

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente**

Jueves 4 de marzo de 2021
AUTO CIVIL

RAD: 44-001-22-14-000-2016-00129-01 Proceso Verbal de Responsabilidad Civil contractual promovido por OMARIS LEONOR OÑATE
GUALE VS NUEVA EPS

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decidir sobre el recurso de apelación en contra la decisión de proferida el día 24 de septiembre de 2019; dando cumplimiento a lo señalado en el artículo 14 del decreto 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES.

2.1 DEMANDA Y CONTESTACION

2.1.2 HECHOS RELEVANTES

2.1.2.1 La demandante señora **OMARIS OÑATE GUALE**, se encontraba afiliada a la **NUEVA EPS S.A** desde el año 1985 de calidad de cotizante.

2.1.2.2 Inicio tratamiento médico por la aparición de “masa sebácea” en uno de sus senos, por lo cual fue remitida a la clínica radiológica del Carmen en la ciudad de Riohacha, donde se diagnosticó y recomendó control anual.

2.1.2.3 Al advertir que la masa continuaba retomo cita en la EPS donde fue tratada por el médico GUSTAVO PALACIO, quien le diagnóstico quiste solitario en el seno izquierdo y ordeno nueva imagen diagnostica en otro centro especializado (adjunta orden).

2.1.2.4 Dicha orden fue desautorizada por la EPS, argumentando temas administrativos y la orden de cumplir el control anual previo.

2.1.2.5 Al presentar dolor constante y ante la negativa de la EPS de prestar el servicio ordenado por el ginecólogo, la paciente opta por hacerlo particular, arrojando como diagnóstico **CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE**.

2.1.2.6 Ante la negligencia de la EPS, la paciente opto por realizar el tratamiento de forma particular realizando una **CIRUJIA DE CUADRANTECTOMIA RETROAREOLAR IZQUIERDA**, la cual tuvo un costo de \$8.000.000

2.1.2.7 Apoyados en preceptos jurisprudenciales y legales procedió a realizar el recobro a la entidad respectiva.

2.2 PRETENSIONES.

Se declare civilmente responsable por vía contractual- responsabilidad médica a la Nueva EPS y en consecuencia de ello se condene a perjuicios materiales, morales

2.3 CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

La parte demandada **NUEVA EPS S.A**, una vez notificado, procede a dar contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, básicamente afirma no constarle los hechos fundantes de la demanda, toda vez que prestó sus

servicios administrativos de forma eficiente, no teniendo injerencia en los procedimientos desplegados por la IPS o el galeno tratante. Propone entre otras excepciones de fondo tales como inexistencia del daño indemnizable, inexistencia del factor de imputación a Nueva EPS de culpa a título de falla en el servicio, cumplimiento cabal de las obligaciones como asegurador, inexistencia de responsabilidad por hecho de un tercero, carencia de la inexistencia de prueba del nexo causal, indebida tasación de perjuicios. Se opone a todas y cada una de las pretensiones.

2.4 LLAMAMIENTO EN GARANTIA.

Dentro del término para contestar la demanda la parte demandada, llamó en garantía a la **UNIDAD MEDICA RADIOLOGICA DEL CARMEN LTDA.** Sin embargo, opero la ineficacia del llamamiento en garantía puesto que trascurrieron más de 6 meses desde el auto que ordena la vinculación y la notificación para ser vinculado.

2.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Señala en la misma: “ *Tal como quedó establecido en la audiencia pasada cuando se fijó el litigio le corresponde a este despacho determinar **sumariamente** ¿si la empresa demandada nueva empresa promotora de salud NUEVA EPS es responsable de los presuntos daños o perjuicios sufridos por la demandante OMARIS LEONOR OÑATE GUALE como consecuencia de la presunta falla en el servicio o negligencia médica administrativa que incurrió la NUEVA EPS o por si el contrario están llamadas a tener éxito alguna de las excepciones de mérito propuestas?*

CASO CONCRETO

Realizado todo esto debemos descender al estudio del caso concreto para fundamentar las pretensiones de la demanda es decir la responsabilidad de las NUEVA EPS son relevantes los hechos segundo, tercero, cuarto y quinto de la demanda, que brevemente se resumen la actora señora Omar y Leonor Oñate cual acudió los servicios médico asistenciales de la eps y se lo autorizó un examen o procedimiento médico denominado estudio mamográfico, el cual arrojó un resultado de normalidad, este estudio fue realizado el 5 de abril de 2013 que reposa en el folio 103. Como la actora siguió presentando inconvenientes de salud acudió nuevamente a donde el médico y le ordenaron un nuevo examen pero en otra institución prestadora de salud; esto ocurrió el 24 de junio de 2013, según se puede observar en los folios 116 y 117 citó las fechas para establecer los tiempos si hubo injuria o negligencia.

Entre la nueva orden de examen pasaron aproximadamente 2 meses y medio, y también aparece en el folio 118 autorización para que la actora se realizará el procedimiento médico fechado el 27 de agosto de 2013, 2 meses y 3 días después de haber sido ordenado; relata la actora que no obstante, la orden del ginecólogo y de la IPS el examen no fue autorizado por la NUEVA EPS aduciendo que debía esperar un año y por ello realizó innumerables peticiones a las NUEVA EPS por lo que procedió a trasladarse a la ciudad de Barranquilla.

Estas últimas afirmaciones es decir que realizó innumerables peticiones para que le ordenaran el examen, no están respaldadas probatoriamente, no existe constancia cómo fueron realizadas tales peticiones si verbal o por escrito, ni cómo le fueron negadas las peticiones. Es decir de las mismas formas si se la las negaron verbalmente o por escrito. Lo único que sí es cierto y lo encontramos es que el examen si fue ordenado como se aprecia en el folio 118.

Estoy pasando toda mi decisión y le explicó nuevamente en la relación contractual que tenemos los usuarios de las EPS con la EPS esto se encuentra reglado, lo que sí se encuentra probado por el dicho del demandante en la demanda es que incumplió con las normas y deberes que le imponía el contrato de afiliación con la NUEVA EPS, ya que acudió a una institución o galeno por fuera de la red de la NUEVA EPS para realizarse consultas o procedimientos médicos.

Dentro de este orden la accionada la NUEVA EPS no por la premura que quería la demandante sí cumplió con los requerimientos que está necesitaba y se explica fue nuevamente valorará por un ginecólogo y le autorizó los exámenes ordenados por él por lo que este Juzgado puede afirmar que la NUEVA EPS cumplió con las obligaciones que le imponía la ley 100 de 1993. Y como se habla en las pretensiones de la demanda que en el proceso en la acción constitucional de tutela que interpuso la accionante, ante la historia clínica fue apropiada y que por ello se hizo instruir a los jueces se conocieron de esta acción, debe tener en cuenta dos cosas las historias clínicas son manejadas por la IPS y por los pacientes, además teniendo en cuenta las características de esta acción constitucional entre ellas su temporalidad ese hecho debió discutirse en la sede de tutela que tiene su Cierre en la corte constitucional. Dicho todo lo anterior la acción que se deprecia debemos decir que la necesaria consecuencia jurídica de las anteriores consideraciones conducen a declarar probada la siguiente excepción perentoria propuesta por la NUEVA EPS que denominó *la*

afiliada contrató servicio fuera de la red y cumpliendo con ello sus obligaciones y deberes contractuales impuestos por la ley 100; arribando a esta conclusión se impone la negación de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Primero Civil del Circuito de Riohacha administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: declarar probada la excepción perentoria de la afiliada contrató servicios fuera de la red propuesta por la NUEVA EPS.

SEGUNDO: negar las pretensiones de la demanda.

2. APELACION

Dentro de la oportunidad procesal para realizar los reparos específicos el demandante señalo:

RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

DEMANDANTE: OMARIS LEONOR OÑATE GUALE

DEMANDADO: NUEVA EPS

PARTE DEMANDANTE: de acuerdo a lo planteado sobre las excepciones de méritos planteadas por la parte demandada solicité a su despacho que se tuvieran como no presentada por no haber sido presentadas como lo establece la ley, estas fueron presentadas no por separados sino continuas no cumplieron con los requisitos establecidos en la norma. Y con relación a la falta de que no fueron presentadas por separados sino que las presentaron dentro de la contestación de la demanda, de esto se le hizo saber dentro de la contestación de las excepciones de méritos de la responsabilidad contractual dentro de las excepciones en la cual establece que no se tendrán como no contestadas las excepciones de méritos por haber sido presentadas dentro de la demanda y con relación a la **ocurrencia de los hechos que mi representada concurre ante otra entidad ante un médico particular para poderlo determinar** en el folio 118 encontramos que mi representada fue a otro médico por la espera del recobro de octubre 28 de 2013 por eso mi poderdante concurre ante un médico particular porque no existía servicio de la NUEVA EPS y de la empresa del Carmen. Dado que estos recobros deben ser cancelados anticipadamente por la EPS para que pueda ser prestado. Si no son pagados anticipadamente, teniendo en cuenta que estas entidades prestadoras de salud no están acostumbradas al pago y por eso la NUEVA EPS están cobrándolos anticipadamente.

Con relación a las excepciones de méritos presentadas por la parte actora esta no tenían que haberse tenido en cuenta tal como lo establece el CGP, por separado no pegadas como ahí aparecen. Si usted analiza detenidamente estas excepciones están se encuentran pegadas y no fueron separadas o en cuadernos separados.

Por tal razón señor juez apelo la decisión hoy tomada, dado que la decisión solamente tuvo en cuenta la excepción y de que mi representada acudió a un nuevo centro médico.

También debemos tener en cuenta que la Nueva EPS incurrió en una falla en el servicio por no prestarlo adecuadamente.

Solicito a usted honorable magistrado analice cuidadosamente las excepciones previas o de méritos presentadas por la parte actora y desestime el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Riohacha.

Notificado el auto que descorre termino para sustentar el apoderado de la parte demandante presenta el siguiente escrito:

"Honorables Magistrados:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE RIOHACHA

E. S. D.

REF: Demanda verbal promovida por OMARIS LEONOR OÑATE GUALE y en contra de LA NUEVA EPS.

RAD: 44-001-31-03-001-2016-00129-01

ALEX EFREN CURIEL GOMEZ, mayor de edad y vecino del Municipio de Riohacha, identificado con la cedula de ciudadanía No. 84.033.420 de Riohacha y portador de la Tarjeta Profesional No. 85.620 del C. S de la J., actuando en mi

condición de apoderado judicial de la señora OMARIS LEONOR OÑATE GUALE, de acuerdo a poder de sustitución por el Dr. LUIS PISCIOTTI TORRES con fundamento en el artículo 5 del decreto 806 de 2020, por medio del presente escrito me permito descorrer traslado del recurso de apelación señalado en el Decreto 806 de 2020, en el artículo 14, en los siguientes términos:

CONSIDERACIONES

1. Que mi apadrinada judicial la señora OMARIS OÑATE GUALE, se encuentra afiliada a la entidad promotora de salud NUEVA EPS en el régimen contributivo.

2. Que mi apadrinada judicial se sintió una mesa sebácea en el seno izquierdo y fue remitida a la Unidad Radiológica del Carmen para que se le hiciera una radiografía, lo cual arrojó un resultado negativo para la malignidad y que debía llevarse control en un año, no obstante lo anterior mi apadrinada judicial fue a donde otro médico tratante y fue remitida al ginecólogo ANDRES CURVELO, quien le diagnosticó un hallazgo en la mama izquierda y le ordena nuevamente ecografía mamaria y mamografía, en otro centro de diagnóstico diferente a la Unidad Radiológica del Carmen por presunción de neoplasia del seno (visible a folio 113-117 del expediente).

3. Pese a lo anterior la Nueva EPS, se niega a dar la orden médica, tanto es así que por un posterior diagnóstico de fecha 04 de junio de 2013, médico tratante GUSTAVO ELICER PALACIO PIMIENTA, se señala "Femenina de 57 años de edad, con cuadro clínico con más de 3 meses de evolución, con masa en la mama izquierda no dolorosa". Mamo mamaria realizada el 4 de abril de 2013 fue reportada como normal.

Debido a la actitud de mi apadrinada quien no se sentía tranquila con el diagnóstico se vio obligada a acudir a un médico particular, quien en un posterior estudio determinó carcinoma ductal infiltrante (visible a folio 120 del expediente).

5. Con el conocimiento anterior mi apadrinada judicial se trasladó a la ciudad de Bogotá y con gastos de su propio pecunio se realizó una operación, en la unidad ONCOLOGICA COUNTRY con el médico Cirujano RAFAEL ANDRES GUTIERREZ MARTINEZ, documentos estos que se encuentran a folio visible 129-150 del expediente).

Con todo lo antes narrado es evidente que la NUEVA EPS fue negligente en su actuar, y que, si no hubiere sido por la insistencia de mi apadrinada judicial, el desenlace de esta historia fuera otro, en este caso es bueno citar la ley 1384 del 2010 o Ley Sandra Ceballos en su artículo 5 y el párrafo 10 que a continuación transcribo.

Artículo 5: Control integral del cáncer. Declárese el cáncer como una enfermedad de interés en salud pública y prioridad nacional para la República de Colombia. El control integral del cáncer de la población colombiana, considerará 105 aspectos contemplados por el Instituto Nacional de Cancerología, apoyado con la asesoría permanente de las sociedades científicas clínicas y/o quirúrgicas relacionadas directamente con temas de oncología y un representante de las asociaciones de pacientes debidamente organizadas y avalado por el Ministerio de la Protección Social, que determinara acciones de promoción y prevención, detección temprana, tratamiento, rehabilitación y cuidados paliativos.

Parágrafo 10. La contratación y prestación de servicios oncológicos para adultos, se realizara siempre con Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que cuenten con servicios oncológicos habilitados, que tengan en funcionamiento Unidades Funcionales, en los términos de la presente ley y aplica para todos 105 actores del sistema, como las Entidades Promotoras de Salud de ambos regímenes, y las entidades territoriales responsables de la población pobre no asegurada, las demás entidades de aseguramiento y las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas y privadas, que deben garantizar el acceso, la oportunidad y la calidad a las acciones contempladas para el control del cáncer adulto; así, por ningún motivo negarán la participación de la población colombiana, residente en el territorio nacional en actividades o acciones de promoción y prevención, así como tampoco la asistencia necesaria en detección temprana, tratamiento, rehabilitación y cuidado paliativo.

Con todo lo antes expuesto, solicito a su despacho que se revoque el fallo de primera instancia y que se declare civilmente responsable a la NUEVA EPS, y se condene al pago de los perjuicios ocasionados a mi apadrinada, tanto del orden material (Daño emergente y Lucro Cesante) y del orden moral a favor de su esposo e hijos debidamente acreditados en el expediente, con los correspondientes registros civiles (folio 34-38 del expediente), señalados en las pretensiones de la demanda.

Que se condene en costas a la parte demandada en primera y segunda instancia.”

3. CONSIDERACIONES.

2.5 COMPETENCIA.

La asignada en el artículo 31 del Código General del Proceso.

2.6 PROBLEMA JURÍDICO

2.3.1 ¿Los reparos presentados por la parte recurrente y el escrito presentado dentro de término tienen la entidad para determinar la sustentación en forma del recurso de apelación contra la sentencia dictada dentro de este proceso?

Resuelto en interrogante anterior, deber resolverse el problema jurídico asociado

¿debe declararse desierto el recurso?

2.7 DESARROLLO

¿Los reparos presentados por la parte recurrente y el escrito presentado dentro de término tienen la entidad para determinar la sustentación en forma del recurso de apelación contra la sentencia dictada dentro de este proceso?

Normalmente no es el estilo de este despacho transcribir apartados enteros de los memoriales presentados ni de las sentencias recurridas, pero en este caso se torna imperioso, puesto que el objeto central del debate consiste en determinar si el contenido y calidad jurídica de los reparos presentados en la audiencia de juicio y el escrito de sustentación guardan el mínimo de exigencias contenidos en el artículo 322 del CGP.

Valga introducir el presente argumento con reiterados llamados de atención que ha realizado este Tribunal en torno a la sustentación de los recursos, respecto a los reparos específicos, se ha sostenido:

“Pese a que el CGP es diáfano en señalar la necesidad de hacer reparos concretos a la sentencia que se pretende recurrir, parece haber hecho curso entre la comunidad jurídica, como en el presente caso se presenta, el recurrir acudiendo a extensos y turbios discursos que impiden ver el nervio de la inconformidad; es por ello que el iudex a-quo, debe por lo menos llamar la atención en este punto, para que el reparo sea concreto y permita desencadenar el recurso de una forma más eficiente.”

En el presente caso y tomando los “reparos” presentados en la oportunidad dada para ello, se puede observar:

1. Señala una manifiesta inconformidad respecto a la mezcla de excepciones previas y de mérito dentro del cuerpo de la demanda, dando a entender como si la excepción recogida por el despacho para fallar se tratara de una de forma; lo cual es totalmente desacertado, porque si bien es cierto las

excepciones previas deben presentarse en cuerpo separado, a fin que surta el trámite de un incidente y en este caso evidentemente no se cumplió y el Juez decidió dar trámite a las mismas presentadas de esta forma; también es cierto que según el régimen de nulidades, el demandado actuó con posterioridad a dicha falencia, subsanándola; siendo inoportuno y del todo desacertado enrostrar tal falencia formal en la apelación de la sentencia.

2. **Hay un reparo difuso**, en cuanto a las falencias o inconformidades presentadas en el fallo dictado; lo que más se acerca a un reparo es esta expresión:

También debemos tener en cuenta que la Nueva EPS incurrió en una falla en el servicio por no prestarlo adecuadamente.

En un sentido amplísimo y tratando de no menguar el derecho sustantivo de la parte, el Tribunal está dispuesto a entender, a **interpretar, que** el recurrente se duele del fallo porque efectivamente hubo una falla en el servicio bien porque se ocasiono un daño, mediado por una culpa la cual no está exenta y se dio un nexo causal entre ese daño y esa culpa.

Pese a que el Tribunal interprete el fallo **es necesario** que sea sustentado. La sustentación del recurso resulta vital, pues los reparos como ya se vio pocas luces dejaron a la inconformidad frente al fallo.

Revisada la sustentación, transcrita en su totalidad, se puede advertir que el recurrente narra hechos presentados con la demanda, transcribe normas y citas; pero está desprovisto de argumentos que ataquen la sentencia; no expone por ejemplo porque la excepción está mal concedida (si nos atenemos a la interpretación del reparo que hace el Tribunal); era necesario argüir por ejemplo, porque estaba probada la culpa, porque se ocasiono un daño antijurídico, y lo más importante por qué razón la demandante fue forzada a utilizar otra red hospitalaria distinta a la de la EPS y tratamientos que aunque autorizados no daban espera en procura de la conservación de su vida y salud; **en resumen porque esta situación constituiría eventualmente el nexo causal.**

Lo anterior y el transcribir hechos y normas hacen la diferencia entre una sustentación y un escrito vacío para ese propósito.

La interpretación que debe darle el Juez a la demanda y los recursos está limitada:

Artículo 42: son deberes del juez:

(...) 5. (...) interpretar la demanda de manera que permita decidir de fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia.

Esta interpretación se llevo al borde en la aceptación de los reparos, y se puede hacer porque fueron presentados oportunamente y es apenas un señalamiento que se hace a la sentencia, lo cual no afecta el derecho de defensa de la contraparte y menos el de congruencia.

En cambio, asumir lo que debió contener y decir el recurso, ya es violatorio de ese derecho de contradicción, pues el juez asumiría el rol de parte, violentando no solo el derecho de contradicción, sino la imparcialidad, además de contravenir viejas instituciones del derecho procesal como son las cargas procesales.

Y ni que decir del principio de congruencia, el cual delimita la decisión del juez al contenido litigioso que imponen las partes, asumirlo, es tanto como que el juez induce, propone y delimita lo que el mismo debe fallar, lo cual es abiertamente violatorio, puesto que esa extralimitación nuevamente y por otra vía causa un desbalance en el equilibrio procesal.

En resumen, aun extendiendo la interpretación de los reparos, los cuales desobedecen los preceptos del artículo 322 del CGP, *“deberá precisar de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior”* se hace imposible extender a un escrito de sustentación que en nada ataca el fallo apelado, tal cual lo exige el inciso 3 del numeral 3 del artículo 322 del CGP *“para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la sentencia apelada”*, con lo anterior no basta decir que esta inconforme con la negativa de las pretensiones, sino justificar en que apartes valorativos de la prueba, exclusiones probatorias, inaplicación normativa o cualquier otro señalamiento racional de inconformidad frente a la decisión del Juez, y no repetir las pretensiones, citas normativas o los hechos de la demanda pues estos por si mismos no sirven de fundamento racional.

La conclusión inevitable es que el recurso no se sustentó en debida forma.

Lo cual lleva a dar respuesta al problema jurídico asociado:

¿debe declararse desierto el recurso?

La respuesta es afirmativa, como consecuencia lógica de no haberlo sustentado, bajo los cánones del artículo 322 del CGP el cual señala:

“Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarara desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado”

De la norma se extraen varios preceptos:

1. El recurso de apelación puede ser presentado oportunamente, pero en indebida forma.

2. La indebida forma es causal de declaratoria de desierto en primera instancia, por lógica en segunda instancia también.

Conclusión en el presente asunto el recurso, aunque presentado oportunamente, estuvo sustentado en indebida forma, por tanto, la consecuencia es la declaratoria de desierto.

En mérito de lo anterior

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO: el recurso de apelación contra sentencia proferida el 24 de septiembre de 2019, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Riohacha.

SEGUNDO: SIN COSTAS, en esta instancia.

Remítase a la secretaria del Tribunal para la notificación respectiva.

**JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
MAGISTRADO**