



Bucaramanga, miércoles, 28 de diciembre de 2022.

Señores,

JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA DESCENTRALIZADO EN FLORIDABLANCA.

E. S. D

Asunto: IMPUGNACIÓN
Radicado: 2020-0143.
Accionante: PAULA ANDREA IBAÑEZ PALOMINO – THIAGO ANDRES CARVAJAL IBAÑEZ.
Accionado: EPS SURA.

CARLOS AUGUSTO MONCADA PRADA, obrando en mi condición de Representante Legal Judicial de la compañía **EPS Suramericana S.A. NIT 800.088.702**, en adelante **EPS SURA**, tal como consta en el certificado de existencia y representación legal que se adjunta al presente escrito, respetuosamente doy **contestación** dentro del término judicial señalado a la acción de tutela interpuesta por la parte accionante, de la siguiente manera:

FRENTE A LA IMPUGNACION:

Reciba un cordial saludo por parte de EPS SURAMERICANA, para mi representada es supremamente importante que el despacho cuente con todos los elementos de juicio que se tengan disponibles en la actualidad antes de emitir un fallo, propendiendo cada vez más porque la realidad y el derecho sean una misma dimensión. En ese orden de ideas le informa:

1. Es menester nuestro informar al despacho sobre el pronunciamiento de la neumóloga del menor CARVAJAL IBAÑEZ sobre la cual versa la petición de la madre por el servicio de enfermería. Si bien lo expresado por la madre del menor en cuanto al pronunciamiento de la neumóloga pediatra sobre la necesidad de enfermera para el niño no está apartada de la realidad, se debe dejar en claro que el día 12 de octubre de 2022, la misma especialista MARGARITA ALVAREZ LOPEZ, remite una nota aclaratoria en donde si bien persiste la necesidad la deja sujeta a una valoración por el equipo multidisciplinario domiciliario para definir necesidad de implementar enfermera durante la hora escolar 6 horas/día para administración de medicamentos permanentes y uso de oxígeno suplementario permanente, esto no se da por capricho de mi representada o por avalar los intereses de la misma, sino porque es la Junta Multidisciplinaria la que evalúa las patologías del paciente y la evolución de las mismas para determinar un plan, servicios y acompañamiento idónea desde todas las perspectivas de los servicios de salud, médica, psicológica, entre otras, perspectiva que fue pasada totalmente por alto apelando a intereses particulares nunca antes expuestos o evidenciados en incumplimiento de servicios al menor.

IMPRESIÓN: 12/10/2022 09:50:54

H.C: 100271121

NOMBRE: THIAGO ANDRES CARVAJAL

EDAD: 5 Años

IDENTIFICACIÓN: RC 1222254208 DIR. Bellavista sector b torre 4 apto 502a (FLORIDABLANCA,SANTANDER)

TELÉFONO: 3118190389 3207878282 RESPONSABLE: VIVIANA PALOMINO - Abuelo/a

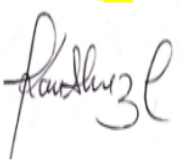
ENTIDAD: EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A

Fecha de atención: 12/10/2022 08:50:41

MOTIVO CONSULTA / ENFERMEDAD ACTUAL Y ANÁLISIS

Thiago paciente de 5 años quien cursa con cardiopatía congénita compleja no operable, con hipertensión pulmonar de alto riesgo secundaria, actualmente venia con deterioro de la clase funcional, requerimiento de aumento de su medicación con terapia combinada y requerimiento de oxígeno suplementaria permanente, paciente quien requiere escolarización e inclusión a la vida diaria con su patología de base por lo que dado que utiliza medicamentos de alto riesgo y oxígeno suplementario, requiere una valoración por el equipo multidisciplinario domiciliario para definir necesidad de implementar enfermera durante la hora escolar 6 horas/día para administración de medicamentos permanentes y uso de oxígeno suplementario permanente.

Servicio Solicitado
Se solicita valoración por el equipo multidisciplinario domiciliario para definir necesidad de implementar enfermería durante la hora escolar 6 horas/día




KAREN MARGARITA ALVAREZ LOPEZ
Neumóloga Pediatra
T.P 2036-2009

2. La anterior nota donde se pronuncia la misma Dra. Karen Alvarez solicitando que se realice la Junta que también se aportó, ninguna de las dos situaciones fue tenida en cuenta por el Despacho al momento de sentenciar, muy a pesar de que sólo notificó la sentencia el 26 de diciembre del 2022 y los pronunciamientos que se allegaron se radicaron antes de que se notificara la sentencia, por lo cual es evidente debían ser tenidos en cuenta.
3. El 22 de octubre de 2022 se realiza la junta médica y se me informa a la acudiente del menor CARVAJAL IBÁÑEZ lo siguiente:

«Paciente quien es usuario de oxígeno permanente cuyo familiar se encuentra entrenada para el manejo de este equipo, por lo que se considera que el cuidado del menor debe continuar siendo realizada por su cuidador primario por principio de solidaridad»

Es importante rescatar que en dicha junta, se evaluaron todos los contextos expuestos por la médico tratante y que por parte de EPS SURA la familia ha contado con el apoyo, y como se puede evidenciar acá, toda la capacitación pertinente para darle al menor el mejor manejo posible de sus patologías, quien a pesar de ser usuario de oxígeno permanente el mismo puede movilizarse y realizar actividades como las vemos en los videos que comparte la accionante, que si bien es claro que encuentra barreras en su día a día las mismas pueden ser sorteadas por el menor y quien es hoy su acompañante primero, al igual, es bastante importante entender que el menor cuenta en estos momentos con un plan de medicación oral, es decir, no se requiere de un especialista en salud para poder cumplir con la medicación del menor, otro contexto que la junta también evaluó y no, intereses particulares de mi representada.

4. La acudiente vuelve a accionar el aparato judicial en aras de que sea considerado nuevamente los temas de cuidador y/o enfermera para jornada escolar del menor, así como el transporte para terapias, citas y estudios, a lo que EPS SURA volvió a convocar junta por el equipo multidisciplinario para definir las pretensiones mencionadas, esto es muy importante de tener en cuenta, ya que se hace una segunda junta porque la accionante solicita que se vuelva a evaluar lo que ya se le había notificado en la junta del 22 de octubre de 2022, no se realiza por capricho de mi representada, y la misma se hace mediante IPS con médicos adscritos a ella, no a EPS SURA, entre EPS SURA y los médicos que la IPS contrate, no existe ninguna relación. La contrata la IPS, los escoge la IPS, ellos se encargan de que brinden el servicio con las condiciones, calidad, oportunidades propias del sistema de salud, y nosotros nos entendemos sólo con la IPS, es decir no hay ningún interés particular en los mismos para emitir dictámenes a favor o en contravía de mi representada.

Nuevamente esta junta evalúa todo lo aportado por la accionante, la historia clínica del menor y remisiones de médicos tratantes, es decir, toda la información completa que se tiene del menor, de allí dicha junta se realizó el 21 de diciembre de 2022 y determinó, vamos a tratar punto por punto:

	ACTA DE REUNION ESPECIFICA	CÓDIGO: FO-GA-OA-016
		VERSIÓN: 01
		FECHA: 20/11/2019
		Página 1 de 3

FECHA	21 de diciembre de 2022
HORA DE INICIO	14:30 hrs
HORA FINAL	15:30 hrs
MOTIVO DE LA REUNION	JUNTA MEDICA PARA DEFINIR PERTINENCIA DE ENFERMERÍA
TEMA	
Definir pertinencia del servicio de enfermería usuario THIAGO ANDRES CARVAJAL IBAÑEZ, identificado con RC 122254208, Beneficiario EPS SURAMERICANA	

El equipo interdisciplinario delibera sobre las condiciones y necesidades del usuario y se concluye:

1. Se trata de un paciente el cual tiene un equipo concentrador de oxígeno portátil, adicionalmente todos los medicamentos que se le administran son vía oral, por tanto, no requiere la presencia de una enfermera para la administración de medicamentos ya que estos pueden ser administrados directamente por el acompañante del menor, adicionalmente el colegio cuenta con un servicio de enfermería en caso de dudas en el manejo del oxígeno.
2. Para el traslado el equipo de oxígeno no requiere transporte especial, el cual puede ser trasladado por los propios medios del acompañante del menor al colegio.
3. Si bien el paciente se beneficiaría mucho de un transporte para la asistencia a sus citas de rehabilitación, No requiere transporte especial.

- Se trata de un paciente el cual tiene un equipo concentrador de oxígeno portátil, adicionalmente todos los medicamentos que se le administran son vía oral, por tanto, **no requiere la presencia de una enfermera para la administración de medicamentos ya que estos pueden ser administrados directamente por el acompañante del menor**, adicionalmente el colegio cuenta con un servicio de enfermería en caso de dudas en el manejo del oxígeno.

SOBRE EL SERVICIO DE ENFERMERIA Y/O CUIDADOR.

Nuevamente ponemos de presente que el servicio de enfermería está sujeto a Orden Médica del galeno tratante de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En este sentido, no se aporta ni se tiene prueba al menos sumaria de prescripción médica sobre el particular y la junta evaluando la situación medica del menor en consecuencia de sus patologías también da el aval, por lo que no podría soslayarse el concepto médico con el criterio jurídico acerca de esta situación que está vedada al Juez de Tutela según la Corte Constitucional.

- **Corte Constitucional, Sentencia T-423/19 M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO:** “Las atenciones o cuidados especiales que pueda requerir un paciente en su domicilio exigen verificar que: (i) **en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiera de una orden médica proferida por el profesional de la salud, ya que el juez constitucional no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia.**”

Se destaca que es a la familia quien le corresponde demostrar la imposibilidad material de la de suministrar el servicio de

cuidador primario según la jurisprudencia constitucional, y es por esto por lo que no resulta pertinente ni procedente emitir órdenes contra EPS SURA frente al particular. Es así como la Corte ha reseñado jurisprudencialmente que, si no se prueba esta dificultad, no es posible ordenar la prestación del servicio a cargo de la EPS de afiliación. **Deben existir circunstancias excepcionales para el caso en concreto a fin de que esta prestación sea suministrada por la EPS y no por el núcleo familiar del usuario.** De esta manera, al no haber probado el accionante lo contrario, y teniendo el contexto claro aportado por EPS SURA, respetuosamente se considera que no es factible que mi representada brinde el servicio de cuidador. El usuario bien puede sufragar el servicio con total normalidad.

- **Sentencia T-423/19 M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO:** *“La Corte determinó que existen circunstancias excepcionales en las que, a pesar de que las EPS no deben suministrar el servicio de cuidador en comento, se requiere en todo caso dicho servicio, y en consecuencia se debe determinar detalladamente si puede ser proporcionado o no. Dichas circunstancias son: (i) si los específicos requerimientos del afectado superan el apoyo físico y emocional de sus familiares, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.”*
- **Corte Constitucional, Sentencia T-458 de 2018 M.S. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS:** *“(…) Aunque la Sala no desconoce la condición de sujeto de especial protección constitucional que ostenta el señor Héctor Casallas García, por sus múltiples padecimientos, no encuentra que el agenciado y su entorno familiar cumplan con las características propias, previamente desarrolladas, para que el deber de cuidado y atención derivado del principio de solidaridad inherente al entorno cercano de quien se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta, sea trasladada al Estado. Así las cosas, si bien en el presente asunto se tiene la certeza médica de que el agenciado es una persona que requiere de asistencia en la cotidianidad, sin embargo no se demostró que es una carga insostenible para sus familiares teniendo en cuenta las variables circunstanciales económicas, sociales y físicas, con base en lo aportado en el expediente de tutela, que rodean al agenciado y a su entorno familiar ya que además de la referida atención la capacitación a la persona designada y posterior evaluación del servicio sugerido deberá ser asumida integralmente por la entidad accionada.(…)*

Ahora bien, es menester también que el juzgado tenga muy presente que se mencionando un incumplimiento y/o está requiriendo a EPS SURA para autorizar un servicio bajo un **supuesto de hecho**, porque el menor de edad actualmente no se encuentra estudiando, por tantos lo agentes llamados a garantizar también los derechos fundamentales accionados por la madre del menor de edad en la presente actuación no han podido ser vinculados, como son la **ALCADÍA DE FLORIDABLANCA, la SECRETARÍA DE SALUD DE FLORIDABLANCA y LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE FLORIDABLANCA**, en el entendido que estas entidades por ley cuentan con rubros del tesoro público destinados a resarcir los derechos de niños, niñas y adolescentes que lo requieran, así mismo, porque desde el sector educativo se debe conocer el rol de la enfermera dentro de una institución educativa y como se vuelvo esto de extensivo cumplimiento integral para prevalecer los derechos del menor.

- El segundo y tercer punto que la junta determino fue acerca del tema del transporte:
 2. Para el traslado el equipo de oxígeno no requiere transporte especial, el cual puede ser trasladado por los propios medios del acompañante del menor al colegio.
 3. Si bien el paciente se beneficiaría mucho de un transporte para la asistencia a sus citas de rehabilitación, No requiere transporte especial.

INEXISTENCIA DE ORDEN MÉDICA SOBRE EL SERVICIO DE TRANSPORTE:

Nuevamente le pedimos al despacho evaluar la determinación de la junta es clara en el entendido que las patologías del menor no afectan su tránsito de un lugar a otro para requerir transporte especializado. Se tiene que de ninguna manera se cuenta con prescripción médica para el servicio de transporte a su favor. Es decir, el galeno tratante en ninguna de sus valoraciones ha descrito la necesidad ni pertinencia del servicio de transporte a favor del accionante, ni mucho menos de éste y un acompañante. Sobre esto cabe resaltar que es únicamente el concepto del galeno experto quien de acuerdo con su *lex artis* puede definir el tratamiento a seguir y prescribir las órdenes necesarias para el adecuado manejo de la salud del usuario. En este caso en concreto el galeno no ha definido que sea necesario brindar transportes al actor, ni que requiere de un acompañante para este servicio. Por tanto, se trae a colación la jurisprudencia de la Corte Constitucional que define que no se puede suplantar el concepto científico del médico tratante con el concepto jurídico.

- **Corte Constitucional, Sentencia T-345/13 M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA:** *“CONCEPTO CIENTÍFICO DEL MÉDICO TRATANTE- Es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud” 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. 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”.

- **Corte Constitucional, Sentencia T-345/13 M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA** “JUEZ CONSTITUCIONAL-No puede valorar un tratamiento médico. 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. 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.
- **Corte Constitucional, Sentencia T-651/14 M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO:** “La jurisprudencia constitucional ha establecido que la decisión relativa a los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente está únicamente en cabeza de los médicos y no le corresponde al juez. La Corte ha insistido en que el médico es la persona especializada en la medicina humana, capaz de brindar soluciones y respuestas a problemas de salud, a través de medicamentos, tratamientos que mejoran la calidad de vida del paciente, y que le permite ir más allá de un conocimiento general. Según el criterio de necesidad se debe procurar por que se haga un uso adecuado y racionalizado tanto de las posibilidades del personal médico, de las instituciones prestadoras del servicio de salud, de los medios científicos y tecnológicos, así como de los recursos que los sustentan. El médico tratante es la persona idónea para determinar qué procedimiento y/o tratamiento debe seguir el paciente.”
- **Corte Constitucional, Sentencia T-651/14 M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO:** “Se ha establecido de manera reiterada por parte de este Tribunal Constitucional que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. En términos generales, los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, (...) -lo cual supone un desaprovechamiento de los recursos – 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.”

SOBRE EL TRATAMIENTO INTEGRAL.

Finalmente, sin negar lo anterior se tiene que sobre el tratamiento integral que menciona la madre del menor, se considera como se dijo al inicio debe ser declarado improcedente la acción, no obstante, se recuerda que el tratamiento integral se ordena precisamente cuando existen acciones u omisiones vulneradoras de derechos fundamentales o se niegan servicios de forma injustificada recurrentemente, a tal punto que incluso ha llegado a decir la Corte Constitucional que una sola negativa, no es argumento suficiente para decretar tratamiento integral. Por lo anterior, se pone en conocimiento la Jurisprudencia en comento para finalizar.

La negativa de un solo servicio no es argumento suficiente para prever que la entidad reiterará un comportamiento negligente de cara a las nuevas solicitudes que puedan presentarse para superar la patología que afecta al accionante. además, la sentencia T-092 de 2018 señala que:

“(…) la corte ha señalado que el juez de tutela debe ordenar el suministro de todos los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, cuando la entidad encargada de ello no ha actuado con diligencia y ha puesto en riesgo los derechos fundamentales del paciente, siempre que exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante. lo anterior ocurre, por una parte, porque no es posible para el juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables; y por la otra, porque en caso de no puntualizarse la orden de tratamiento



integral, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados, en contravía del mandato previsto en el artículo 83 de la constitución”.

La sentencia T-032 de 2018 **clarifica que los jueces no pueden declarar tratamiento integral por la negativa de un solo servicio.**

*“Asimismo, se negará la pretensión del tratamiento integral pues, como se dijo en precedencia, **la negativa de un solo servicio no es argumento suficiente** para para prever que la entidad reiterará un comportamiento negligente de cara a las nuevas solicitudes que puedan presentarse para superar la patología que afecta al accionante”.*

Sobre el particular la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones indicando que:

*“no cabe la tutela si no se conculca derecho fundamental alguno, **ni se puede acudir a ella simplemente cuando se tiene una inconformidad o un malestar contra una autoridad pública** o contra un particular. el objeto de la tutela consiste en la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas cuando resulten amenazados o vulnerados por una acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, en ésta última hipótesis en los casos y dentro de las condiciones contempladas en la ley -artículo 42 del decreto 2591 de 1991.*

Corte Constitucional, sentencia T-130 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez toda vez que asumir el conocimiento de este tipo de acciones, construidas “sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas”

De esa manera, para que sea pertinente instaurar una acción de tutela es necesario que por lo menos exista un motivo relacionado con los derechos fundamentales de las personas puestos en peligro o vulnerados de manera que la orden judicial sea medio adecuado para amparar al peticionario garantizándole el disfrute de aquellos.

Es decir, que es indispensable la proporcionalidad entre los hechos alegados por el accionante y la protección judicial que solicita. así pues, no todo conflicto debe ser resuelto a través de la acción de tutela como único mecanismo de solución si la misma naturaleza de la relación de que se trata ofrece diversas opciones o posibilidades suficientes para determinar cómo poner fin a la controversia.

*Ha sido criterio de la Corte, como así lo ha venido expresando en diversas providencias, **que la judicialización de todo problema suscitado entre individuos o colectividades no conduce a nada distinto de la innecesaria congestión de los tribunales con el consiguiente bloqueo a las causas que en verdad requieren de la intervención del juez**, lo cual además perjudica en grado sumo el normal funcionamiento de las instituciones en cuanto distrae sin objeto la atención y el esfuerzo de las autoridades judiciales”*

De hecho, se recuerda para efectos prácticos, que el tratamiento integral es un derecho que EPS SURA le garantiza desde el momento que se afilia a la entidad, y no requiere de una orden judicial para brindarlo, en el tiempo que lleva en cobertura con EPS SURA. Se adjunta historial de prestaciones autorizadas donde constan más de 540 prestaciones autorizadas al usuario en EPS SURA, por lo que se recuerda que la atención integral opera IPSO IURE sin declaración judicial.

- **Corte Constitucional, Sentencia T-081/19, M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ:** “(...) Al mismo tiempo ha señalado esta corporación que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) **que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes**” Subrayado propio.

Se destaca que para que se ordene el tratamiento integral al usuario deben existir órdenes correspondientes emitidas por tratante para servicios deprecados, situación que se ha superado puesto que a la fecha no se tiene ninguna orden adicional a la autorizada y pronta a suministrar por EPS SURA. De tal forma que el impedimento de decretar mandatos futuros e inciertos para el presente caso con una declaratoria de tratamiento integral a favor del usuario es evidente, más aún cuando con este se asumiría la mala fe de EPS SURA en el cumplimiento de sus deberes.

- **Corte Constitucional, Sentencia T-092/18, M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ:** *“Sobre este punto, la Corte ha señalado que el juez de tutela debe ordenar el suministro de todos los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, cuando la entidad encargada de ello no ha actuado con diligencia y ha puesto en riesgo los derechos fundamentales del paciente, siempre que exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante. Lo anterior ocurre, por una parte, porque no es posible para el juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables; y por la otra, porque en caso de no puntualizarse la orden de tratamiento integral, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados, en contravía del mandato previsto en el artículo 83 de la Constitución”*
- **Corte Constitucional, Sentencia T-603/10, M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ:** *“Respecto de las pretensiones específicas de los accionantes relacionadas con que el juez constitucional ordene el suministro del tratamiento integral y de los medicamentos que prescriba el médico que los estaba anteriormente tratando y la exoneración de copagos, considera esta Sala, como en diversas ocasiones ya lo ha hecho, que el pronunciamiento del juez constitucional se basa en la amenaza o vulneración de un derecho fundamental, requisito necesario para que el juez de tutela conceda su amparo. De este modo, si no existe un supuesto fáctico de una omisión o de una acción de la entidad accionada, no existe materia para el pronunciamiento acerca del amparo de los derechos fundamentales del accionante. En otros términos, no puede proceder el amparo sobre hechos que no han acontecido, como lo son, en este caso, la negativa de la EPS de suministrar el tratamiento prescrito.”*

SOBRE LOS REQUERIMIENTO SOLICITADOS - NULIDAD

Se solicitó:

1. VINCULAR A LA ABUELA del menor Sra. Viviana Garzón quien hace parte del núcleo familiar y se visualiza en las pruebas audiovisuales aportadas en el proceso como la comunicación rendida ante medios de comunicación, además de ser parte interesada en el proceso.
2. REQUERIR a la Sra. Paula Andrea Ibáñez Palomino para que informe quién es el padre del menor con número de identificación, nombre completo y dirección física o electrónica de notificaciones, toda vez que el mismo es parte interesada del proceso y también debe estar vinculado para tener integrado en debida manera el litisconsorcio necesario por pasiva.
3. REQUERIR a la Sra. Paula Andrea Ibáñez Palomino para que informe nombre completo, número de identificación y dirección de contacto de las personas que hagan parte de la familia del menor Thiago, toda vez que aquí se solicita cuidador, y como bien ha explicado la Corte, si se pretende su orden se debe demostrar la imposibilidad fáctica, material y económica de TODO el núcleo familiar, y no sólo de la madre del menor.
4. VINCULAR AL COLEGIO al cual esté matriculado el menor para que informe al Despacho si cuenta con enfermera escolar.
5. VINCULAR A LA SECRETARIA DE EDUCACION DE FLORIDABLANCA para que informe cuántas y cuales instituciones en Floridablanca cuentan con enfermera escolar, aclarando además si es un deber o no contar con este tipo de servicio en una institución educativa.
6. VINCULAR A LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL para que informe si el servicio de enfermería escolar es un servicio que se presta bajo su vigilancia y si el mismo es o no un servicio que debe brindar el sistema de salud y si la respuesta es afirmativa indicando con cargo a qué recursos.
7. VINCULAR AL MINSALUD para que informe si el acompañamiento de enfermera en el colegio para integración educativa es una prestación de salud que debe estar a cargo del sistema de salud y si es de esa manera indicar con cargo a cuáles recursos.
8. VINCULAR AL MINEDUCACION para que informe cuántas y cuales instituciones en Floridablanca cuentan con enfermera escolar y si la misma estuviese o no capacitada para controlar la oxigenación del menor Thiago. Aclarando además si es un deber o no contar con este tipo de servicio en una institución educativa.

A lo cual no se accedió por parte del juzgado, aunado que es deber de EPS SURA conocer este tipo de información, cuando no es así, puesto que, al no ser parte de los afiliados en cobertura de mi representada, no es menester tener información de índole personal y privada de los mismos, menos cuando no se identifica en la tutela el núcleo familiar completo, menos cuando por ejemplo, las llamadas efectuadas por el Juzgado tampoco fueron objeto de traslado por parte de la EPS accionada, es decir que se sentenció con pruebas que en parte, sólo conocía de su existencia el accionante y el Juzgado, porque si bien se informa a través de constancia secretarial en la sentencia que eso ocurrió, en ningún momento se notificó a EPS SURA de ninguna audiencia ni declaración de parte adicional, simplemente se efectuaron pruebas de oficio por parte del Juzgado las cuales tampoco se anunciaron y mientras sí las decretó de oficio aunque no las solicitó la parte actora, a EPS SURA se le negó absolutamente todas las pruebas solicitadas, bajo el argumento de que es la EPS la que debe allegar las pruebas, sin tener presente que no se vinculó a los entes que tenían legitimación en la causa por pasiva, no se vinculó al padre del menor dándole credibilidad absoluta a la mención de la madre de ser cabeza de hogar, situación que nada desdice que sea parte interesada que debe ser vinculado en el trámite constitucional, se arrojó pruebas donde se visualiza a la abuela realizando actuaciones de cuidador primario y dando declaraciones a medios de comunicación y tampoco se sirvió vincularla siendo evidentemente parte interesada y que es necesario integrar el litisconsorcio necesario por pasiva y vincular a todas las personas que puedan tener interés sobre el resultado de la sentencia.

En igual sentido Despachó desfavorablemente todas las pruebas para que se verificara cuál es la imposibilidad material y económica del núcleo familiar situación que es crucial tanto para el transporte como para el cuidador que solicitante en la tutela, más aún cuando la Corte ha sido clara en que quien debe demostrar la imposibilidad material y económica del núcleo familiar es el accionante y no la EPS, no se puede confundir el precedente jurisprudencial de la carga invertida de la prueba para recursos económicos del afiliado, con que ahora se pretenda entonces que la EPS esté en mejor posición para demostrar cómo está compuesto el núcleo familiar y demostrar la incapacidad económica, material y la imposibilidad de entrenamiento por parte de toda la familia, la cual primeramente ni siquiera está vinculada en este proceso, muy respetuosamente se considera que las actuaciones surtidas han vulnerado ampliamente el derecho fundamental al debido proceso y defensa y que se pretende imponer una carga probatoria para la cual evidentemente la misma Corte Constitucional ha dicho que es el accionante el que debe probar esas circunstancias excepcionabilísimas.

Sobre este aspecto en particular de poder decretar pruebas, en este caso los requerimientos acontecidos, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades; ha sostenido que el decreto de pruebas de oficio por parte del juez se debe hacer. *En la sentencia el Juzgado Despacha desfavorablemente las solicitudes probatorias indicando que es deber de EPS SURA aportarlas y que es potestativo del mismo decretarlas o no situación que va totalmente en contra de lo que ha dicho la misma Corte Constitucional desde el 2009 cuando deja claro que “El decreto oficioso de pruebas, no es una atribución o facultad potestativa del Juez: es un verdadero deber legal”. Aquí para agravar más la evidente vulneración al derecho fundamental al debido proceso y defensa, mientras por una parte considera el Despacho que el practicar las pruebas solicitadas tiene como fin alargar y extender el proceso de manera innecesaria, no aplicó el mismo criterio para la accionante, a quien como se visualiza en las constancias secretariales de las que sólo se corrió traslado hasta la sentencia cuando ya nada podía pronunciarse al respecto, a la accionante sí la llamó en 2 oportunidades para que ampliara la información y suministrara más elementos que pudieran servir como prueba, luego no se entiende francamente por qué a EPS SURA se le deniegan todas las pruebas, y a la accionante se le concede pruebas de oficio no solicitadas y nuevas oportunidades para pronunciarse sobre el trámite, cuando además, EPS SURA por ejemplo, desde el inicio solicitó ampliación de términos para poder pronunciarnos con todos los soportes, y nuevamente, mientras a la accionante se le dieron 2 oportunidades adicionales para pronunciarse, a EPS SURA se le negó la ampliación de términos para poder pronunciarse nuevamente, entonces otra vez es evidente que el criterio que aplicó el Despacho es completamente dispar, y lo que se visualiza es que se está presumiendo la mala fé de la EPS, y que no se evidencia un cabal cumplimiento del principio procesal de la igualdad entre las partes.*

“cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”. (Sentencia C-086 de 2016.) Y también para aclarar los hechos que durante el proceso no son claros y que sea necesario esclarecer para que conduzca al esclarecimiento de la verdad, como en el presente caso, donde se solicita cuidador sin identificar al núcleo familiar y verificar su incapacidad económica y material. O como por ejemplo, donde se solicita enfermera para asistir al colegio pero no se identifica cuál es el colegio, tampoco se le vinculó, y a pesar de que la orden médica que aportan dice expresamente que la enfermera es para “INCLUSION ESCOLAR” dice el Despacho que no, que nada tiene que ver la enfermera con el tema educativo y que por eso tampoco vincula al MINEDUCACIÓN ni a la Secretaría de Educación, cuando es evidente que si precisamente el objetivo que se busca es la inclusión escolar, así no lo exprese a su viva voz la accionante en su escrito, es muy claro que aquí también está acción de tutela versa sobre el derecho a la educación, derecho el cual no debe ser protegido por las EPS, sino por las Instituciones Educativas y por los Entes de Control del caso, máxime cuando como se le explicó todo colegio privado por lo general tiene una enfermera que está en completa capacidad de monitorear la saturación de oxígeno, máxime por ejemplo cuando se le aportó al Despacho prueba de la Junta Médica Interdisciplinaria efectuada, donde los mismos médicos le explican al Juzgado que es la enfermera del colegio donde está matriculado la que puede comprobar la saturación sin ninguna dificultad. Si la misma Junta Médica Interdisciplinaria entre las conclusiones que arrima, y habiendo sido puesto en conocimiento el Despacho de esa Junta,

sobre la cual tampoco se pronunció, menciona que era importante tener en cuenta que la enfermera del colegio podía controlar la saturación, no se entiende entonces cómo es que aquí no está vinculado el colegio, cómo es que aquí no está vinculada la Secretaría de Educación y cómo es que aquí no está vinculado el MINEDUCACIÓN.

La Corte Constitucional en sentencia T-264 de 2009 también ha dicho que es un verdadero deber legal por parte del juez decretar pruebas de oficio que contribuyan al esclarecimiento de los hechos que conduzcan a la verdad:

*“El decreto oficioso de pruebas, no es una atribución o facultad potestativa del Juez: **es un verdadero deber legal**. En efecto, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente siempre que, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material. Como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, la facultad oficiosa del juez deviene en un deber derivado de su papel como director del proceso y de su compromiso por hallar la verdad como presupuesto de la justicia, especialmente, si se toma en cuenta que la ley no impuso límites materiales al decreto de pruebas por parte del juez, como sí ocurre en el caso de las partes.”*

Adicional a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia sostiene en la sentencia SC189 de 2019 que:

“La práctica de oficio de pruebas, como facultad deber, en consecuencia, no es una potestad antojadiza o arbitraria, sino un medio para destruir la incertidumbre y procurar mayor grado de convicción o (...) aumentar el estándar probatorio (...), según se explicó en el precedente antes citado, permitiendo así, no solo fundamentar con mayor rigor y vigor la decisión, sino evitando el sucedáneo de las providencias inhibitorias o la prevalencia de la regla de inexcusabilidad para fallar (non liquet)”. (subrayado fuera de texto).

El mismo Código General del Proceso establece que: “el juez ‘podrá’, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga de la prueba” refiriéndose así a la carga dinámica de la prueba como principio. Luego en la misma sentencia debería estar explicado los motivos por los cuales el Despacho considera que todas las pruebas solicitadas debía aportarlas EPS SURA y más aún enunciar entonces cuáles son las prerrogativas legalmente conferidas en la norma a cargo de EPS SURA para determinar la capacidad económica no sólo de los usuarios sino además de todo su núcleo familiar, cuál es la función específica y con cargo a qué recursos públicos debe efectuar esas investigaciones ya que se considera es EPS SURA la que debe hacerlas y en el mismo sentido explicar con base en qué función EPS SURA debe saber cómo está compuesto el núcleo familiar de todos los usuarios y además conocer las circunstancias personales, la historia clínica y la capacidad económica de todos los familiares, para determinar si existe o no según las reglas de la Corte Constitucional una imposibilidad material, económica e imposibilidad de entrenamiento por parte del núcleo familiar, siendo evidente que ni la EPS SURA tiene funciones para eso, ni el Estado suministra recursos públicos para ello, luego cuando se pretende decir que EPS SURA es quien debe conocer esa información y documentación y que por eso no las decreta, respetuosamente se considera es evidente que se está vulnerando el derecho a la defensa, debido proceso y confianza legítimas de mi representada.

Sin embargo, debe interpretarse con base en el artículo 4 del CGP que se refiere a la igualdad de las partes y que dispone que “el juez ‘debe’ hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”; así mismo, el numeral 2 del artículo 42 señala: “**Son deberes del juez: ... 2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga**”; y, en ese sentido, se evidencia la existencia de un deber y no de una facultad, igualdad que además como aquí se ha relatado, no se vio materializada, ni en las oportunidades concedidas para pronunciarse, ni en las pruebas decretadas de oficio, ni tampoco en la publicidad de las pruebas recaudadas toda vez que esos informes secretariales sólo se notificaron con la sentencia.

Llama también la atención que el argumento del Juzgado para negar las vinculaciones e integrar el litisconsorcio necesario por pasiva y decretar las pruebas de oficio, haya sido por ejemplo que por el tiempo perentorio de la acción de tutela no se podía y que eso extendería innecesariamente el proceso, cuando el auto que admite la misma es del 20/12/2022 y el fallo se emite el 26/12/2022 cuando sólo habían corrido 4 días hábiles de los 10 días hábiles que le confiere la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, luego no se comprende entonces, como mientras el argumento es que por tiempo no se puede, se sentencia en 4 días hábiles, sobrando 6 días hábiles en los que perfectamente pudo haberle dado trámite a la solicitud de decreto de pruebas que se le arrimó.

En el mismo sentido el Art. 37 del Decreto 2591 de 1991 le ordena al Juzgado que al recibir la tutela, además de verificar que se presente bajo la gravedad de juramento, debe advertirle al accionante las consecuencias penales del falso testimonio, situación que tampoco realizó como se visualiza en el auto de admisión, luego ahí está evidenciado otro yerro procesal en el presente trámite.

Por lo anterior se tiene que, el actual proceso cuenta con una nulidad que permea su actuar actual, y, por tanto, se solicita al despacho que decrete esta nulidad en razón a lo expuesto en antecedencia.

De lo anterior, se desprende que EPS SURA no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor, pues su actuación se encuentra ceñida a lo señalado por la legislación que rige el Sistema General de Seguridad Social de nuestro país, no siendo otra que la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias y modificatorias.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

a) NO EXISTE VIOLACIÓN A DERECHO FUNDAMENTAL ALGUNO

El concepto de derecho fundamental es quizá el más importante de las Constituciones contemporáneas. Colombia acogió esta figura en la Constitución de 1991. Una definición sintética de estos derechos es la siguiente: son los derechos inherentes a la persona humana. Es por esto que se ha creado un mecanismo que tiene como función principal la protección de tales derechos.

Ha expresado la Corte Constitucional:

“...En efecto, al igual que en toda situación de grave afectación de derechos fundamentales, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio que desplaza la competencia del juez ordinario mientras se profiere el fallo correspondiente. En este caso, es fundamental demostrar la premura en la intervención judicial, la gravedad del perjuicio que sigue a la demora en resolver el asunto y la existencia de un derecho fundamental afectado...”

Como puede observar Señor Juez, no existe vulneración a derecho fundamental alguno por parte de mi representada al accionante, toda vez que se calificó el origen de la contingencia, y las secuelas padecidas.

“...Un derecho es fundamental y, por consiguiente, puede ser protegido por vía de tutela cuando se demuestre la afectación subjetiva o individual del demandante...”

El artículo 86 de la Constitución Política consagró la tutela para:

“...reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuandoquiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quién se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

Respecto a la no prosperidad de la tutela cuando no aparece vulneración o amenaza del derecho fundamental, se ha dicho:

...para que la acción de tutela pueda prosperar, es indispensable que exista una amenaza o vulneración efectiva y plenamente demostrada de derechos fundamentales, ya que, si se concediera para fines distintos, el objetivo que tuvo en mente el Constituyente al consagrarla, resultaría desvirtuado.”¹

El amparo constitucional se consagró para reponer los derechos fundamentales infringidos o para impedir que se perfeccione su violación si se trata apenas de una amenaza, pero, de todas maneras, su presupuesto esencial, es la afectación -actual o potencial- de uno o varios de tales derechos, que son cabalmente los que la Carta Política quiso hacer efectivos, por lo cual la justificación de la tutela desaparece si tal supuesto falta.

b) IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA POR NO VULNERACIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL

Establece el artículo 86 de la Constitución Política que *“toda persona tendrá acción de tutela para reclamar de los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que*



éstos resulten vulnerados o amenazados (...)". La definición atrás señalada, precisa como condición indispensable de procedencia de la acción de tutela que los derechos fundamentales resulten vulnerados y/o amenazados. Así, frente a la acción de tutela se requiere que la vulneración o amenaza sean situaciones objetivamente comprobables por el juez de tutela y permita deducir claramente la trasgresión o quebrantamiento del precepto constitucional. De esta manera, al verificarse la ausencia de violación de algún derecho fundamental, deberá negarse la acción de tutela por falta de presupuestos para la procedencia de la acción

PETICION

De acuerdo con los anteriores planteamientos, solicito se REVOQUE el fallo de tutela de primera instancia.

1. DECLARAR la nulidad de lo actuado por lo expresado en antecedencia.
2. REVOCAR y que se DECLARE por IMPROCEDENTE la acción de tutela de la referencia, por carecer de fundamento, dado que al accionante no se le ha vulnerado derecho alguno y tampoco existe amenaza de vulneración a sus derechos fundamentales por parte de EPS SURA.
3. REVOCAR y Subsidiariamente, se NIEGUE y se ordene DESVINCULAR a EPS SURAMERICANA S.A de la presente acción.
4. REMITIR copia del fallo completo.

PRUEBAS Y ANEXOS

- a. Certificado de existencia y representación legal de EPS SURAMERICANA S.A.
- b. Informe de la Junta Multidisciplinaria del 21 de diciembre de 2022.
- c. Historial de Utilizaciones del usuario CARVAJAL IBAÑEZ.

NOTIFICACIONES

Las recibiré en la carrera 29 No. 45 -94. Bucaramanga. Correo: notificacionesjudiciales@suramericana.com.co

Del señor Juez,

CARLOS AUGUSTO MONCADA PRADA
C. C. No. 91.535.718
Representante Legal Judicial de EPS SURA