

República de Colombia



**Rama Judicial Del Poder Público
JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá. D. C., veintinueve de julio de dos mil veintiuno

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 2021-00343
Accionante: HERNAN SOTOMONTE RODRIGUEZ
Accionada: NUEVA E.P.S.
Vinculados: FUNDACION SANTA FE DE BOGOTA y ADRES.

I.- ASUNTO:

Procede el despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda para finiquitar el trámite de la **ACCION DE TUTELA** de la referencia.

II.- ACCIONANTE:

Se trata del señor **HERNAN SOTOMONTE RODRIGUEZ**, mayor de edad, quien actúa en nombre propio.

III.- ACCIONADAS:

Se dirige la presente **ACCION DE TUTELA** contra **NUEVA E.P.S. VINCULADOS: FUNDACION SANTA FE DE BOGOTA y ADRES.**

IV.- DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS:

El petente cita los derechos a la **SALUD en conexidad con la VIDA.**

V.- OMISION ENDILGADA A LA ACCIONADA:

Aduce el accionante ser afiliado al régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud a la NUEVA E.P.S., desde el 1º de agosto de 2008 como beneficiario.

Afirma que el 15 de junio de 2021 fue diagnosticado con cáncer, para la patología "*CARCINOMA POBREMENTE DIFERENCIADO DE CELULA GRANDE CON EXTENSA NECROSIS*", por lo que tuvo la necesidad de contactar una cita particular con un médico especialista de la Fundación Santa Fe de Bogotá en Otorrinolaringología, quien lo valoró y le ordenó exámenes de "*Resonancias magnéticas de contraste en cara y cuello*" y le contactó con un oncólogo.

Sostiene que el 30 de junio de 2021 fue valorado por el oncólogo de la Fundación Santa Fe de Bogotá, quien le explicó la gravedad y agresividad del tipo de cáncer que padece, indicándole que debía iniciar el tratamiento de manera inmediata, razón por la cual se practicó en forma particular en dicha institución los exámenes que le fueron ordenados por ese galeno, junto con el inicio de la quimioterapia la cual está programada para el 14 de julio de 2021.

Refiere que de manera concomitante inició trámite en su calidad de beneficiario con la NUEVA E.P.S. y pese a que asumió de manera particular los gastos del tratamiento, por la necesidad de actuar inmediatamente, resulta

fundamental que la accionada continúe con los gastos del manejo integral de requiere su tratamiento contra el cáncer.

Dice que, el 30 de junio de 2021 contactó a NUEVA E.P.S. para ponerla al tanto de la situación, quien le agendó cita para el 1º de julio de 2021 con medicina general, poniéndole de presente su patología a la profesional de la salud que lo atendió, quien le indicó que antes de remitirlo al oncólogo debía ser valorado por el médico internista, empero, ese mismo día le fue informado que no había disponibilidad de agenda.

Sostiene que el 5 de julio de 2021 nuevamente se comunicó con la tutelada a fin de programar la cita con medicina interna, sin embargo, le señalaron que no había agenda, la misma situación se presentó los días 6, 7 y 8 del mismo mes y año.

Manifiesta que el 8 de julio de 2021 regresó al oncólogo de la Fundación Santa Fe de Bogotá, quien lo atendió de manera particular, junto con los exámenes que le ordenó, quien le informó que el cáncer hizo metástasis al cerebro y al hígado, por lo que la continuidad del tratamiento en la Fundación Santa Fe de Bogotá resulta fundamental para su salud y vida.

Arguye que a pesar de la existencia del tratamiento que puede mejorar su salud y salvaguarda su vida, NUEVA E.P.S. no ha realizado ninguna gestión que pueda permitirle iniciar la quimioterapia, la que iniciará el 14 de julio de 2021 en la Fundación Santa Fe de Bogotá de forma particular, como ha hecho con todos los exámenes y procedimientos ordenados por el oncólogo que lo atiende en dicha clínica.

Pretende con esta acción constitucional le sean tutelados los derechos fundamentales por él invocados, ordenándole a la E.P.S. accionada **(i)** autorice, continúe y se haga cargo de los gastos correspondientes al tratamiento integral de cáncer que padece y que ha sido formulado por el oncólogo que lo atiende en la Fundación Santa Fe de Bogotá, **(ii)** asuma los costos del examen de genética denominado "*SS EVALUACION POLIGENICA PARA ALTERACIONES SOMATICAS EN TEJIDO TUMORAL – F – ONE CDX*", y su posterior tratamiento de inmunoterapia que está implementada en la Fundación Santa Fe de Bogotá y, **(iii)** le reintegre los dineros que ha pagado de manera particular con ocasión al tratamiento que inició en dicha institución.

VI.- TRAMITE PROCESAL:

Mediante auto fechado 15 de julio de 2021 se admitió la solicitud, se ordenó notificar a la entidad accionada y vinculados, a quienes se les solicitó un informe respecto a los hechos reseñados.

NUEVA E.P.S. manifestó que dicha entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por el accionante, toda vez que no le ha negado algún servicio médico, ya que éste no ha solicitado ninguno, tampoco ningún médico adscrito a la red contratada de servicios le ha dado orden de tratamiento, medicamentos, insumos, ni otro servicio de salud.

Afirmó que todos los servicios aludidos por el tutelante no han sido solicitados a dicha EPS, ya que el diagnóstico fue dado por un médico particular.

Refirió que la Resolución 2481 de 2020 incluye dentro de los servicios financiados por el PBS como de alto costo la quimioterapia y radioterapia para el cáncer, empero, estos deben ser prescritos por el médico tratante.

Sostuvo que al no contar el accionante con orden médica prescrita por un médico adscrito a la red de servicios la presente acción debe ser declarada improcedente, sin perjuicio de la continuidad del servicio de salud que requiere y que puede acceder por dicha EPS.

Informó que el área de medicina de la entidad no encontró solicitud de reembolso de dinero por parte del accionante, tampoco petición de servicios y/o autorizaciones para el tratamiento de cáncer en la Fundación Santa Fe de Bogotá, quien no hace parte de la red de prestadores, ni de ninguna otra IPS.

Indicó que el petente solo hasta el 1º de julio de 2021 solicitó cita médica por la red de servicios de la NUEVA EPS, ordenándose su remisión a médico internista.

Frente al tratamiento integral que pretende el accionante, no se deriva de una orden médica prescrita por un médico tratante de la E.P.S, además de ser servicios futuros, inciertos y eventuales.

ADRES señaló que es función de la E.P.S., no de dicho ente, la prestación de los servicios de salud, sumado a ello, no tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una Empresa Prestadora de Salud, razón por la cual se presenta una falta de legitimación por pasiva, ya que la posible vulneración a los derechos fundamentales invocados por el accionante se produciría por una omisión no atribuible a la entidad.

Arguyó que frente al recobro que se suele solicitar por parte de las E.P.S., si bien ADRES es la encargada de garantizar el adecuado flujo de recursos de salud, específicamente de la financiación de los servicios no financiados por la UPC, el art. 231 de la Ley 1955 de 2021, el cual se debe interpretar con el art. 240 ídem, establece el mecanismo de financiación denominado "presupuesto mixto", cuya finalidad es que los recursos de la salud se giren antes de la prestación del servicio, lo que significa que ADRES ya giró a la accionada un presupuesto máximo con la finalidad de que suministre los servicios "no incluidos" en los recursos de la UPC y así, suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos para asegurar la disponibilidad de éstos cuyo propósito es garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

FUNDACION SANTA FE DE BOGOTA guardó silencio.

VII- CONSIDERACIONES:

1.- LA ACCIÓN DE TUTELA, constituye un logro alcanzado por la colectividad con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991, para frenar los desafueros de las autoridades, cuando quiera que con hechos u omisiones comprometan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La finalidad de esa acción es lograr que, a falta de vía judicial ordinaria, mediante un trámite preferente y sumario, el juez ante quien se acuda dé una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

El art. 86 de nuestra Carta magna así lo consagró. También advirtió su procedencia contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de indefensión o subordinación.

2.- DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS.

El art. 11 de la C.P. consagró el derecho a **LA VIDA**, en dicho normativo se dispuso: **"El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte"**.

Sobre ese mismo derecho, la Corte Constitucional, en Sentencia T-370 de 1998, Magistrado **ALFREDO BELTRAN SIERRA**, dijo:

"La protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual. No es aceptable que en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), y en la conservación del valor de la vida (Preámbulo y artículo 11 de la Constitución), se pueda tolerar que ante el apremio de un individuo de recibir un tratamiento médico para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económico, o una disposición de carácter legal, tal como sucedió en el caso del señor, que ante la falta de recursos para cubrir el porcentaje que por disposición legal estaba obligado a aportar, no se le suministró el tratamiento requerido"

LA SALUD está muy ligada al derecho a la vida, cuando la transgresión del primero compromete el derecho fundamental a la vida.

Respecto de ese tema, en Sentencia T-121/15 la Corte Constitucional expresó:

"3.3.2. Ahondando en la faceta de la salud como derecho, resulta oportuno mencionar que ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, se consideró que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas.

Esta nueva categorización fue consagrada por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015[11], cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la Sentencia C-313 de 2014[12]. Así las cosas, tanto en el artículo 1 como en el 2, se dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable[13] y que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción."

Mucho más ha de exigirse respecto al derecho a la Salud por parte del Estado, pues aquél fue consagrado a cargo de este como un servicio público, el cual comporta garantizar **"a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud"**, correspondiéndole al ente estatal **"organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes..."** (art. 49 de la C.N.).

La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la salud ostenta la categoría de fundamental, **"Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos.**

La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental" (Sentencia T-859 de 2003).

VIII.- CASO CONCRETO

Pretende el accionante con esta acción de tutela se le ordene a NUEVA E.P.S. **(i)** autorice, continúe y se haga cargo de los gastos correspondientes al tratamiento integral de cáncer que padece y que ha sido formulado por el oncólogo que lo atiende en la Fundación Santa Fe de Bogotá, **(ii)** asuma los costos del examen de genética denominado **"SS EVALUACION POLIGENICA PARA ALTERACIONES SOMATICAS EN TEJIDO TUMORAL – F – ONE CDX"**, y su posterior tratamiento de inmunoterapia que está implementada en la Fundación Santa Fe de Bogotá y, **(iii)** le reintegre los dineros que ha pagado de manera particular con ocasión al tratamiento que inició en dicha institución.

Frente a las pretensiones del accionante encaminadas a que NUEVA E.P.S. le autorice y continúe el tratamiento médico que le fue prescrito por un médico particular de la Fundación Santa Fe de Bogotá, se tiene que como lo indicó en el escrito de tutela ello obedeció a que acudió a dicha institución de manera particular, sufragando de su peculio los costos de procedimientos, exámenes, etc.

La Corte Constitucional en variada jurisprudencia ha decantado, que, si bien es cierto, el servicio médico requerido por un usuario debe ser ordenado por un médico tratante adscrito a la E.P.S., quien tiene la capacidad de definir qué servicios requiere aquel, también lo es, que tal concepto no es absoluto, ya que el criterio de un médico particular puede llegar a ser vinculante.

Dicha Corporación ha señalado que para que proceda dicha excepción se requiere que exista un **"principio de razón suficiente"**, al respecto en sentencia T-235/18 señaló:

"...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 obligación elemental 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.

Concretamente, en la Sentencia T-760 de 2008[104], se puntualizó los eventos en los cuales el criterio de un médico externo es vinculante a la EPS. En síntesis, la providencia dejó en claro que el concepto de un médico particular obliga si:

- (i) 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;**
- (ii) Los médicos adscritos valoraron inadecuadamente a la persona que requiere el servicio;**
- (iii) El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión;**
- (iv) La entidad ha valorado y aceptado los conceptos de médicos no inscritos como "tratante", incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.[105]**

En tales casos, el concepto médico externo vincula a la entidad prestadora del servicio, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto [106]. Tal resultado también puede darse como resultado del concepto de uno o varios médicos adscritos a la EPS".

En el sub-lite no se presenta ninguno de los eventos señalado por la Corte Constitucional para que proceda la excepción de tener como vinculante el concepto y tratamiento ordenado por el médico particular al que acudió el accionante, toda vez que, no acreditó haber allegado a NUEVA E.P.S. su historia clínica particular, dado que como lo informó la accionada ninguna solicitud reposa al respecto por parte de aquel.

En ese sentido, tampoco se presentan las demás circunstancias, como quiera que los médicos adscritos a la E.P.S. aun no han valorado al petente ya que solamente, según su dicho, hasta el 1º de julio de 2021 solicitó cita médica ante la tutelada, remitiéndolo el médico general a medicina interna.

Así las cosas, en el caso del accionante aún no se configura la excepción fijada por la Corte Constitucional para que el concepto del médico particular sea vinculante, pues se reitera, el accionante no demostró haber radicado solicitud al respecto, además de no haber sido valorado por medicina interna para el efecto, razón por la cual las pretensiones encaminadas a ordenar a NUEVA E.P.S. le continúe el tratamiento ordenado por un médico particular serán negadas.

De otro lado, se encuentra demostrado que el señor HERNAN SOTOMONTE RODRIGUEZ se encuentra afiliado a NUEVA EPS, según da cuenta la documentación aportada junto con el escrito de tutela y lo afirmado por la accionada en la contestación, sumado a ello, que fue remitido a medicina interna por el médico general conforme lo constató la accionada, servicio que no aparece suministrado al petente.

Según lo ratificó la tutelada la orden para cita con especialista en medicina interna fue prescrita por médicos adscritos a la red prestado de salud con la que tiene convenio el 1º de julio de 2021.

Como lo manifestó el petente en el escrito de tutela no le ha sido programada cita para medicina interna.

Las anteriores circunstancias del caso bajo estudio permiten al despacho concluir que de no encontrar el señor HERNAN SOTOMONTE RODRIGUEZ

atención adecuada en el sistema de salud, comprometería su salud, circunstancia que se prueba con la documental adosada al escrito de tutela.

Lo anterior, teniendo en cuenta que como se sabe, corresponde a la EPS, la oportuna, eficaz y debida atención médica de los pacientes afiliados a ella de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, por lo que, la desatención por parte de la accionada (*cita medicina interna*), en el caso del tutelante, constituye vulneración al derecho a la salud y a la vida del agenciado en la medida en que es NUEVA EPS la encargada de velar por la eficaz prestación del servicio de salud a sus afiliados, garantizando un servicio oportuno, por ende, se ordenara a dicha entidad le programe al demandante cita con medicina interna.

Finalmente, en lo tocante el reembolso de los dineros que ha asumido el accionante en el tratamiento médico particular aducidos en el escrito de tutela, se torna improcedente su solicitud, toda vez que éste cuenta con acción judicial ordinaria, para la protección del derecho vulnerado o amenazado que motiva su inconformidad.

Es así como la CORTE CONSTITUCIONAL ha indicado reiteradamente que: *"...Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior..."* (T-753/06).

Como lo ha sostenido abundante jurisprudencia constitucional, la acción de tutela no sule los mecanismos de defensa con que cuenta el afectado, por consiguiente, por el hecho de que el demandante no hubiera concurrido a esas vías antes de presentar la tutela no abre camino a la acción constitucional, dado que este no es mecanismo alternativo, paralelo o supletorio de los procedimientos legalmente establecidos.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado **DOCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**. D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: TUTELAR los derechos a la salud en conexidad con la vida de **HERNAN SOTOMONTE RODRIGUEZ** por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA EPS** por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, si no lo ha hecho, tome las medidas necesarias para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, le programe al accionante cita con "**medicina interna**" ordenada por medicina general, conforme se indicó en la parte motiva de este fallo.

TERCERO: NEGAR las pretensiones relacionadas a la continuidad del tratamiento prescrito por médico particular y el reintegro de gastos médicos, tal y como se consignó en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: DESVINCULAR de la presente acción de tutela a **FUNDACION SANTA FE DE BOGOTA y ADRES.**

QUINTO: DISPONER se notifique esa decisión a las partes de esta acción de tutela, por el medio más expedito y eficaz, advirtiéndoles que tienen tres (3) días para impugnarla.

SEXTO: ORDENAR la remisión oportuna del expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo. **OFÍCIESE.**

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

WILSON PALOMO ENCISO

JUEZ

MCh.

Firmado Por:

**WILSON PALOMO ENCISO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 012 CIVIL DEL CIRCUITO DE 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:

781974c9ff9c666acda6538a2fe1f1a2bceba096694a659c5b9da665d30a71c7

Documento generado en 29/07/2021 07:18:28 PM

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