

REPÚBLICA DE COLOMBIA

DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada ponente

Aprobado mediante Acta de Sala No. 129

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
Radicación:	81736318400120220005401 Enlace Link
Accionante:	ANDRES FELIPE LEAL FLOREZ
Agente Oficioso:	JOSE LUIS LASSO FONTECHA
Accionado:	NUEVA E.P.S.
Derechos invocados:	Salud, dignidad humana, igualdad, mínimo vital, y seguridad social
Asunto:	Sentencia

Sent 036

Arauca (A), cuatro (04) de abril dos mil veintidós (2022)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decidir la impugnación presentada por NUEVA E.P.S., contra la sentencia de tutela proferida el 22 de febrero del 2022 por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE SARAVERA (A).

2. ANTECEDENTES

2.1. Del escrito de tutela¹. El Personero Municipal de Saravena, agencia al menor ANDRES FELIPE LEAL FLOREZ², para que la NUEVA EPS autorice “consulta de primera vez con especialista en neumología pediátrica” y proporcione “servicio integral en salud”, y “transporte intermunicipal urbano, alojamiento, alimentación para el usuario y acompañante”, ante el diagnostico “bronquiolitis aguda no especificada, asma no especificada”;

¹ Presentado el 11 de febrero de 2022.
² 3 años de edad. Fecha de nacimiento el 28 de septiembre de 2018.

Afirma que los familiares no cuentan con los recursos económicos para sufragar los gastos que requiere; por lo tanto, solicita la protección de sus derechos fundamentales a la salud vida digna, igualdad, mínimo vital y seguridad social.

Adjunta:

- *Historia clínica de fecha 01 de diciembre de 2021 expedida por el Hospital del Sarare.*
- *Prescripción médica- solicitud de procedimientos no quirúrgicos.*
- *Fotocopia escaneada registro civil de nacimiento.*
- *Fotocopia escaneada cédula de ciudadanía madre del menor.*

2.2. Trámite procesal.

Admitido el escrito tutelar³, el *a quo* corre traslado a la accionada y concede dos (2) días, para que rinda informe en los términos del artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

Vincula a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA.

2.3. Respuesta de la accionada.

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA.

Solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva; pues asegura que, es la NUEVA E.P.S. a quien le corresponde autorizar los servicios de salud al menor ANDRÉS FELIPE LEAL FLOREZ.

NUEVA E.P.S. Guarda silencio

2.4. Decisión de Primera Instancia.

El JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE SARAVERA mediante sentencia del 22 de febrero de 2022, decidió:

“PRIMERO. -AMPARAR el derecho fundamental a la salud, vida y dignidad humana, invocados en la presente acción de tutela por el menor ANDRES FELIPE LEAL FLOREZ a través de su agente oficioso doctor JOSE LUIS LASSO FONTECHA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

³ Auto de 11 de febrero de 2022.

SEGUNDO. - ". ORDENAR a NUEVA EPS, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aun no lo ha hecho, se le AUTORICE y GESTIONES transporte (aéreo, terrestre. Según prescripción médica) ida y vuelta con acompañante, transporte urbano, alimentación y hospedaje para asistir a las citas y exámenes fuera del departamento para cumplir con la **CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN PEDIATRÍA- CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN NEUMOLOGÍA y EDUCACIÓN INDIVIDUAL EN SALUD POR HIGIENE ORAL**, para el tratamiento de la patología **BRONQUILITIS AGUDA NO ESPECIFICADA y ASMA NO ESPECIFICADA** que padece el menor ANDRES FELIPE LEAL FLOREZ, se debe hacer el acompañamiento al paciente para que efectivamente se le presten los servicios de salud ordenados y requeridos por él de acuerdo a las órdenes médicas que obran en el plenario y de las que tenga conocimiento NUEVA EPS quien la que finalmente viene actuando como prestador de los servicios médicos, tal como se ha establecido legal y jurisprudencialmente, amén de lo anterior, deberá adelantar todas las actuaciones tendientes para prestarle los servicios de salud respecto del diagnóstico dado respetando en todo momento el PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD, esto es, que deberá suministrar los medicamentos, procedimientos, intervenciones quirúrgicas, exámenes prequirúrgicos, seguimiento, internamiento en centro especializado respecto de las patologías diagnosticadas y que dieron origen a la interposición del presente amparo constitucional, así como todo otro componente que el médico tratante valore y ordene como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente, disponiendo además los recursos necesarios para asumir los gastos de transporte (ida y regreso) atendiendo las recomendaciones médicas (vía terrestre o aérea), alojamiento, alimentación y transporte urbano para la paciente y un acompañante, en el evento de así requerirlo, reiterándose, que estos sean previamente autorizados por su médico tratante atendiendo su razón médica científica y teniendo en cuenta la especial condición del paciente accionante, los cuales deben ser direccionados a una Institución que ofrezca la prestación de estos servicios de salud con una IPS que los ofrezca en su portafolio".

El juez de primer grado, consideró que, "surge evidente que siendo un menor de edad ANDRES FELIPE LEAL FLOREZ y las diversas patologías que presenta, lo ubican en esa condición de sujeto de especial protección constitucional, y, por ende, el requerimiento de **CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN PEDIATRÍA- CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN NEUMOLOGÍA y EDUCACIÓN INDIVIDUAL EN SALUD POR HIGIENE ORAL y ATENCIÓN INTEGRAL**".

La impugnación⁴. NUEVA EPS, solicita revocar la sentencia de primera instancia por cuanto, no se evidencia dentro del traslado de la tutela solicitud médica especial de transporte para el accionante, siendo el médico tratante la persona idónea para realizar estas solicitudes, tampoco los servicios de alojamiento y alimentación; ni se cumplen los requisitos jurisprudenciales para suministrarlos.

Sostiene que, la orden de tratamiento integral es improcedente ante derechos que no han sido vulnerados ni amenazados, es decir, se trata de hechos futuros e inciertos, por lo que se presume la mala actuación de la EPS.

⁴ Presentada el 24 de febrero de 2022.

Como pretensión subsidiaria, pide que de confirmarse la decisión, se ordene el recobro al ADRES.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para resolver la impugnación propuesta al ser el superior funcional del Juez que profirió la decisión rebatida.

3.2. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela son: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) inmediatez; y, (iv) subsidiariedad.⁵

Legitimación en la causa por activa y por pasiva. De conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, la tutela puede ser promovida por cualquier persona que considere amenazados o vulnerados sus derechos fundamentales.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha considerado que son tres los requisitos que deben cumplirse para hacer uso de la agencia oficiosa, a saber: *(i) que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro; (ii) que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa (sin que esto implique una relación formal entre el agente y el titular) y (iii) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados.*⁶

En este caso, el PERSONERO MUNICIPAL DE SARAVERENA- JOSE LUIS LASSO FONTECHA, agencia al niño ANDRÉS FELIPE LEAL FLOREZ; en esos términos, es evidente que a la luz de la jurisprudencia constitucional existe legitimación por activa para agenciar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por parte de terceros que

⁵ Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

⁶ Ver sentencias T-294 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-330 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-667 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-444 de 2012 (M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo), T-004 de 2013 (M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo) y T-545 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-526 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa), entre muchas otras.

manifiesten ese interés, más aún, si se trata de una autoridad pública que tiene bajo su responsabilidad el cuidado integral de un menor de edad.

En efecto, según la sentencia T-844 de 2011⁷, cuando se trata de agenciar derechos fundamentales de niños, niñas o adolescentes es necesario que se flexibilicen las reglas sobre agencia oficiosa, ya que se trata de sujetos de especial protección constitucional, respecto de los cuales el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de garantizar la prevalencia de sus derechos, en los términos del artículo 44 constitucional. Por tal razón, se indicó que la garantía de los derechos de este grupo es corresponsabilidad de todos.

Por otro lado, la NUEVA E.P.S., está legitimada por pasiva dado que, presta los servicios de seguridad social en salud al agenciado.

Inmediatez. Se cumple al existir un plazo razonable entre la prescripción médica (21/12/2021) y la presentación de la acción de tutela (11/02/2022).

Subsidiariedad. Se torna procedente la presente acción, ante la ineficacia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD⁸, para dirimir sobre estos asuntos.

3.3. Problema Jurídico.

Determinar si la Empresa Promotora de Salud NUEVA E.P.S vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del niño ANDRES FELIPE LEAL FLÓREZ.

3.4. Examen del caso

Se trata de la defensa de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas que presenta el señor Personero Municipal de Saravena, a favor del menor ANDRES FELIPE LEAL FLOREZ, quien fue diagnosticado con *“bronquiolitis aguda no especificada, asma no especificada”*, y requiere que la NUEVA E.P.S. autorice *“consulta de primera vez con especialista en neumología pediátrica”*, proporcione *“transporte intermunicipal urbano, alojamiento, alimentación para el usuario y acompañante”*, y adicionalmente, pide se ordene *“servicio integral en salud”*; pretensiones

⁷ M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual se reitera la sentencia T-197 de 2011 del mismo ponente. En esta sentencia se evaluó el caso de una niña que fue declarada en situación de abandono y posteriormente de adoptabilidad. A pesar de que la niña ya estaba viviendo con su familia adoptiva, ella reclamaba ver a sus abuelos, pues ellos no tuvieron conocimiento de todo el proceso. El ICBF negó todo contacto de la niña con su familia. La madre adoptiva de la niña, presentó una acción de tutela contra el ICBF para buscar la protección de los derechos de la menor de edad. Sin embargo, los jueces de instancia negaron la acción de tutela al estimar que no existía legitimación por activa.

⁸ Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 y modificada por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, estipula que la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD posee facultades jurisdiccionales para dirimir los asuntos atinentes a la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos o no en el P.B.S., con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

que la primera instancia acogió con fundamento en las diversas patologías que sufre el agenciado sujeto de especial protección constitucional, decisión que la NUEVA E.P.S. impugna quien alega la inexistencia de prescripción médica que ordene servicios de transporte, alojamiento y alimentación; que no se cumplen los requisitos jurisprudenciales para suministres; adicionalmente, no se puede presumir la mala fe la entidad al ordenar un tratamiento integral porque implica prejuzgamiento sobre situaciones futuras.

Para resolver el caso, inicialmente debemos recordar que:

Conforme lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, toda persona puede acudir a la acción de tutela para propender por la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular encargado de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

De igual modo, el artículo 6 del Decreto 306 de 1992⁹, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015¹⁰ señala que en el fallo de tutela el Juez deberá señalar el derecho constitucional fundamental tutelado, citar el precepto constitucional que lo consagra, y precisar en qué consiste, la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto.

Valorado el material probatorio incorporado al trámite tutelar, se verifica que, conforme a la historia clínica, de fecha 01 de diciembre de 2021 el agenciado recibe control de primera infancia que valora: antecedentes familiares, exposición a violencia, reportes paraclínicos, hitos de desarrollo, examen físico, signos vitales, valoración de la salud sexual, valoración de la salud auditiva y comunicativa, valoración de la salud bucal, valoración de la salud mental, entre otros. OBSERVACIONES: *“paciente con múltiples hospitalizaciones por ira moderada, con episodio de síndrome de broncoobstrutivo recurrente”, se solicita valoración por neumología. Se remite a Pediatría, Higiene Oral, otros. Solicitud de procedimientos no quirúrgicos.* El médico tratante ordena: *“consulta de primera vez con especialista en pediatría, consulta de primera vez por especialista en neumología pediátrica, y, educación individual en salud por higiene oral”.* **Diagnóstico:** *“Control de salud de rutina del niño, bronquiolitis aguda no especificada y asma no especificada”.*

No obstante, no se evidencia siquiera prueba sumaria para demostrar que los servicios ordenados por el médico tratante hayan sido pedidos y negados; tampoco contamos al menor con la manifestación del

⁹ Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

¹⁰ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

agente oficioso donde afirme que personalmente o a través de un tercero hayan solicitado ante la NUEVA E.P.S. las autorizaciones respectivas; también se desconoce si el paciente tiene programada cita, consulta o procedimiento médico, o fue remitido a un centro hospitalario ubicado en ciudad diferente a su residencia, que haya motivado la solicitud de servicios complementarios, como lo son: transportes, alojamiento y alimentación.

Cabe desatacar que, una de las principales cargas procesales cuando se acude a la administración de justicia, es la concerniente a la prueba de los hechos que se alegan; la carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva, se conoce como *“ius probandi”*, el cual indica que por regla general corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo¹¹.

De acuerdo con la doctrina, esta carga procesal se refiere a *“la obligación de “probar”, de presentar la prueba o de suministrarla, cuando no el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no existencia de un hecho afirmado, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”*¹². En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha explicado cómo en el sistema procesal se exige, en mayor o menor grado, que cada uno de los contendientes contribuya con el juez al esclarecimiento de la verdad:

“Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan”.¹³

De hecho, la Corte Constitucional en Sentencia T-131 de 2007 se pronunció sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, afirmando el principio ***“onus probandi incumbit actori”***, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez, obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho. Siendo así, **en el presente asunto no existe el mínimo elemento que acredite la vulneración de los derechos fundamentales del agenciado por parte de la NUEVA EPS que permita conceder el amparo.**

¹¹ C-086 de 2016.

¹² Leo Rosenberg, La Carga de la Prueba, Ediciones Jurídicas Europa América, p.18.- Cfr. Sentencia T-733 de 2013.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de mayo de 2010. Exp. 23001-31-10-002-1998-00467-01.M.P. Edgardo Villamil Portilla.

En relación con la orden de tratamiento integral, la Corte Constitucional indica que el reconocimiento de este, solo se declarara cuando “(i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello pone en riesgo los derechos fundamentales del paciente¹⁴, y (ii) cuando el usuario es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas, o con aquellas personas que exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”¹⁵.

Así mismo, en sentencia T-081 de 2019, precisó que la orden de tratamiento integral depende de varios factores, tales como: “(i) que existan las prescripciones emitidas por el médico, el diagnóstico del paciente y los servicios requeridos para su atención; (ii) la EPS actúe con negligencia en la prestación del servicio, procedido en forma dilatoria y haya programado los mismos fuera de un término razonable; y (iii) con ello, la EPS haya puesto en riesgo al paciente, al prolongar “su sufrimiento físico o emocional, y genera[r] (...) complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte”.

De modo que, el juez de tutela debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto del actor y frente al cual recae la orden del tratamiento integral. Esto, por cuanto no le es posible a la autoridad judicial dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas, pues, de hacerlo, 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 afiliados¹⁶.

Por esta razón, si bien, se trata de un sujeto de especial protección constitucional que requiere una atención médica integral y continua; no puede endilgarse responsabilidad a la EPS en el presente asunto **ante la inexistencia de elementos que permitan inferir su negligencia; aún más, cuando los usuarios tienen unos deberes, como solicitar las citas, consultas y autorizaciones de los servicios médicos en lugar de acudir directamente a esta acción constitucional; razones suficientes para negar el amparo solicitado.**

Además, de no probarse la negligencia de la EPS, conceder el amparo iría en contravía del propósito mismo del trámite tutelar e implicaría un indebido ejercicio de este excepcional mecanismo constitucional, tal como lo ha preceptuado la Corte Constitucional:

“El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares [de conformidad con lo

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T 062 de 03 de febrero de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y sentencia T 178 de 24 de marzo de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

establecido en el Capítulo III del Decreto 2591 de 1991]”. Así pues, se desprende que **el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.**

En el mismo sentido lo han expresado sentencias como la SU-975 de 2003 o la T-883 de 2008 , al afirmar que “partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) **En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico- jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (...)**” , ya que “sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)” .

Y lo anterior resulta así, ya que si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, “ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermitiese los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos.”¹⁷(Negrita fuera de texto).

Así las cosas, se revocará la decisión impugnada, y en su lugar se negará el amparo solicitado.

Esta Sala hace un llamado de atención dirigido al Personero Municipal de Saravena para que revise cuidadosamente cada caso antes de acudir a este mecanismo constitucional.

4. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA SALA ÚNICA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-130 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia impugnada y en su lugar NEGAR la acción de tutela.

SEGUNDO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada