



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD ATLÁNTICO

Soledad, quince (15) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia de 2º Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA
Demandante: JAVIER CITARELLA ESPINOSA EN
REPRESENTACION DE DORIS ESTHER PEREZ T
Demandado: NUEVA E.P.S Y OTROS.
Radicado: No. 2021-00224-01

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionada, contra la sentencia de fecha veintidós (22) de abril de dos mil veintiuno (2021), por medio de la cual el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, concedió la acción de tutela interpuesta por la señora DORIS ESTHER PEREZ TRUJILLO a través de agente oficioso.

I. ANTECEDENTES

La señora DORIS ESTHER PEREZ TRUJILLO, actuando a través de agente oficioso, presentó acción de tutela contra EPS BARRIOS UNIDOS DE QUIBDÓ AMBUQ, SUPERINTENDENCIA DE SALUD, MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL, DEFENSORIA REGIONAL DEL PUEBLO, CLINICA BONADONNA, por la presunta violación de los derechos fundamentales a la vida digna humana, seguridad social, integridad física y el mínimo vital, libre escogencia de la EPS, elevando las siguientes:

I.I. Pretensiones

“... (...) se tutelen los derechos fundamentales al diagnóstico vida digna humana integridad seguridad y el mínimo vital que en el término improrrogable de 48 horas se ordene a la EPS Barrios Unidos Unidos Ambuq interconsulta ginecología oncológica prioritaria interconsulta por oncología clínica interconsulta por radioterapia radioterapias prioritarias estudios de coloración inmunohistoquímica en biopsia estudios de receptores hormonales en espécimen con recepción de nargunes.

Se conceda tratamiento integral. Se ordene a la EPS Barrios Unidos, ordene transporte para las 15 cesiones de terapias físicas con un acompañante. Se conceda la medida provisional. Se conceda derecho a libre escogencia ley 1438 de 2008. Que se ordenen los servicios con un prestador con agenda disponible. (...)...”.

Lo anterior lo fundamenta en los siguientes:

II. Hechos

Se sintetizan los hechos narrados a saber:

“...1.- La señora DORIS ESTHER TRUJILLO, se encuentra afiliado en EPS BARRIOS UNIDOS DE QUIBDÓ AMBUQ, cuenta con un diagnóstico de Tumor maligno de mama cuadrante derecho carcinoma mamario infiltrativo de tipo no especial grado histológico 3 puntaje 9 núcleos 3 ductos 3 mitosis.

2.- Que el día 20 de enero de 2021 en la CLINICA BONNADONNA se le ordenó valoración por oncología clínica, 15 radioterapias, receptores hormonales.

3.- Señala que la EPS accionada fue liquidada el 01 de marzo de 2021 trasladando a sus pacientes sin permitir la libre escogencia, así mismo, señala que tenía sus pacientes asignados al HOSPITAL LOCAL DE MALAMBO donde la atención es mala y las citas son por teléfonos si durar más de 15 minutos.

4.- Sostiene que en la SECRETARIA DE SALUD DE MALAMBO los porteros son los que valoran los pacientes y dan un número de teléfono para llamar y nunca se encuentra el Dr. Alejandro Barraza...”.

IV. La Sentencia Impugnada.

El Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, mediante providencia del 22 de abril de 2021, concedió la acción de tutela interpuesta por la accionante.

Considera el a-quo que existen razones suficientes para proteger el derecho fundamental a la salud del solicitante dado la circunstancia, percibiendo que INTERCONSULTA GINECOLOGIA ONCOLOGICA, INTERCONSULTA GINECOLOGIA CLNICA, INTERCONSULTA POR RADIOTERAPIAS, RADIOTERAPIAS PRIORITARIAS, ESTUDIOS DE COLORACION INMUNOHISTOQUIMICA EN BIOPSIA, ESTUDIOS DE RECEPTORES HORMONALES EN ESPECIMEN CON RECEPCION DE MARGENES son fundamentales en el tratamiento de salud que viene recibiendo la accionante de acuerdo a la patología que padece, de lo cual no se tuvo certeza si a la fecha de proferido el fallo se encuentran autorizados, toda vez, que la EPS encartada hizo caso omiso al llamado del juzgado y no contestó, por lo que ese despacho concedió la protección respecto de éstos.

Señala con respecto a la libre escogencia que una vez transcurrido los (90) días establecidos en el artículo 3° del Decreto 3045 de 2013, el accionante debe desplegar el trámite establecido para el traslado de EPS, así mismo consideró que dada las condiciones económicas de la accionante y la patología padecida y al no contar con los recursos necesarios para trasladarse hasta el lugar donde recibirá el tratamiento requerido, representa un perjuicio para ella y para garantizar el derecho a la vida y la salud, concediendo se le preste el servicio especial de transporte para ella y su acompañante para facilitar el desplazamiento desde su lugar de residencia hasta las instalaciones de la clínica correspondiente.

V. Impugnación

La parte accionada MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL a través de memorial, presentó escrito de impugnación, manifestando su inconformidad con el fallo de 1º instancia, argumentando que es improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva imputable a ese ente ministerial, por considerar que esa cartera no ha violado, viola o amenaza violar los derechos invocados por la accionante esto a que no es el ente responsable de la prestación de los servicios en salud tal como lo solicita la accionante.

La apelante hace una exposición detallada a la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud y la naturaleza jurídica y funciones de las entidades accionadas o vinculadas.

Solicita sea revocado el numeral primero y en consecuencia desvincular de la orden impartida para al Ministerio de Salud y Protección Social en el fallo de primera instancia, toda vez que esta cartera no tiene asignadas las competencias de la prestación de los servicios de salud tal y como lo solicita el accionante, toda vez que como líneas atrás se indicó el RESPONSABLE DE GARANTIZAR LA PRESTACIÓN de los servicios de salud de los afiliados hasta que se realice el traslado de usuarios a las EAPB receptoras es el agente liquidador de AMBUQ EPS.

VI. Pruebas relevantes allegadas

- Expediente de tutela de primera instancia
- Fallo de primera instancia proferido
- Escrito de impugnación
- Actuaciones del despacho en segunda instancia

VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

VII.I. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y en el Decreto 1382 de 2000, este Despacho resulta competente para conocer de la impugnación del fallo de la acción de tutela en referencia, por resultar ser el superior funcional de la agencia judicial que la profirió.

VII.II Problema jurídico

Corresponde al despacho dentro de la actuación de marras, determinar si la Empresa Prestadora de Servicios de Salud BARRIOS UNIDOS DE QUIBDO - AMBUQ E.P.S, está vulnerando los derechos fundamentales de la accionante, al no prestar los servicios de salud autorizando el tratamiento requerido como es INTERCONSULTA GINECOLOGIA ONCOLOGICA, INTERCONSULTA GINECOLOGIA CLINICA, INTERCONSULTA POR RADIOTERAPIAS, RADIOTERAPIAS PRIORITARIAS, ESTUDIOS DE COLORACION INMUNOHISTOQUIMICA EN BIOPSIA, ESTUDIOS DE RECEPTORES HORMONALES EN ESPECIMEN CON RECEPCION DE MARGENES, conforme lo fue ordenado por su médico tratante.

- **Derecho a la Salud de sujetos de especial protección constitucional.**

El derecho fundamental a la salud¹ ha sido definido como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.”*² Esta concepción vincula el derecho a la salud con el principio de dignidad humana, toda vez que *“responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales”*³.

El núcleo esencial del derecho a la salud obliga a resguardar la existencia física del ser humano, y se extiende a los ámbitos psíquicos y afectivos de la persona⁴, la necesidad de garantizar éste derecho y atender al principio de dignidad humana ha llevado a sostener que “[e]l ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal”⁵

Lo anterior por cuanto la garantía del derecho fundamental a la salud está funcionalmente dirigida a mantener la integridad personal y una vida en condiciones dignas y justa. De allí que la jurisprudencia constitucional ha indicado que existen circunstancias que necesariamente ameritan el suministro de insumos, medicamentos e intervenciones, que a pesar de no estar contemplados en el Plan de Beneficios necesitan ser prestados por las EPS, pues de lo contrario, se vulneraría el derecho fundamental a la salud. Al respecto esta Corte indicó:

*“(...) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema”*¹³

Por lo anterior, la acción de tutela es procedente cuando está en riesgo o se ven afectadas por razones de salud las condiciones de vida digna del paciente, en tanto el derecho a la salud comporta el goce de distintos derechos que deben ser garantizados por el Estado⁶.

En relación con el derecho a la salud de las personas que hacen parte del grupo de los sujetos de especial protección constitucional es preciso considerar que a partir de normas constitucionales como los artículos 13, 44, 46 y 47, se impone mayor celo en el cumplimiento de los deberes de protección y garantía por parte de las autoridades y de los particulares en la atención de las enfermedades o alteraciones de salud que padezcan. Dentro de tales destinatarios se encuentran los niños, niñas y adolescentes y las personas de la tercera edad.

En efecto, el artículo 13 de la Constitución atribuyó al Estado la obligación de promover las condiciones *“para que la igualdad sea real y efectiva”*, por lo cual le corresponde

adoptar “medidas a favor de grupos discriminados o marginados”. Ese principio constitucional presupone un mandato de especial protección en favor de “aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta”.

En dicho contexto, la norma superior señaló algunos sujetos que por su condición de vulnerabilidad merecen la especial protección del Estado, como los niños (Art. 44), las madres cabeza de familia (Art. 43), los adultos mayores (Art. 46) los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (Art. 47), y las personas que padezcan enfermedades catastróficas, y a quienes es un imperativo prestarles la atención especializada e integral que requieran, independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud -POS-⁷.

- **La procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el suministro de medicamentos, exámenes o procedimientos no incluidos dentro del POS.**

Como es sabido la Ley 100 de 1993, contempla dos regímenes: el contributivo, en el cual están los trabajadores y familias con los recursos suficientes para pagar una cotización al sistema; y el subsidiado, en el cual están quienes no cuentan con capacidad de pago.

En ambos sistemas se establecieron unos beneficios denominados el Plan Obligatorio de Salud (POS), que se constituye como un conjunto de prestaciones expresamente delimitadas que deben satisfacer y garantizar las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

La Corte ha construido con el paso del tiempo, criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señala los siguientes:

“a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante¹”.

Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio “requerir con necesidad”, que antes de la Sentencia T-760 de 2008, no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era “requerido” por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente, y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se acreditaba que el

accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de “*necesidad*” del paciente.

Este criterio de la *necesidad* acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia T-760 de 2008, adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional

De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante, al considerar que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que *requiera*. Cuando el servicio que *requiera* no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.

VIII. Solución del caso concreto.

Se observa acreditado en el caso que nos ocupa de acuerdo con los documentos acompañados a la demanda, que la señora DORIS ESTHER TRUJILLO PEREZ se encuentra afiliada en salud a BARRIOS UNIDOS DE QUIBDO AMBUQ EPS, e igualmente que aquella cuenta con un diagnóstico de Tumor maligno de mama cuadrante derecho carcinoma mamario infiltrativo de tipo no especial grado histológico 3 puntaje 9 núcleos 3 ductos 3 mitosis.

El Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, concedió la acción de tutela interpuesta, decisión que fue objeto de impugnación por la accionada.

Al respecto tenemos que la única inconformidad traída en esta instancia es la manifestada por el Ministerio de Salud, en relación a su desvinculación de la acción de tutela, y sea revocado el numeral primero de la sentencia al no prestar los servicios de salud requeridos por la accionante.

Dicho lo anterior, y antes de entrar a estudiar el asunto objeto de estudio, tenemos que revisada la presente acción de tutela se observa que es presentada por el señor JAVIER CITARELLA ESPINOSA, quien en otras oportunidades ante este mismo despacho ha radicado otras acciones de tutela, actuando en calidad de agente oficioso, como en esta oportunidad en nombre de la señora DORIS ESTHER TRUJILLO PEREZ, quien sería la persona directamente afectada en sus derechos fundamentales.

Al respecto, tenemos que el artículo 86 de la Constitución Política, establece que la acción de tutela es un mecanismo judicial en virtud del cual, a través de un procedimiento preferente y sumario, toda persona puede acudir ante cualquier juez a solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de autoridades públicas.

Desde sus inicios la Corte ha sido enfática en señalar que, la acción de tutela tiene como una de sus características esenciales la del ejercicio informal, “es decir que no limita las posibilidades de acudir a ella por razones de nacionalidad, sexo, edad, origen de raza o capacidades intelectuales, razón por la cual es factible que la ejerzan los niños, los indígenas, los presos, los campesinos, los analfabetas y en general todo individuo de la especie humana que se halle dentro del territorio colombiano.”. (T-020 de 2.016).

Mas sin embargo, las normas reglamentarias de la tutela exigen como requisito la legitimidad e interés del accionante, conforme se advierte en lo estipulado en el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, admitiéndose también la agencia de derechos ajenos cuando el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa, y la intervención del Defensor del Pueblo y de los personeros municipales.

Por ello, este mecanismo de defensa judicial no admite que se pueda asumir de manera indeterminada o ilimitada la representación de otro y demandar protección constitucional a su nombre, ni la informalidad que caracteriza a la acción de tutela se opone a que su ejercicio esté sometido a requisitos mínimos de procedibilidad, entre los cuales está la legitimidad por activa.

De acuerdo con la normatividad, existen cuatro conductos a través de los cuales se puede interponer la acción de tutela por parte de la persona presuntamente vulnerada en sus derechos:

- Por sí misma.
- Cuando se trata de personas jurídicas, incapaces absolutos o menores de edad, el facultado para presentar la demanda es el representante legal.
- A través de abogado, caso en el cual se requiere de un poder que expresamente otorgue la facultad para interponer la acción tuitiva.
- Por intermedio de un agente oficioso, o sea, una persona indeterminada, la cual no requiere de poder, pero debe especificar que lo hace en esa calidad y siempre que el titular del derecho “no esté en condiciones” de promoverla directamente.

En la Tutela Rad. 072 DE 2019 la Corte Constitucional, respecto de la figura del agente oficioso indicó:

“...DERECHOS DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Relación con la capacidad jurídica La capacidad jurídica ha sido entendida en dos vías, como la facultad de ser titular de derechos y como la posibilidad de realizar actos con efectos jurídicos.

En esta medida, el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha expresado que la misma resulta esencial para que las personas que poseen

alguna barrera tengan una participación cierta y real en la sociedad AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA Y CAPACIDAD JURIDICA DE PERSONAS MAYORES DE EDAD EN CONDICION DE DISCAPACIDAD A partir del principio de igual reconocimiento ante la ley, resulta imperativo que el juez constitucional interprete la figura de la agencia oficiosa buscando favorecer la capacidad jurídica de las personas mayores de edad en condición de discapacidad, a efectos de preservar su autonomía y voluntad.

Para tal efecto, en lo que respecta al requisito de la imposibilidad de interponer el recurso de amparo, se deberá entrar a analizar las circunstancias del caso concreto y las barreras de participación efectiva en la sociedad que se derivan para el titular de los derechos, sin que el solo diagnóstico de una enfermedad cognitiva o psicosocial, sea un indicio suficiente para derivar el impedimento en una actuación directa.

En otras palabras, el juez constitucional debe velar porque existan escenarios en los que las personas con discapacidad, en virtud de su capacidad jurídica, se apropien de sus derechos y de la facultad para proceder a su ejercicio, con miras a fortalecer su independencia e inclusión en la vida social...”.

En el presente caso, tenemos que se alega actuar en calidad de agente oficioso, y donde además se observa cumplido los requisitos de la jurisprudencia constitucional: (i) que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro; (ii) que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia y (iii) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados.

En el presente caso quien actúa en calidad de agente oficioso lo hace en representación de la señora DORIS ESTHER TRUJILLO PEREZ, quien se encuentra diagnosticada con tumor maligno de mama cuadrante derecho carcinoma mamario infiltrativo de tipo no especial grado histológico 3 puntaje 9 núcleos 3 ductos 3 mitosis. No obstante, se estima que no es persona de avanzada edad, pues, aún no se encuentra en el grupo de personas de la tercera edad, ni en estado de salud de postración e inmóvil y por lo tanto no se encuentra acreditado que esté imposibilitada para promover su propia defensa.

En tal medida debe entenderse que se afecta el desarrollo del principio de autonomía y voluntad de la aquí agenciada, quien no ratificó las actuaciones adelantadas o desarrollados por el agente.

Ello analizando las circunstancias expuestas, encuentra el Despacho que no se acredita suficientemente el requisito de la imposibilidad de interponer el recurso de amparo directo por la accionante DORIS ESTHER TRUJILLO PEREZ, la cual puede actuar de forma participativa efectiva en la presente acción, pues el solo diagnóstico de la enfermedad o patología puesta de manifiesto sea suficiente para estimar que se encuentra impedida para acudir directamente ante la jurisdicción para la protección de sus derechos.

Se evidencia entonces por esta judicatura que dada la informalidad de la acción de tutela se encuentran habilitados los escenarios para su directa participación. Lo anterior a efectos de garantizar que terceros no se apropien de sus derechos y de la facultad para proceder a su ejercicio con independencia e inclusión en la vida social, en los términos de la sentencia citada.

En consecuencia, a juicio del despacho carece de legitimación por activa el agente oficioso y en tal virtud se debió denegar la tutela por el impetrada, por tal virtud se revocará el fallo venido en alzada y en su defecto se denegará.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de tutela de fecha veintidós (22) de abril de dos mil veintiunos (2021), proferida por el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántic, en su lugar se dispone:

PRIMERO: DENEGAR la tutela incoada por el señor JAVIER CITARELLA ESPINOSA, en calidad de agente oficioso de la señora DORIS ESTHER TRUJILLO PEREZ contra EPS BARRIOS UNIDOS DE QUIBDÓ AMBUQ, SUPERINTENDENCIA DE SALUD, MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL, DEFENSORIA REGIONAL DEL PUEBLO, CLINICA BONADONNA, por falta de legitimación activa.

SEGUNDO: Notificar ésta providencia a las partes, por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: Remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERMAN RODRIGUEZ PACHECO

Juez

Firmado Por:

GERMAN EMILIO RODRIGUEZ PACHECO

JUEZ

**JUEZ - JUZGADO 001 DE CIRCUITO CIVIL DE LA CIUDAD DE SOLEDAD-
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:

06b7904c85ee8bc01fe883b65239974824a3a7ea2d98450c632637545a4ea2a4

Documento generado en 16/06/2021 09:45:04 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>