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. 0580

Proceso:	Acción de tutela 2° Instancia
Radicado:	817363104001-**20220043401**
Agente oficioso:	Rosalba Salazar Caile
Agenciado:	Almicar José Céspedes Palencia
Accionado:	Nueva E.P.S. y FAMEDIC
Derechos invocados:	Salud, vida, seguridad social y dignidad humana.
Asunto:	Sentencia

Sent. No.0149

Arauca (A), cinco (5) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

1. Asunto a tratar

Decidir la impugnación presentada por la NUEVA E.P.S. contra la sentencia proferida el 20 de octubre de 2022, por el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVENA (A)[1].

2. Antecedentes

2.1. Del escrito tutelar[2]

La señora ROSALBA SALAZAR CAILE, en defensa de los derechos fundamentales[3] del señor ALMICAR JOSÉ CÉSPEDES VALENCIA[4], diagnosticado con *"gonartrosis primaria bilateral"*,[5] presenta acción de tutela contra la NUEVA E.P.S. y FAMEDIC IPS, porque ***"el día 20 de septiembre de 2022, la NUEVA EPS le autorizó CONSULTA POR PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA la cual, hasta el momento no ha sido autorizada"*** *(sic).* Sostiene que, *"A la fecha actual, la NUEVA EPS y FAMEDIC, vulneran los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social, al poner barreras al acceso de*

[1] María Elena Torres Hernández-Jueza
[2] Presentada el 05 de octubre de 2022.
[3] Derecho a la salud, vida, seguridad social y dignidad humana.
[4] De 64 años de edad.
[5] Es un problema grave que afecta la rodilla

servicios médicos de manera integral del señor CESPEDES PALENCIA AMILCAR JOSE" (sic).

Por lo anterior, invoca las siguientes pretensiones:

> *"PRIMERO: Se tutelen los derechos fundamentales consagrados en la constitución política de 1991, A LA SALUD, A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS, A LA SEGURIDAD SOCIAL Y A LA DIGNIDAD HUMANA, vulnerados por la NUEVA EPS y FAMEDIC, al no autorizarle CONSULTA POR PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA al señor CESPEDES PALENCIA AMILCAR JOSE.*
>
> *SEGUNDO: Se ordene a la NUEVA EPS y FAMEDIC o a quien corresponda, asignar de manera URGENTE autorización de CONSULTA POR PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA al señor CESPEDES PALENCIA AMILCAR JOSE., conforme a la autorización del pasado 20 de septiembre del presente año.*
>
> *TERCERO: Se ordene a la NUEVA EPS Y FAMEDIC, cubrir de MANERA INTEGRAL de ahora en adelante y suministrar EFECTIVA y OPORTUNAMENTE las autorizaciones, remisiones, medicamentos, insumos médicos y todos los elementos necesarios que puedan garantizar un estado de salud optimo, lo mismo para los gastos de traslados, gastos de transporte intermunicipal, hospedaje, alimentación y transporte urbano para él y su acompañante en el caso de requerirse y que sean autorizados en otra ciudad o municipio diferente a la de la residencia del paciente, de acuerdo a lo ordenado por el médico tratante.*
>
> *CUARTO: De conformidad con el artículo 24 del decreto 2591 de 1991, me permito solicitar que en el fallo de por usted dictado se prevenga a la entidad accionada, para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este decreto, todo sin perjuicio de la responsabilidad en que ya hubiere incurrido.*
>
> *QUINTO: Que se ordene el amparo de aquellos derechos fundamentales no invocados y que usted, en su función de guardián de la constitución, pueda establecer como violados, amenazados y/o vulnerados". (sic).*

Adjunta:

- *Copia autorización de servicio No. (POS-8333) P11-187419743,* ***del 20 de septiembre de 2022****, expedida por la NUEVA E.P.S. donde autoriza "consulta de primera vez por especialista* ***en ortopedia y traumatología****", en Clínica Centenario ubicada en la ciudad de Bogotá.*

- *Copia autorización de servicios No. 70218248 del* ***20 de septiembre de 2022,*** *expedida por FAMEDIC para los servicios de "consulta de primera vez por especialista* ***en ortopedia y traumatología****". Observación: "****2 meses,*** *IV NIVEL REMISIÓN ESPECIALISTA EN RODILLA CON ACOMPAÑANTE".*

- *Copia historia clínica del 20 de septiembre de 2022 expedida por FAMEDIC IPS.*

- *Fotocopia documentos de identidad.*

2.2. Trámite procesal

El *a quo* admite la acción de tutela[6] y concede dos (02) días a las accionadas para que rindan informe en los términos del artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

2.3. Respuestas

NUEVA E.P.S. Informa que, el señor CÉSPEDES PALENCIA, se encuentra afiliado en estado activo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado desde el 01 de septiembre de 2021.

Asegura que la *"consulta de primera vez por especialista en ortopedia y traumatología",* se encuentra autorizada en la IPS SUBSIDIADO CLÍNICA CENTENARIO S.A.S., desde el 22 de septiembre de 2022; y, que con ocasión de la acción de tutela el área técnica de salud requirió a la IPS para que programe la cita; no obstante *"la asignación, realización de consultas, controles, cirugías, terapias, exámenes y suministro de medicamentos e insumos, son programados directamente por la IPS encargada de la prestación del servicio, y no por parte de NUEVA EPS en su condición de aseguradora en salud".*

Respecto a la solicitud de gastos de transporte para el paciente, refiere que, el accionante no acreditó haber solicitado el servicio a la NUEVA EPS y que la entidad se lo hubiere negado. Sumado a lo anterior, añade que en el presente asunto, no se trata de una movilización de paciente con patología de urgencia y que la misma haya sido certificada por el médico tratante, así como tampoco existe una remisión entre instituciones prestadoras de servicio de salud, por lo que se debe tener en cuenta que *"el servicio de (transporte), no hace parte de la cobertura establecida en el Plan de Beneficios de Salud y sólo está a cargo de las EPS, sino únicamente cuando el paciente sea remitido de una IPS a otra, para continuar un tratamiento específico, contemplado por sus médicos tratantes, no para pacientes ambulatorios".*

En lo que atañe al servicio de transporte para un acompañante, aduce que, no es su responsabilidad porque no se acreditan los presupuestos jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional para su reconocimiento, tales como *"(i) El paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento; (ii) Requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y, (iii) Ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado".*

Frente a la alimentación y alojamiento tanto para el paciente como su acompañante, indica que, no obra prescripción que así lo determine

---

[6] Auto del 06 de octubre de 2022.

y, es responsabilidad del usuario conforme a lo previsto la Ley 1438 de 2011, artículo 30 (…) 3.17. – CORRESPONSABILIDAD. – *"Toda persona debe propender por su autocuidado, por el cuidado de la salud de su familia y de la comunidad, un ambiente sano, el uso racional y adecuado de los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cumplir con los deberes de solidaridad, participación y colaboración y colaboración. Las instituciones públicas y privadas promoverán la apropiación y el cumplimiento de este principio".* Además, que, no concurren los criterios jurisprudenciales para concederlos de manera excepcional, como: *(i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento; (ii) Requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.*

Respecto a la solicitud del tratamiento integral, afirma que *"NUEVA E.P.S. no ha negado la prestación de servicios de salud ni el acceso a los mismos, pues como bien se evidencia en la lectura de la acción de tutela y los anexos allegados se observa claramente que se ha autorizado y garantizado todos y cada uno de los servicios que le han sido ordenados y los mismos han sido programados"*; y, que tal pretensión hace referencia a prescripciones futuras e inciertas no autorizadas por los médicos tratantes y se anticipa a una supuesta prescripción, cuando pueden resultar en servicios que no son competencia de la EPS, como los no financiados por los recursos de la UPC.

Finalmente, pide negar el amparo por improcedente, pero en caso de concederse solicita ordenar al ADRES reembolsar los gastos en que incurra al momento cumplir la orden tutelar.

FAMEDIC IPS. Refiere que notificó al usuario la cita de *"ortopedia y traumatología"* programada para el 27 de octubre a las 02:00 p.m. en la calle 21 No. 24-38 barrio 7 de agosto del municipio de Arauca. Solicita declarar la carencia actual del objeto por hecho superado.

2.4. Sentencia de primera instancia[7]

El JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVENA ARAUCA, concedió en los siguientes términos:

> *"SEGUNDO: ORDENAR a la empresa NUEVA EPS, a través de su representante o quien haga sus veces o lo reemplace, para que, si no lo ha hecho, proceda dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión disponga, garantice, y autorice "LOS SERVICIOS COMPLEMENTARIOS DE TRANSPORTE, ALIMENTACIÓN Y ALOJAMIENTO", para el paciente y su acompañante en atención al diagnóstico de: "GONARTROSIS PRIMARIA BILATERAL", padecido por el señor AMILCAR JOSE CESPEDES PALENCIA, conforme a lo ordenado por el médico tratante, dichos servicios complementarios deberán ser garantizados siempre y*

[7] Del 20 de octubre de 2022.

cuando los exámenes y procedimientos autorizados al usuario, se realicen fuera del lugar de su domicilio y requiera pernoctar allí, también deberá la NUEVA EPS proporcionar los demás procedimientos, consultas especializadas y/o medicamentos PBS o NO PBS que requiera para la recuperación de la salud de la accionante con ocasión al diagnóstico presentado objeto de la presente acción constitucional.

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA EPS, prestar toda la ATENCIÓN MÉDICA EFICAZ Y PRIORITARIA al señor AMILCAR JOSE CESPEDES PALENCIA para el tratamiento de la patología de "GONARTROSIS PRIMARIA BILATERAL", por él sufrida y que es motivo de la presente acción constitucional, teniendo en cuenta el presupuesto máximo transferido por la Administradora de los Recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud –ADRES, en consideración a lo regulado en las Resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, que empezaron a regir desde el primero de marzo de 2020".

Consideró que si bien es cierto la NUEVA E.P.S. autorizó la consulta médica requerida por el titular de los derechos fundamentales, negó los servicios complementarios de transporte alimentación y alojamiento; comportamiento que constituye una barrera de acceso a los servicios de salud cuando el usuario necesita acudir a una zona geográfica distinta a la que reside.

No expresa las razones del amparo integral en salud, pero lo concedió.

2.5. De la impugnación[8]

La NUEVA E.P.S. señala que dado que la *"consulta de primera vez por especialista en ortopedia y traumatología"* está programada para el 04 de noviembre de 2022 a las 07:20 p.m. en la clínica Centenario de la ciudad de Bogotá, se configura un hecho superado en cumplimiento a lo solicitado en el escrito de tutela.

En cuanto a los gastos de transporte, reitera que el accionante no acreditó haberlos solicitado a la NUEVA EPS y que la entidad lo hubiera negado. Por lo tanto, puntualiza que *"no es procedente otorgar por vía constitucional una prestación de salud que no ha sido solicitada – y por consiguiente negada- por la entidad promotora de salud".*

Solicita:

*"**PRIMERA: Revocar** el fallo de fecha veinte (20) de octubre de 2022, en cuando a que opera la figura del hecho superado o la carencia actual del objeto puesto nueva EPS cumplió con ordenado en el fallo de tutela. **SEGUNDA: REVOCAR** la orden de TRANSPORTE PARA ASISTENCIA A CITAS MEDICAS Y VIATICOS PARA EL PACIENTE Y UN ACOMPAÑANTE al ser servicios que no se encuentran incluidos dentro del plan de beneficios en salud. Finalmente, no se evidencia solicitud médica especial de transporte referida por los galenos, así mismo no se encuentra acreditado en el expediente el cumplimiento de los presupuestos y requisitos previstos por la Corte Constitucional para trasladar dichos gastos a las EPS, según los argumentos y preceptos legales mencionados anteriormente. **TERCERA:** **REVOCAR** la orden del suministro de un tratamiento integral, toda vez que no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o*

[8] Presentado el 26 de octubre de 2022.

negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera es presumir la mala actuación de esta institución por adelantado. No puede presumir el fallador que en el momento en que el usuario requiera servicios no les serán autorizados" (sic).

2.6. Prueba practicada en esta instancia[9]. El Despacho Ponente telefónicamente contactó a la señora ROSALBA SALAZAR CAILE quien dijo ser cuñada del agenciado residente en el Municipio de Arauquita con su esposa María Helena Salazar Caile, no posee inmuebles ni bien alguno para garantizar sus gastos. Sostuvo que presentó la acción de tutela asesorada por la abogada del régimen subsidiado pero no recuerda cual fue el motivo ya que firmó el escrito sin leer, aun cree que fue porque la IPS no le agendaba la cita. En relación con los servicios en salud que requiere su cuñado manifestó que en la CLINICA CENTENARIO de la ciudad de Bogotá fue atendido el 4 de noviembre de 2022 y la Nueva EPS asumió los gastos para él y su acompañante, pero a pesar de la recomendación médica de transporte aéreo, tanto la ida como el regreso se efectúo por transporte terrestre. Que para programar con la IPS el procedimiento quirúrgico requiere los resultados de los exámenes ordenados y posterior cita con el anestesiólogo, los cuales se encuentran en trámite. Que presentó *"otra tutela"* para que Nueva EPS asumiera el costo de las *" medias anti embólicas"* que cuestan alrededor de $100.000,oo. No obstante, están dispuestos a pagar el precio para evitar más trámites.

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 controvertida.

3.2. Requisitos de procedibilidad en 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.[10]

Legitimación en la causa por activa y por pasiva. La señora ROSALBA SALAZAR CAILE, quien instauró la acción de tutela en defensa de los derechos fundamentales del señor ALMICAR JOSÉ CÉSPEDES VALENCIA, se encuentra legitimada por activa si se tiene

[9] Diciembre 12 de 2022 a las 9:03 de la mañana.

[10] Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

en cuenta la condición etaria del promotor del amparo (64 años de edad) y diagnóstico. También la NUEVA E.P.S., señalada de transgredir los derechos, se encuentra legitimada por pasiva.

Inmediatez. Dado que la acción de tutela fue interpuesta el 05 de octubre de 2022, esto es, quince (15) días después de la autorización de la consulta por especialista en ortopedia traumatología- 20 de septiembre de 2022-, existe un tiempo razonable y por ende, se cumple este requisito.

Subsidiariedad. Conforme a la jurisprudencia constitucional[11], la Supersalud es competente para conocer, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, de asuntos que abarcan, por un lado, aquellos relativos a la: *"[c]obertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (Plan Obligatorio de Salud), cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia."*[12]

Por otro lado, la Supersalud también está facultada para conocer y fallar asuntos relacionados con: *"[c]conflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le [sic] asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud."*[13]

Ahora bien, la Corte ha encontrado que, por razones tanto normativas como prácticas, el mecanismo mencionado no resulta idóneo ni eficaz en muchos de los casos en que se acude a la acción de tutela para exigir la protección del derecho a la salud[14]. De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,[15] la Corte estableció, con base en la jurisprudencia sobre la materia, una serie de parámetros que el mecanismo jurisdiccional mencionado debe cumplir para consolidarse como un medio idóneo y eficaz de defensa y solicitó al Gobierno nacional que adoptara, implementara e hiciera público un plan de medidas para adecuar y optimizar su funcionamiento.

Bajo lo anteriormente expuesto, se torna procedente la presente acción, ante la ineficiencia del mecanismo jurisdiccional consagrado

---

[11] Sentencia T-122 de 2021.

[12] Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

[13] Ibidem.

[14] Ver Sentencias SU-124 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. A.V. Alejandro Linares Cantillo y José Fernando Reyes Cuartas; T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo; y SU-508 de 2020. MM.PP. José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos. A.V. Alejando Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Richard S. Ramírez Grisales.

[15] Sentencia T-224 DE 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo.

ante la Superintendencia Nacional de Salud.[16]

3.3. Problema jurídico

Determinar si la NUEVA E.P.S. vulneró los derechos fundamentales del señor ALMICAR JOSÉ CÉSPEDES VALENCIA y, si tal comportamiento justifica el amparo concedido por la primera instancia.

3.4. De la naturaleza de la acción de tutela

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 1992[17], compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015[18] 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.

3.5. Examen del caso

La agente oficiosa del señor ALMICAR JOSÉ CÉSPEDES VALENCIA, diagnosticado con *"gonartrosis primaria bilateral"*, de manera puntual y precisa indicó que acudió a este mecanismo excepcional porque: ***"el día 20 de septiembre de 2022, la NUEVA EPS le autorizó CONSULTA POR PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA la cual, hasta el momento no ha sido autorizada"*** *(Sic)* y solicitó que la NUEVA E.P.S. genere la respectiva autorización, garantice tratamiento integral en salud incluido servicios complementarios en el caso de requerirse y que sean autorizados en otra ciudad o municipio diferente a su residencia. Amparo que concedió la primera instancia en su integridad y que NUEVA E.P.S. impugna porque a su

---

[16] 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 aquellas expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

[17] Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

[18] Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

juicio, expidió oportunamente la autorización de servicios para que el usuario programara la cita con el prestador externo asignado; que los servicios complementarios ni fueron pedidos ni negados.

Contrastada la situación fáctica con los elementos de prueba incorporados al trámite, encuentra la Sala razón le asiste a la Empresa Promotora de Salud, cuando afirma que ningún derecho ha vulnerado al usuario, si en cuenta se tiene que la *"consulta por primera vez por especialista en ortopedia y traumatología",* la autorizó desde el pasado 20 de septiembre de 2022 tal como lo demostró con la -***Copia autorización de servicio No. (POS-8333) P11-187419743***, a través de la cual destacó a la CLINICA CENTENARIO de la ciudad de Bogotá y/o FAMEDIC de la ciudad de Arauca; lo que significa que al momento de presentación de la acción de tutela- octubre 5 - solo restaba programar la cita entre el usuario y el prestador externo y si en cuenta se tiene que *"la asignación, realización de consultas, controles, cirugías, terapias, exámenes y suministro de medicamentos e insumos, son programados directamente por la IPS encargada de la prestación del servicio, y no por parte de NUEVA EPS en su condición de aseguradora en salud",* resultó prematuro la invocación del Juez constitucional por parte de la agente oficiosa para que la empresa promotora realizara un comportamiento que ya estaba materializado; pues tal como se pudo comprobar la EPS una vez conoció de la prescripción médica autorizó la consulta¸ así se constató con la agente oficiosa quien manifestó que se materializó la consulta en la CLINICA CENTENARIO de Bogotá el pasado 4 de noviembre, misma que fue posible gracias a la Nueva EPS quien asumió los costos derivados de la misma y que a la fecha se encuentra practicando los exámenes necesarios para ejecutar el procedimiento quirúrgico, frente a lo cual han contado con el acompañamiento de la empresa promotora .

Importante resulta destacar que lo afirmado por la accionante para justificar sus pretensiones ***"****el día 20 de septiembre de 2022, la NUEVA EPS le autorizó CONSULTA POR PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA la cual, hasta el momento no ha sido autorizada"";* fue desvirtuado con la prueba que como anexo presentó, *Copia autorización de servicios No. 70218248 del* ***20 de septiembre de 2022,*** *expedida por FAMEDIC para los servicios de "consulta de primera vez por especialista en* ***ortopedia y traumatología****". Observación: "****2 meses,*** *IV NIVEL REMISIÓN ESPECIALISTA EN RODILLA CON ACOMPAÑANTE"* y que la NUEVA E.P.S. ratificó ante el Juez de primera instancia como justificación para ser exonerada, mismo que en dicho estrado pasó desapercibido, y centró su atención únicamente en la supuesta omisión de la demandada en suministrar unos componentes que no habían sido pedidos ni negados para asistir a una cita inexistente, olvidando 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, tantos 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 hacerlo[19], y, 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"[20].*

Así lo enseña la Corte Suprema de Justicia, quien reafirma la necesidad 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".[21]*

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.

Al mismo tiempo, la decisión impugnada además de desacertada luce incongruente, por cuanto en momento alguno la accionante mencionó nada relacionado con la negativa de la entidad demandada en suministrar servicios complementarios o que los haya pedido; circunstancia que desborda el ***principio de congruencia en la decisión judicial***, mismo que en palabras de la Corte Constitucional[22], el juez

---

[19] C-086 de 2016.

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

[21] 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.

[22] SU-150 de 2021 MP. Alejandro Linares Cantillo.

debe guardar el ***principio de congruencia*** de la sentencia, el cual se encuentra previsto en el artículo 281 del Código General del Proceso[23], "***exige que la decisión judicial debe estar acorde con los hechos y las pretensiones esgrimidas en la demanda"***. Se trata de una garantía del derecho al debido proceso que tienen las partes involucradas en una *litis*, que opera como mandato general de protección en los distintos procedimientos judiciales, por el cual se concibe que el juez solo decidirá respecto de lo discutido en el proceso y tendrá vedado pronunciarse sobre asuntos diferentes o que no hubiesen conocido los extremos procesales.

Precisamente, la jurisprudencia de la Corte ha definido el principio de congruencia *"como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, en la medida que impide determinadas decisiones [,] porque su justificación no surge del proceso [,] [al] no responder [a] lo que en él se pidió, debatió, o probó"*[24]. Además, se ha establecido que "*cuando existe falta de congruencia en una providencia judicial, es posible alegar la configuración de un defecto procedimental que torne procedente la acción de tutela".*

En efecto, la Corporación de antaño ha señalado que, *"la protección de derechos constitucionales fundamentales, implica la necesidad de analizar las circunstancias fácticas del caso objeto de análisis, y,* ***observar a su vez, los señalamientos legales existentes****, para que su protección sea eficaz, es decir, que cumpla con su cometido* ***y que no vulnere otros derechos fundamentales****"*[25]. Adicionalmente ha dicho el Alto Tribunal que, *"En cuanto al* ***alcance de la orden judicial****, "no puede el juez ni inmiscuirse en procesos en curso ni menos aún, amparar situaciones de carácter colectivo, impersonal* ***y abstracto****; tampoco* ***convertirla en el instrumento por el cual el juez, dado el carácter inmediato que caracteriza sus fallos, incurra en arbitrariedades o exceso en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales****"*[26].

Es así que, *"El juez de tutela debe, por tanto,* ***limitar su actividad al amparo de tales derechos, amenazados o vulnerados en un caso concreto,*** *a través de la expedición de* ***una orden de hacer o no hacer****, dirigida a una autoridad pública o a* ***un particular****, según sea el caso"*[27].

Justamente, el artículo 6 del Decreto 306 de 1992[28], compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015[29] señala que en el fallo de tutela el Juez deberá señalar el derecho

---

[23] "*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley* (…)".

[24] Corte Constitucional, sentencia T-714 de 2013.

[25] T-578 de 1996.

[26] Ibidem.

[27] Sentencia T-562 de diciembre 6 de 1993.

[28] Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

[29] Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del 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. Para que ello suceda, el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, dispone que: *"[e]n **la solicitud de tutela se expresará, con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado,** el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud".*

En tal sentido, ante la inexistencia de elementos que permitan inferir de manera concreta un comportamiento activo u omisivo de la EPS, la decisión de la primera instancia deberá revocarse, pues conceder el amparo bajo las circunstancias expuestas implica 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 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 pretermitiera 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."[30](Negrita fuera de texto).*

---

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

Así las cosas, se revocará la sentencia de primera instancia; y, en su lugar se negará el amparo solicitado.

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,

RESUELVE

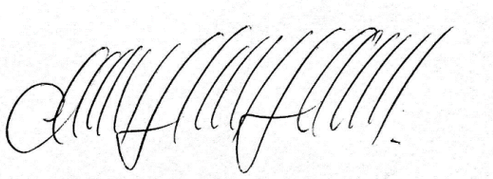
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 20 de octubre de 2022 por el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVENA (A), y en su lugar, negar el amparo solicitado.

SEGUNDO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. De ser excluida, archívense las presentes diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ

Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Magistrada

LAURA JULIANA TAFURT RICO

Magistrada