

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.**

ACCION DE TUTELA No. 110013105029202100001-00

ACCIONANTE: EDGAR IGNACIO VELÁSQUEZ PIÑEROS

C.C No 79.615.182

ACCIONADA: NUEVA E.P.S S.A.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de enero de dos mil veintiuno (2.021)

ANTECEDENTES

El señor **EDGAR IGNACIO VELÁSQUEZ PIÑEROS** identificado con cédula de ciudadanía No. 79.615.182, actuando en causa propia instauró Acción de Tutela en contra de la **NUEVA E.P.S. S.A.**, por considerar que dicha entidad ha transgredido sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la igualdad, a la dignidad humana y a la seguridad social, de acuerdo con lo siguiente;

HECHOS RELAVANTES.

- Indica el accionante que el día 19 de noviembre de 2020 se ordenó procedimiento por odontólogo tratante al notar complejidad de la extracción de un diente y que según señala por razones ajenas a su voluntad no realiza la Dra. Claudia Viviana Montaña Sarmiento especialista en **CIRUGIA ORAL Y MAXILOFACIAL** el día 21/08/2021 (sic).
- Señala el actor que la Dra. Claudia Viviana Montaña Sarmiento por razones personales no realizó el procedimiento desconociendo la sintomatología que presenta el paciente en el momento de la cita.
- El actor solicita ante el Despacho celeridad en la toma de decisión frente al caso que anteriormente expone, pues ha tenido que remitirse al juez de tutela en contra de la **NUEVA E.P.S. S.A.**, situación que refleja la poca atención brindada por la encartada a la población vulnerable que requiere tratamiento para sus patologías médicas y odontológicas.

ACTUACIÓN PROCESAL Y CONTESTACIONES

Mediante auto del 13 de enero de 2020 se dispuso la admisión de la presente acción de tutela, ordenando la notificación a la entidad accionada **NUEVA E.P.S. S.A.**, con el fin que ejerciera su derecho a la defensa frente a las manifestaciones dadas por el actor y dispuso la vinculación del **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, de la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, de la **SECRETARIA DE SALUD DE BOGOTÁ D.C.**, y de la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRESS**, al trámite constitucional.

La **NUEVA E.P.S. S.A.**, rindió informe y señaló que no ha transgredido derecho fundamental alguno respecto del accionante y que tampoco ha incurrido en acción u omisión que amenace o menoscabe sus derechos. Pone de manifiesto que en su lugar se ha ceñido a la normatividad aplicable a la materia y ha autorizado los servicios en la red de prestadores de servicios de salud que la EPS tiene contratada.

En ese sentido indicó que la acción de tutela resulta ser improcedente con ocasión a que a través de este mecanismo no es viable obtener la prestación de un servicio, pues no hay orden del médico tratante, toda vez que es este quien de manera previa a la valoración médica determina la necesidad del servicio, por esta razón *“sería inviable amparar la prestación de servicios médicos en donde el accionante no hubiese demostrado la existencia de prescripción médica.”*

De igual forma indica que:

“...el criterio jurídico no puede reemplazar el criterio médico, así las cosas, el juez de tutela no está facultado para ordenar prestaciones o servicios de salud sin que medie orden del médico, quien tiene el criterio para ordenar el tratamiento adecuado para tratar la patología presentada, es decir, no puede sustituir los conocimientos y criterios de los profesionales de la medicina y, por contera, ponga en riesgo la salud de quien invoca el amparo constitucional.”

En ese orden de ideas y al tenor de lo dispuesto solicita denegar la acción de tutela.

Por su parte el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** manifestó en su escrito que la acción de tutela resulta ser improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva por cuanto la entidad vinculada no ha vulnerado ni transgredido derecho fundamental alguno.

Señala que, en lo que respecta a los hechos y pretensiones, los mismos se encaminan en señalar la responsabilidad de la NUEVA EPS y que son las EPS las encargadas de garantizar el servicio a sus afiliados.

En consecuencia de lo anterior solicita que se exonere de toda responsabilidad ya que la controversia endilgada escapa de su competencia.

Ahora bien, en lo que hace a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, requirió su desvinculación por ausencia de legitimación en la causa por pasiva, apoyada en que la vulneración no deviene de acción u omisión que sea atribuible a esa entidad pues son las EPS las responsables de prestar el servicio con “*calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia*” rigiéndose por los demás principios señalados en el canon 6° de la Ley 1751 de 2015.

La **SECRETARIA DE SALUD DE BOGOTÁ D.C.**, dio alcance a lo requerido por esta sede judicial, refiriéndose a que de conformidad con lo previsto en el Decreto 507 de 2013 la entidad tiene “*como objeto orientar y liderar la formulación, adaptación, adopción e implementación de políticas, planes, programa, proyectos y estrategias conducentes a garantizar el derecho a la salud de los habitantes del Distrito Capital*”, hechos o aspectos que no se presentan al interior del presente trámite tutelar, razón por la cual es renuente en señalar que se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva, y que como consecuencia de ello debe ser desvinculada del presente trámite tutelar, pues quien tiene la responsabilidad es la NUEVA EPS.

Por último, la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES** señaló en su escrito defensor que es la EPS la encargada de prestar los servicios en salud, razón por la cual la transgresión a los derechos fundamentales obedece a una omisión que no puede ser atribuible a tal entidad, circunstancia que denota una falta de legitimación en la causa por pasiva.

De igual forma señaló que la EPS tiene la obligación de garantizar que el servicio se preste de manera oportuna, es por ello que pueden conformar su red de prestadores, sin embargo, ello no es óbice para que retrasen o dejen de prestar el servicio colocando en riesgo la vida o salud de sus afiliados.

En ese orden, solicita al Despacho negar el amparo solicitado en lo que hace a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES**, toda vez que de los hechos que se dilucidan y de las pruebas aportadas al plenario resulta evidente que la entidad no ha desplegado conducta alguna que vulnere los derechos fundamentales del peticionario, es por ello que en su causa petendi solicitan la desvinculación del presente mecanismo tutelar.

CONSIDERACIONES

La Constitución Política de Colombia en el artículo 86 consagra la acción de tutela como un mecanismo sui generis para que todo ciudadano acuda cuando detecte que se le han vulnerado derechos constitucionales fundamentales o que estos estén siendo amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad o por particulares en los casos

determinados por la ley. Se trata entonces de un procedimiento preferente, sumario, específico y directo que solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, pero excepcionalmente se autorizará como mecanismo transitorio si existe de por medio un perjuicio irremediable.

Así pues, acudió a la acción de amparo constitucional el señor **EDGAR IGNACIO VELÁSQUEZ PIÑEROS**, por considerar que le están siendo vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la igualdad, a la dignidad humana y a la seguridad social, en virtud de lo cual solicita que se ordene a la accionada la realización del procedimiento ordenado el 19 de noviembre de 2020 por odontólogo tratante al notar complejidad de extracción del diente.

De esta manera, planteadas las posiciones de las partes, cabe resaltar, según el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esa previsión corresponde al requisito de subsidiariedad, que descarta la utilización de la tutela como vía preferente para el restablecimiento de los derechos.

Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que *“permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”*. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos e impide el uso indebido de la acción como vía preferente o instancia adicional de protección.

En consecuencia, para el análisis de la viabilidad de la solicitud de amparo, corresponde al juez constitucional determinar el cumplimiento de ese requisito, respecto del cual se previeron dos supuestos en los que la existencia de otros mecanismos no frustra el ejercicio de la tutela, a saber: *“cuando el mecanismo no es idóneo ni eficaz, o cuando a pesar de ser apto para conseguir el amparo de las garantías invocadas, las circunstancias particulares del caso demuestren que debe ser protegido inmediatamente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”*.

Respecto del primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y los derechos fundamentales involucrados. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.

En cuanto al segundo supuesto, la Corte Constitucional ha establecido que cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, debido a que existe un medio judicial principal, se debe demostrar que la intervención del juez constitucional es necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Tal perjuicio se caracteriza: “por ser inminente, es decir que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”¹

Así las cosas, y bajo los anteriores parámetros citados y examinadas las pretensiones del actor, dilucida esta Juzgadora que no se prueba un perjuicio irremediable, si bien es cierto el actor allega memorial al correo institucional indicando lo siguiente:

“Buenas tardes el día de hoy el galeno atiende en sede Soacha NUEVA Eps el cual no realiza procedimiento por que no llevo imagen radiográfica que devi (sic) pagar particularmente ya que personal odontologico se abstiene de tomar imágenes por no es ponerse (sic) a rayos X.

Cuando me niego a realizar imagen de manera particular me emite orden que atenderá Eps lo cual me lleva a deducir que este servicio de radiología lo tienen en IPS asigna nuevamente cita para 27 del presente mes obviando la necesidad y dolor que me genera este diente que esta destruido.

La NUEVA EPS viola tajantemente el derecho fundamental a la vida, seguridad social y dignidad del paciente cuando otorga permisos a este Galeno los días jueves y viernes ya que el profesional (sic) viaja a otra región del PAÍS EL CUAL TIENE ASIGNADA IPS FONTIBON SOACHA Y CHAPINERO EN ESTA ESPECIALIDAD

DE TAL FORMA PIDO SU MEDIACIÓN PARA QUE NUEVA EPS ASIGNE CITA DE CIRUGÍA ORAL Y MAXILOFACIAL EL DÍA JUEVES O VIERNES DE ESTA SEMANA EN PROCURA DE EXTRAER DIENTE AL PACIENTE EDGAR VELASQUEZ”;

El mismo no brinda el suficiente valor probatorio para determinar que la encartada está siendo negligente en su actuar o más aún que le está por causar un perjuicio irremediable al peticionario. De la documental aportada por el accionante al interior del plenario de fecha 20 de enero de 2021 obrante a folio 154 digital proveniente del correo electrónico edgavelp2012@gmail.com la cual se transcribió anteriormente, se puede dilucidar y según como afirma el actor que la cita de consulta por primera vez con especialista se llevó a cabo el día 20 de enero de 2021, es decir se dio cumplimiento a lo solicitado por el actor respecto de la realización del procedimiento ordenado el 19 de noviembre de 2020, el cual de manera taxativa se transcribe “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGIA MAXILOFACIAL-CIRUGIA ORAL MAXILOFACIAL”, es de indicar que no hay orden alguna que demuestre o señale que el procedimiento a realizar es la extracción de un diente según como aduce el peticionario, y bajo tal precepto no es posible que esta juzgadora se inmiscuya en campos que no le atañen como es ordenar un procedimiento del cual no tiene bases probatorias que permitan emitir un concepto médico o profesional en el área respectiva.

En ese sentido, ha sido prolija la jurisprudencia constitucional² en señalar que:

“En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente”. Esta perspectiva asegura que un experto médico, que conoce del caso del

¹ Sentencia T-098/16

² Sentencia T-061 de 2019.

paciente, sea quien determine la forma de restablecimiento del derecho afectado, lo que excluye que sea el juez o un tercero, por sí y ante sí, quienes prescriban tratamientos...

En igual sentido la Corte en sentencia T-345 de 2013 ha señalado:

“En esta línea, la Corte ha resaltado que, en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente.

3.2. *La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.*

En consecuencia, es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar y es quién se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado de acuerdo con la evolución en la salud del paciente.

En este orden de ideas, 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, tal como podría ocurrir en el caso concreto.

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.”*

De conformidad con lo anterior, tal como se indicó y dada la causa petendi de este mecanismo tutelar, es claro que la orden emitida el 19 de noviembre de 2020 la cual hace referencia a una consulta con la especialidad anteriormente señalada se reitera ya se realizó. Bajo este panorama es pertinente traer a colación sentencia T-094 de 2017 de la Honorable Corte Constitucional, la cual señala:

“Esta Corte ha reiterado que si durante el trámite de una acción de tutela sobrevienen hechos o circunstancias que neutralicen el riesgo o hagan cesar la vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se hubiere reclamado, queda sin materia el amparo y pierde razón cualquier orden que pudiera impartirse, que ningún efecto produciría, al no subsistir conculcación o amenaza alguna que requiriere protección inmediata.

Teniendo en cuenta que la finalidad de la acción de tutela es precisamente defender los derechos fundamentales, su objetivo se extingue cuando “la vulneración o amenaza cesa, porque ha ocurrido el evento que configura tanto la reparación del derecho, como la solicitud al juez de amparo. Es decir, aquella acción por parte del demandado, que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela, ha acaecido antes de la mencionada orden.

En otras palabras, la situación nociva o amenazante debe ser real y actual, no simplemente que se haya presentado, pues no puede requerir protección un hecho subsanado, ni algo que se había dejado de efectuar, pero ya se realizó.”

En ese orden de ideas del acontecer fáctico que viene de exponerse, sopesado con los transcritos apartes jurisprudenciales se puede dilucidar que la petición principal fue satisfecha y no hay afectación o transgresión alguna a los derechos fundamentales del accionante, en las condiciones actuales y en consecuencia se configura un hecho superado, pues la cita se llevó a cabo. Se indica que el objeto principal dentro del presente caso no fue la realización del procedimiento para la extracción del diente según como aduce el actor, pues brilla por su ausencia orden alguna que permita a esta juzgadora dar aunque sea un elemento de juicio para ordenar un procedimiento del cual no tiene conocimiento.

Por lo aquí expuesto, el **JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo solicitado por **EDGAR IGNACIO VELÁSQUEZ PIÑEROS**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, por configurarse un hecho superado.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes de la presente determinación. Contra la presente providencia procede el recurso de IMPUGNACION, el cual debe ser interpuesto dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

TERCERO: En caso de no ser impugnada, REMÍTASE el expediente a la **H. CORTE CONSTITUCIONAL** para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La Juez,

NANCY MIREYA QUINTERO ENCISO.