, [arguyéndose que] hoy 11 agosto de 2021 el pediatra [le] llamo y [le] dijo que los resultados de los exámenes estaban bien, no obstante [le] remitió a un especialista en ortopedia y traumatología, para que según su criterio buscara el origen de los dolores presentados por [la actora] [que son] frecuen[tes] ya que [juzga que] no es normal porque ella tiene solo 17 años, por tal motivo [estima] es de vital importancia que le chequeara este profesional de la medicina. Para que [le] mantuvieran en control, ya todos esos síntomas podrían [en su juicio] ser una artropatía».

2.6.- Finalmente, la tutelante trae a colación que *«el 11 de agosto de 2021 [llamó] a la NUEVA EPS para que [le] asigne con el ortopedista y traumatólogo ya que el pediatra expidió la orden y [le] dicen lo mismo del año 2020 que no hay cupo para la cita, y hacen más de 11 meses que [le] dicen lo mismo que no tienen cupo, [quejándose que] no le dan solución a [su] problema».*

3.- Pidió, conforme lo relatado, que se le amparen los derechos a la salud e igualdad; y en consecuencia, solicita que se ordene a la entidad cuestionada que *«en un término no superior a (48) horas actue y autorice la cita con el ortopedista traumatólogo, ya que se trata del artículo 49 de la Constitución»*, que también *«se le ordene a la accionada a dar la orden u autorización con el especialista traumatólogo».*

4.- Mediante proveído de 12 de agosto de 20210, el estrado avocó el conocimiento de esta salvaguarda fundamental.

LAS RESPUESTAS DEL ACCIONADO

1.- La entidad NUEVA E.P.S., se resiste a las pretensiones tutelares soportado en la dialéctica que no le ha vulnerado las prerrogativas a la menor, porque *«al realizar una auditoría y observa que a la menor SHEYLA LLACH ZAPATA [...], se le están presentando todos los servicios médicos, tal y como lo ordenan sus médicos tratantes, razón por la cual, no existen motivos que indiquen la vulneración de [sus] derechos fundamentales»*, puntualizando que *«la acción de tutela consiste en conseguir la cita médica con la especialidad de ortopedista-traumatólogo, pero en la misma no se prueba la negación por parte de NUEVA EPS de la no prestación del servicio, ni mucho menos la gestión desplegada por el afiliado como deber de usuario que este tiene para la consecución de la mencionada cita médica».*

Esas proclamaciones las acomete el accionado, con la finalidad de expresar que para el caso de la tutelante *«no puede pretender que, por medio de la acción de tutela, obtenga la protección a un derecho constitucional que no ha sido vulnerado, pues existen otros medios idóneos para ejercer la reclamación de sus derechos, además de que existen derechos y deberes de los afiliados, en los cuales se observa que el afiliado debe solicitar sus citas médicas, y no realizar un abuso a la figura de la acción de tutela como ha sido la conducta del accionante».*

Por otro lado, alega el accionado que no se satisface el presupuesto de la subsidiariedad, en razón a que preconiza *«las personas deben hacer uso de*

todos los recursos ordinarios y extraordinarios que le sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección», profundizando en esa arista con la evocación de la existencia de solo dos excepciones que permiten superar ese valladar de la subsidiariedad e izar amarras en la tutela, que son cuándo «el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado» y «cuando pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, como en el cual la tutela procede como mecanismo transitorio».

Ya superado ese recuento, el accionado descarta que en el *sub lite* emerjan tales excepciones, puesto que en su juicio en la *«primera hipótesis, que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto, sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto. El análisis particular resulta necesario, pues en éste podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados»*.

Y, en cuanto a *«la segunda hipótesis, cabe anotar que su propósito no es otro que el de conjurar o evitar la afectación inminente y grave de un derecho fundamental. De este modo, la protección que puede ordenarse en este evento es temporal...»*, dado que no se cumplen los requisitos de *«la urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable (i), una afectación inminente del derecho (ii), la gravedad del perjuicio (iii); y, el carácter impostergable de las medidas para la efectividad protección de las garantías fundamentales en riesgo (iv)»*.

Finalmente, con base en esos escolios piden se desestimen las pretensiones tutelares.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, es un mecanismo procesal complementario, específico y directo con el

que cuentan los coasociados para la pronta y eficaz protección judicial de los derechos constitucionales fundamentales que en una determinada situación jurídica se vean seriamente amenazados o vulnerados.

Es un medio específico, porque se contrae a la protección inmediata de tales derechos cuando quiera que éstos se vean afectados de modo actual e inminente. Es suplementario, porque su procedencia está supeditada a que no exista otro mecanismo legal con el cual se pueda conjurar esa amenaza o, existiendo, la inminencia del daño no permite mecanismo distinto a dicha acción por evidenciarse que de no actuarse con inmediatez, aquél se tornaría irreparable, es decir, la acción de tutela es una herramienta *supra legal*, que ha sido instituida para dar solución eficiente a situaciones de hecho generadas por acciones u omisiones de las autoridades públicas o particulares, en los casos expresamente señalados.

La Corte Constitucional ha expresado de manera reiterada que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todas las personas, pues su protección asegura el principio constitucional de la dignidad humana. Según lo establecido por la sentencia T-204 de 2000: *«El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener tanto la normalidad orgánica como la funcional, tanto física como psíquica y psicosomática, de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de la persona, lo cual implica una acción de conservación y de restablecimiento por parte del poder público como de la sociedad, la familia y del mismo individuo. (...) la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o en menor medida en la vida del individuo»*. En concordancia con lo anterior, es preciso anotar que el derecho a la salud debe protegerse conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema de seguridad social consagrados en el artículo 49 de la Constitución Política.

Dentro del caso *sub lite*, emerge del cuadro *fáctico* recreado en la solicitud de amparo, en especial de los hechos expresado por la censorsa en sus ruegos, es claro que la acción constitucional trata de su inconformidad frente a la determinación de la NUEVA E.P.S., en el sentido que el tratamiento para su patología oncológica no lo siguiese en el CENTRO CANCEROLOGICO DEL CARIBE, sino en la CLÍNICA BONNABONA, habiendo una férrea oposición de la

accionante a esa decisión, pues teme que ese cambio de centro asistencial que atienda su enfermedad afecte la evolución favorable de la misma y se torne tórpidas, sumado a que como pretensión subordinada pide que se le prodigue el tratamiento integral para su enfermedad.

En esos términos cómo está planteada la disputa constitucional, es relevante auscultar el criterio de la Corte Constitucional sobre esa temática, de manera que el estrado al adentrarse en ese laborio al pronto descubre, que en la sentencia T-178 de 2011 con ponencia del magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, se fijó la posición del alto tribunal constitucional mantenido inalterado hasta la actualidad, encontrándose plasmado en esa sentencia que

«De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las personas que se encuentren afiliadas a una entidad promotora de salud y que requieran, en un momento dado, de alguna asistencia médica, deberán acudir a la red de prestación de servicios de la E.P.S. a la que se encuentren vinculadas, salvo que exista una justificación razonable para no hacerlo.

Con fundamento en lo anterior, esta Corporación ha indicado que, en principio, el concepto del médico tratante adscrito a la red prestadora de servicio de la E.P.S. a la que se encuentre afiliada el paciente, debe ser considerado por la entidad como el criterio relevante que hay que tener en cuenta para garantizar la prestación del servicio médico que se requiera. Así las cosas, por regla general, es el médico adscrito a la E.P.S. quien puede prescribir un servicio de salud.

No obstante, esta Corporación ha señalado que, excepcionalmente, podrá reconocerse el requerimiento de un medicamento o tratamiento médico aun cuando el médico tratante que lo prescriba no se encuentre vinculado a la entidad demandada.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el hecho de que se presente una prescripción suscrita por un médico no adscrito a la correspondiente E.P.S., no implica, per se, que deba ser descartada o rechazada por cuanto, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, cabría la posibilidad de que resulte vinculante para la entidad.

En primer lugar, debe señalarse que para que proceda esa excepción se requiere, como regla general, que exista un principio de razón suficiente para que el paciente haya decidido no acudir a la red de servicios de la entidad a la que se encuentre afiliado. Como se ha dicho, esta es una elemental obligación de los usuarios del sistema, que tiende a asegurar su operatividad, que se vería gravemente alterada, si las personas pudiesen optar libremente por dirigirse a médicos que no se encuentren adscritos a la entidad responsable de atender sus requerimientos de salud.

En sentencia T-760 de 2008, la Corte, al hacer una síntesis de la jurisprudencia sobre el particular, señaló que el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad conoce la historia clínica particular de la persona y, al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en información científica. En particular, puntualizó la Corte, ello puede ocurrir cuando los médicos adscritos a la EPS valoraron inadecuadamente a la persona que requiere el servicio, o cuando ésta ni siquiera ha sido sometida a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión.

Advierte la Corte en esa sentencia que, la jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón de la ausencia de evaluación médica por los profesionales correspondientes, o cuando, en el pasado, la entidad ha valorado y aceptado sus conceptos como “médico tratante”, incluso así sea en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

Para la Corte, una interpretación formalista en esta materia puede convertirse en una barrera al acceso a los servicios de salud. Por eso, atendiendo a las circunstancias de cada caso, la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta, en el pasado, ha admitido a dicho profesional como “médico tratante”, así no esté adscrito a su red de servicios. En el mismo

sentido se ha pronunciado la Corte cuando la EPS no se opuso y guardó silencio teniendo conocimiento del concepto de un médico externo.

En esa misma línea, y ante diversas situaciones, la Corte ha señalado, por ejemplo, que debe dársele validez al concepto de un médico tratante no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio requerido, por cuanto existía una probada relación contractual y se trataba de un profesional competente que atendía al paciente, o que, en atención a los principios de continuidad en el servicio y confianza legítima, una entidad de medicina prepagada debía autorizar el servicio de salud ordenado por un médico no adscrito a la misma, entre otras razones, porque una autorización previa por parte de dicha entidad para un servicio similar, había implicado “el reconocimiento a la idoneidad del médico tratante para atender la enfermedad del actor y, de otra, el reconocimiento tácito de la existencia de un vínculo jurídico, para el caso concreto entre ella y el médico tratante, dada la autorización de la cirugía practicada por este último y la asunción del mayor costo del servicio prestado”.

De manera general, la Corte en situaciones en las cuales los médicos no adscritos que han formulado una prescripción son profesionales de la salud reconocidos, que hacen parte del Sistema y han tratado al paciente y, por consiguiente, conocen su caso, ha señalado que las órdenes impartidas por éstos médicos deben ser acatadas, así no estuvieran adscritos “formalmente” a la entidad demandada, si en el pasado ya habían sido identificados como médicos tratantes o hacían parte de la red de contratistas de la entidad.

En otros casos, la Corte ha considerado que “el examen diagnóstico prescrito por un especialista no adscrito a la respectiva entidad resulta vinculante para esta cuando es requerido para determinar el origen de una afección y proporcionar el tratamiento adecuado, si los medicamentos y exámenes realizados hasta el momento se han mostrado ineficaces para revelar cuál es la situación específica de salud del paciente”.

En tales casos, el concepto médico externo vincula a la E.P.S., obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico

adscrito a la E.P.S. o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada E.P.S.

Establecidas las circunstancias en las cuales el concepto emitido por un médico tratante no adscrito resulta vinculante para las E.P.S., se procederá a reiterar la jurisprudencia en torno a las condiciones en las que debe autorizarse el suministro de un tratamiento o medicamento no P.O.S.».

Indudablemente, el precedente jurisprudencial compendiado párrafos enantes, establece que se le otorga plena validez a los diagnósticos y tratamientos ordenados por médicos tratantes aún los no adscritos a la red de prestadores de salud de las entidades promotoras de salud, las cuales no le podrán suspender la continuidad de ese tratamiento, con todo sometido al estudio de una junta interdisciplinaria de galenos vinculados a la entidad promotora de salud.

Con todo, es de notar que en las hipótesis de tratamientos, diagnósticos, medicamentos, técnicas y atenciones galénicas prodigadas por centros asistenciales y médicos tratantes vinculados con un contrato con la entidad promotora de salud, son plenamente obligantes para la E.P.S., en este caso NUEVA E.P.S., quienes no deberán interrumpir ese tratamiento, o no cumplir con las citas ordenadas, todo ello en aras de preservar las posibilidades que salga adelante y se conjure los efectos perjudiciales propios de la enfermedad de la paciente.

Al adentrarse el despacho al caso concreto, es claro que sobre la cuestión de hecho debatida en sede tutelar existen dos versiones, en las que se perfilan los ángulos que cada uno de los contendientes le dota a su situación. Veamos.

En efecto, la representante legal de la menor alega que se ha comunicado en múltiples ocasiones con su entidad prestadora de salud, pidiendo tratamiento para dolores articulares de SHEYLA LLACH ZAPATA, lográndose su valoración por pediatría y ortopedia con la realización de varios exámenes de laboratorio, siendo necesario su revisión por parte de un médico especialista en ortopedia-traumatológica, puesto que afirma que sus dolencias con el tiempo se han agravado, todo conforme a lo compendiado en los hechos del escrito de tutela.

En cambio, la accionada en forma categórica afirma que los servicios de salud se le han prestado en forma expedita a LLACH ZAPATA, sumado a que le achaca a la actora negligencias en las gestiones de las citas que requiere la menor, y como no las pidió no se puede declamar que ésta le vulneró sus derechos, en armonía a lo esgrimido en el memorial de contestación al amparo.

Ahora bien, el despacho encarado ante tales aseveraciones de las partes en la controversia constitucional, concluye al valorarse el acervo probatorio que no le asiste la razón al accionando cuándo le imputa negligencia a la actora a la hora de realizar las diligencias para la obtención de las citas medidas requeridas por SHEYLA LLACH ZAPATA, ello debido a que el accionado echa en el olvido los documentos obrantes a páginas 1 a 2 del numeral 3° del cuaderno digital, que son denominados como «*anexos*» acompañados con el escrito de amparo, denotándose de su apreciación que la actora sí pidió las citas con los médicos especialista en reumatología y ortopedia traumatológica, incluso generándose los respectivos recibos y cobro de los copagos correspondientes a esas atenciones, identificados con los seriales 6042573566 y 6097512258, en los que se constata la ausencia de negligencia endilgada a la actora.

Justamente, el estrado no soslaya que esos documentos no fueron tachados de falsos o rehusada su existencia por la accionada, de manera que de cara a la prueba prevalece la versión de la promotora en el sentido que la NUEVA EPS no ha programado las citas médicas ya ordenadas por sus médicos tratantes, que valga acotar, esos criterios científicos no han sido discutidos por el extremo pasivo, de lo que se sigue que se impone el beneplácito de la salvaguarda.

Todas esas reflexiones son transcendentales en el *sub examine*, porque precisamente esta disputa constitucional atañe a la decisión inopinada de la NUEVA E.P.S., de no programar unas citas con médicos especialistas, ya ordenadas por los galenos tratantes vinculados a su red de prestadores de salud, sin exponer una explicación o razón válida que apoye tal determinación, lo que desde la óptica constitucional constituye un valladar administrativo que afecta los intereses y prerrogativas constitucionales de la actora, cuyos derechos prevalecen sobre los demás, ya que se trata de una adolescente (Art. 44 Constitucional), inclusive atenta contra su propia salud y posibilidades de mejoría de su enfermedad.

En buenas cuentas, se concederá la salvaguardia implorada; y en consecuencia, se le ordenará a la NUEVA E.P.S., a suministrar a la actora que *«actué y autoricé la cita con el ortopedista traumatólogo»* y *«se le ordene a la accionada a dar la orden u autorización con el especialista traumatólogo»*.

Conforme a lo anteriormente expuesto, EL JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

PRIMERO: Conceder el amparo constitucional a los derechos fundamentales a la salud e igualdad a favor la señorita SHEYLA LLACH ZAPATA, quien actúan representada por su madre ESMERALDA ZAPATA MERIÑO, en contra de la entidad NUEVA E.P.S.

SEGUNDO: Como consecuencia de esa declaración, ORDENAR a la Entidad Promotora de Salud NUEVA E.P.S. S.A., a través de su representante legal o quien haga sus veces, que aún no lo hubiere hecho, y en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído, a que programe la cita con el ortopedista traumatólogo y a dar la orden u autorización con el especialista traumatólogo.

TERCERO: Notificar esta providencia por telegrama, oficio o por el medio más expedito posible, a las partes y al Defensor del Pueblo, a más tardar al día siguiente de su expedición.

CUARTO: Cumplidas las tramitaciones de rigor, si no se hubiere impugnado, remítase a la Honorable Corte Constitucional, al día siguiente de su ejecutoria, para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

LA JUEZA,



A handwritten signature in black ink is centered on a light gray grid background. The signature is stylized, with a large, sweeping horizontal stroke that extends to the right and a vertical stroke that curves downwards. The signature is positioned above a solid black horizontal line.

MARTHA PATRICIA CASTAÑEDA BORJA