

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.0060

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
Radicación:	81-736-31-89-001-2022-00575-01
Usuario :	MISAEL TORRADO TORRADO
Agente Oficioso:	EDILMA TORRADO TORRADO
Accionado:	NUEVA E.P.S.
Derechos invocados:	Salud y vida digna.
Asunto:	Sentencia

Sent. 015

Arauca (A), siete (7) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decidir la impugnación presentada por NUEVA E.P.S., contra la sentencia de tutela proferida el 7 de diciembre de 2022 por el JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SARAVERENA (A)¹.

2. ANTECEDENTES

2.1. Del escrito de tutela². La señora EDILMA TORRADO TORRADO manifiesta que agencia los derechos del señor MISAEL TORRADO TORRADO, para que la Nueva EPS “ *le asigne al paciente tal y como lo dictaminó el medico tratante en la orden médica: ENDOSCOPIA PARA COLANGIOPANCREOTOPGRAFIA, ESFINTEROTOMIA, ERCP PARA EXTRACCION DE CALCULOS BILIARES, ERCP PARA COLOCACION O REINSERCIÓN DE STENT EN CONDUCTO BILIAR, TRANSPORTES INTERMUNICIPALES, URBANOS, ALOJAMIENTO, ALIMENTACION, PARA EL PACIENTE Y SU ACOMPAÑANTE*” y que “ *en atención al principio de integralidad, se ordene, a NUEVA EPS que de manera inmediata y sin dilaciones autorice y suministre los demás servicios complementarios que en adelante se llegaran a requerir por el paciente para llevar una vida digna*”

¹ Rafael Enrique Fontecha Barrera -Juez
² Presentado el 22 de noviembre de 2022

Precisa que su agenciado es persona adulta con 62 años de edad, afiliado en el régimen subsidiado, con diagnóstico de: *“Cálculo de conducto biliar sin colangitis ni colecistitis” y “por lo antes mencionado es de suma importancia que se le ordene y autorice pronto las peticiones, ya que se le está afectando el derecho a la salud del paciente. Además de que la Nueva EPS asuma los gastos que se vayan presentando conforme se trate la enfermedad”*

Como medios probatorios adjunta:

Historia Clínica del 13 de agosto de 2022 expedida por el HOSPITAL DEL SARARE, diagnóstico CALCULO DE CONDUCTO BILIAR SIN COLANGITIS NI COLECISTITIS.

Historia Clínica del 22 de agosto de 2022, expedida por el Hospital del Sarare. Diagnósticos: Otros dolores abdominales y los no especificados; otras colelitiasis; gastritis crónica atrófica; enfermedad de la vías biliares, no especificada; cálculo de conducto biliar sin colangitis ni colecistitis; trastorno afectivo bipolar, no especificado.

Solicitud de procedimientos quirúrgicos expedida por el HOSPITAL DEL SARARE: ERCP ENDOSCOPIA PARA COLANGIOPANCREOTOGRAFIA RETROGRADA; ERCP PARA ESFINTEROTOMIA Y O PAPILOTOMIA; ERCP PARA EXTRACCION DE CALCULOS BILIARES; ERCP PARA COLOCACION O REINSERCIÓN DE STENT EN CONDUCTO BILIAR.

Solicitud de exámenes expedida por el Hospital del Sarare: Hemograma II (hemoglobina hematocrito recuento de eritrocitos índices plaquetarios) semiautomatizado; tiempo de protombina; Tiempo de Tromboplastina parcial.

Solicitud de procedimientos quirúrgicos: CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGIA; CONSULTA AMBULATORIA DE MEDICINA ESPECIALIZADA GASTROENTEROLOGIA.

Cédula del señor MISAEL TORRADO TORRADO nació el 17 de abril de 1960 en La Playa (Norte de Santander)

Cédula de la señora EDILMA ROSA TORRADO TORRADO.

Carné expedido por el CENTRO DE REHABILITACION MULTIACTIVA DE SARAVERA -ARAUCA, al señor MISAEL TORRADO TORRADO, quien registra DISCAPACIDAD MULTIPLE.

2.2. Trámite procesal.

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

2.3. Respuestas.

NUEVA E.P.S.

³ Auto del 22 de noviembre de 2022

Informa que sus bases de datos registran al señor MISAE TORRADO TORRADO como afiliado activo desde el 10 de agosto de 2021, razón por la cual de acuerdo con la resolución 2292 de 2021 y demás normas concordantes brinda todos los servicios de salud a través de su red de prestadores.

Sostiene que, el área técnica de salud se encuentra en revisión del caso, para dar respuesta a las pretensiones del accionante respecto a la programación de las consultas que requiere el afiliado.

Agrega que, el accionante no aporta prueba solicitud ante la Empresa Promotora de salud a través de los canales habilitados y que los hubiera negado; tampoco evidencia órdenes médicas expedidas por los galenos donde se solicite la prestación de los servicios transporte-alojamiento-alimentación reclamados por el accionante; componentes que en todo caso no está obligada a suministrarlos porque están excluidos del PBS y no concurren los criterios jurisprudenciales para ordenarlos vía tutela.

En tal virtud, la acción de tutela debe declararse improcedente; pero en caso de concederse el amparo, solicita ordenar el recobro al ADRES.

2.4. Decisión de Primera Instancia⁴.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena (Arauca), concedió el amparo solicitado, y ordenó:

SEGUNDO: ORDENAR a Nueva EPS que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, GESTIONE y SUMINISTRE al señor Misael Torrado Torrado, los procedimientos de endoscopia para colangiopancreatografía retrógrada, ERCP para esfinterotomía y/o papilotomía, ERCP para extracción de cálculos biliares, ERCP para colocación o reinserción de Stent en conducto biliar o pancreático, conforme lo ordenado por el médico tratante de la ESE Hospital del Sarare desde el 12 de agosto de 2022, incluyendo los servicios complementarios de transporte intermunicipal y urbano, alojamiento y alimentación, para el paciente y su acompañante, en caso de requerirse su desplazamiento a municipio distinto al de su residencia para el cumplimiento de la presente orden.

TERCERO: ORDENAR a Nueva EPS que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, GARANTICE LA CONTINUACIÓN DE LA ATENCIÓN MÉDICA INTEGRAL, ININTERRUMPIDA, EFICAZ Y PRIORITARIA EN SALUD requerida por el señor Misael Torrado Torrado, frente a sus diagnósticos de enfermedades de otros dolores abdominales y los no especificados, otras colelitiasis, gastritis crónica atrofica, enfermedad de las vías biliares no especificada, cálculo de conducto biliar sin colangitis ni colecistitis y trastorno afectivo bipolar, no especificado, sin importar que se trate o no, de servicios PBS; incluyendo los servicios complementarios de transporte, alimentación y

⁴ Sentencia del 7 de diciembre de 2022.

alojamiento para el paciente y su acompañante, en caso de requerirse a fin de dar cumplimiento a esta orden, la prestación de servicios de salud en lugar distinto al municipio de su domicilio.

Textualmente señaló el juez de instancia: “conforme la historia clínica aportada y la información suministrada en la acción de tutela, se puede establecer que el señor Misael Torrado tiene 62 años de edad y fue diagnosticado con enfermedades de otros dolores abdominales y los no especificados, otras coleditiasis, gastritis crónica atrofica, enfermedad de las vías biliares no especificada, cálculo de conducto biliar sin colangitis ni colecistitis y trastorno afectivo bipolar, no especificado, por lo que su médico tratante ordenó, entre otros, los procedimientos de endoscopia para colangiopancreatografía retrógrada, ERCP para esfinterotomía y/o papilotomía, ERCP para extracción de cálculos biliares, ERCP para colocación o re inserción de Stent en conducto biliar o pancreático; sin embargo, de acuerdo a lo señalado por la parte actora, la Nueva EPS aún no gestiona los servicios requeridos, dejando de lado su estado de salud, que cada día se deteriora”

(...)

“De cara al tratamiento integral, se destaca la negligencia de la EPS al no garantizar la autorización y efectiva práctica de los procedimientos medios (sic) ya mencionados, dispuestos por el médico tratante desde el 12 de agosto de 2022, con lo que se ha puesto en riesgo la salud e incluso la vida del paciente, en atención a los graves diagnósticos que padece, de donde se deriva la procedencia del mencionado tratamiento integral en salud”

(...)

frente a la solicitud de servicios complementarios, al juez constitucional le corresponde realizar un estudio mínimo respecto de su procedencia, comoquiera que ha de tenerse en cuenta la capacidad económica del accionante y su núcleo familiar para cubrir dichos gastos.

(...)

En ese sentido, se resalta que el señor Misael Torrado Torrado se encuentra afiliado a la Nueva EPS en el régimen subsidiado y se afirma que no cuenta con los recursos económicos necesarios para sufragar los servicios complementarios; aunado a ello, la accionada nada argumentó al respecto y tampoco aportó prueba alguna que permita determinar que el paciente y su núcleo familiar cuentan con recursos suficientes para cubrir dichos gastos, sin que se afecte su mínimo vital. En consecuencia, se accederá a la petición. En cuanto al acompañante, considera el Despacho que es procedente la petición, teniendo en cuenta los graves diagnósticos del paciente y su avanzada edad, que le otorgan la calidad de sujeto de especial protección constitucional.

Refiere que, “la figura del recobro perdió vigencia, por lo que no se dispondrá o autorizará tal procedimiento, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un trámite administrativo que debe adelantar la EPS ante la ADRES, cumpliendo los requisitos normativos y jurisprudenciales, de resultar procedente”.

2.5. **La impugnación⁵. Nueva EPS** pide la revocatoria del numeral TERCERO que contiene el amparo integral, ya que conforme al artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, *“la protección de los derechos fundamentales se basa en una vulneración o amenaza que provenga de autoridad pública o privada”* y en este caso ha prestado al usuario los servicios ordenados por sus médicos tratantes de acuerdo con su pertinencia y acorde a sus competencias. Además, no se acreditó la negación de los servicios reclamados.

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.

3.2. Requisitos de procedibilidad.

Legitimación en la causa por activa y por pasiva. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela como mecanismo para reclamar la protección de los derechos fundamentales, puede ser formulada por el afectado directamente, o a través de un tercero que asuma la representación y la agencia de sus intereses ante el juez constitucional.

Además, de acuerdo con la Corte Constitucional⁶, no todas las personas en cualquier situación pueden promover acciones de tutela en nombre de otras. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991⁷ establece que cuando esta no se promueve por el titular de los derechos cuya protección se reclama únicamente puede ser formulada por: ***i) su representante legal; ii) su apoderado judicial; iii) su agente oficioso y; iv) el Defensor del Pueblo o los personeros municipales.***

Respecto de la agencia oficiosa, la jurisprudencia constitucional ha considerado que son tres los requisitos que deben cumplirse, 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***

⁵ Presentada el 13 de diciembre de 2022.

⁶ T-101 de 2021.

⁷ *“Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. // También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. // También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”*

identificados.⁸

Conforme a esta disposición, la legitimación por activa para presentar una acción de tutela no solo se predica de la persona que solicita directamente el amparo de sus derechos fundamentales, sino también de quien actúa como agente oficioso de otra, cuando a esta última le es imposible promover su propia defensa, siempre que dicha circunstancia se manifieste en la solicitud⁹.

En numerosos pronunciamientos, la Corte Constitucional ha establecido que son dos los requisitos para que una persona pueda constituirse como agente oficioso:

“La presentación de la solicitud de amparo a través de agente oficioso tiene lugar, en principio, cuando éste manifiesta actuar en tal sentido y cuando de los hechos y circunstancias que fundamentan la acción, se infiere que el titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados se encuentra en circunstancias físicas o mentales que le impiden actuar directamente.”¹⁰

En relación con el primer requisito, esto es, la manifestación expresa por parte del agente oficioso de actuar en tal calidad, se aprecia que su deferencia no se exige de forma estricta, comoquiera que se ha aceptado la legitimación del agente siempre que de los hechos y de las pretensiones se haga evidente que actúa como tal¹¹.

Por consiguiente, en criterio de la Corte, (i) si existe manifestación expresa del agente o (ii) si de los hechos se hace evidente que actúa como tal, el juez deberá analizar el cumplimiento de la siguiente exigencia y determinar si, en el caso concreto, las circunstancias le impiden al titular de los derechos presuntamente vulnerados actuar por sí mismo.

De modo que, en relación con el segundo requisito, como ya se dijo, referente a la necesidad de acreditar la imposibilidad de actuar directamente, el Alto Tribunal ha dicho que el mismo encuentra

⁸ 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.

⁹ En la Sentencia T-301 de 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez, este Tribunal señaló que: “La jurisprudencia constitucional ha indicado que la agencia oficiosa se erigió como un instrumento que contribuye a la concreción de los derechos fundamentales y que encuentra su fundamento en la imposibilidad de la defensa de los derechos de la persona a cuyo nombre se actúa.” De igual forma, en la Sentencia T-312 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, se determinó que: “si bien la agencia oficiosa cumple el fin constitucionalmente legítimo y necesario de posibilitar el acceso a la jurisdicción constitucional a aquellas personas que se encuentran en imposibilidad de asumir por su cuenta la defensa de sus derechos constitucionales, no se trata, empero, de un mecanismo que pueda ser utilizado para suplir al interesado en la adopción de decisiones autónomas sobre el ejercicio, defensa y protección de los mismos.”

¹⁰ Sentencia T-796 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹¹ Sobre el particular se pueden revisar las Sentencias T-452 de 2001, T-197 de 2003, T-652 de 2008 y T-275 de 2009.

respaldo en el hecho de preservar la autonomía y voluntad de una persona mayor de 18 años, quien es titular de la capacidad legal o de ejercicio, por virtud de la cual se le reconoce su plena aptitud para acudir ante los jueces, en defensa de sus derechos, cuando considere que estos están siendo amenazados o vulnerados. **Por esta razón, un agente oficioso sólo podrá actuar por otro cuando se pruebe una circunstancia física o mental que le impida al interesado interponer una acción de tutela directamente**¹².

Al respecto la Corte ha expresado que:

*“[E]l agente oficioso o el Defensor del Pueblo y sus delegados, sólo pueden actuar dentro de los precisos límites que la ley ha señalado a sus actuaciones; por lo tanto, no pueden de ninguna manera arrogarse la atribución de interponer acciones de tutela a su arbitrio, es decir, sin que esté justificado plenamente el supuesto fáctico que la norma exige para legitimar sus actuaciones, cual es, que el afectado en sus derechos fundamentales no pueda promover directamente su propia defensa, por hallarse en una situación de desamparo e indefensión, o que solicite la intervención de dicho defensor.”*¹³.

En este sentido, el requisito de legitimación en la causa por activa se satisface puesto que la agencia oficiosa se encuentra plenamente justificada como quiera que el señor MISAE TORRADO TORRADO, cuenta con 63 años de edad y según el Carné expedido por el CENTRO DE REHABILITACION MULTIACTIVA DE SARAVERA - ARAUCA, al señor MISAE TORRADO TORRADO, registra **DISCAPACIDAD MULTIPLE**

Respecto a la legitimación en la causa por pasiva, también se cumple, en el entendido que, NUEVA E.P.S., es la encargada de prestar y garantizar los servicios de salud al agenciado.

Inmediatez. Se cumple este requisito si se tiene en cuenta que el 22 de noviembre de 2022, cuando presentó la acción de tutela las prescripciones médicas que datan del mes de agosto de 2021 aún no se habían materializado.

¹² Como se ha expuesto, para determinar si el titular de los derechos se encuentra impedido para actuar por sí mismo, se deberán examinar los fundamentos fácticos del caso concreto. En los términos de la jurisprudencia, en el proceso de tutela se deberá demostrar que al agenciado le resulta física o jurídicamente imposible interponer la demanda o extender el poder correspondiente (Sentencia SU-377 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa). Tal imposibilidad puede derivarse tanto por condiciones físicas como mentales de una persona, o, incluso, de circunstancias socioeconómicas, aislamiento geográfico o situación de especial marginación (Sentencia T-312 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

¹³ Sentencia T-493 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Subsidiariedad. Conforme a la jurisprudencia constitucional¹⁴, 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.”¹⁵

Por otro lado, la Supersalud también está facultada para conocer y fallar asuntos relacionados con: “[c]onflictos 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.”¹⁶

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 salud¹⁷. De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,¹⁸ 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 ante la Superintendencia Nacional de Salud¹⁹.

¹⁴ Sentencia T-122 de 2021.

¹⁵ Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ 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. Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Richard S. Ramírez Grisales.

¹⁸ Sentencia T-224 DE 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁹ 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.

3.1. Problema jurídico.

Determinar si la NUEVA E.P.S., vulnera el derecho los derechos fundamentales a la salud y vida digna del señor MISAEL TORRADO TORRADO y si se justifica el amparo integral que la primera instancia ordenó.

3.4. 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 1992²⁴, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015 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. Del tratamiento integral

Según, el artículo 8° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, el derecho fundamental y servicio público de salud se rige por el **principio de integralidad**, según el cual los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa y con “*independencia del origen de la enfermedad o condición de salud*”. En concordancia, no puede “*fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario*”. Bajo ese entendido, ante la duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud “*cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada*”.

Bajo esa misma línea, la Corte Constitucional sostiene que, en virtud del principio de integralidad, “*el servicio de salud prestado por las entidades del Sistema debe contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento del estado de salud o la mitigación de las dolencias del paciente, sin que sea posible fraccionarlos, separarlos o elegir cuál de ellos aprueba en razón del interés económico que representan. En este sentido, ha afirmado que la orden del tratamiento integral por parte del juez constitucional tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante. No obstante, este tribunal ha señalado que la solicitud de tratamiento integral no puede tener como sustento*

afirmaciones abstractas o inciertas, sino que deben confluír unos supuestos para efectos de verificar la vulneración alegada, a saber: 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 o la realización de tratamientos; y Que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico tratante, en que se especifiquen las prestaciones o servicios que requiere el paciente.”

Entonces, la integralidad constituye una obligación para el Estado y para las entidades encargadas de brindar el servicio de salud, entre ellas las I.P.S. y E.P.S., de ahí que deben garantizar una atención integral de manera eficiente y oportuna, esto es, suministrar autorizaciones, tratamientos, medicamentos, intervenciones, remisiones, controles, y demás servicios y tecnologías que el paciente requiera y que sean considerados como necesarios por su médico tratante, hasta su rehabilitación final.

En otro sentido, la Corte Constitucional indica que el reconocimiento del tratamiento integral 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 paciente, 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”.*

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 afiliados.

3.6. Planteamiento y solución del caso.

El 22 de noviembre del año anterior, como agente oficiosa concurrió la señora EDILMA TORRADO TORRADO en defensa de los derechos a la salud y a la vida del señor MISAEL TORRADO TORRADO, diagnosticado con *“Cálculo de conducto biliar sin colangitis ni colecistitis”* a

quien los médicos tratantes adscritos al Hospital del Sarare prescribieron en el mes de agosto de 2022:

Procedimientos quirúrgicos: ERCP ENDOSCOPIA PARA COLANGIOPANCREOTOGRAFIA RETROGRADA; ERCP PARA ESFINTEROTOMIA Y O PAPILOTOMIA; ERCP PARA EXTRACCION DE CALCULOS BILIARES; ERCP PARA COLOCACION O REINSERCIÓN DE STENT EN CONDUCTO BILIAR.

Exámenes: Hemograma II (hemoglobina hematocrito recuento de eritrocitos índices plaquetarios) semiautomatizado; tiempo de protombina; Tiempo de Tromboplastina parcial.

Consultas: CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGIA; CONSULTA AMBULATORIA DE MEDICINA ESPECIALIZADA GASTROENTEROLOGIA.

Pidió además de servicios complementarios de transporte, alimentación y alojamiento, que, “ le asigne al paciente tal y como lo dictaminó el médico tratante en la orden médica (...)” y, “ en atención al principio de integralidad, se ordene, a NUEVA EPS que de manera inmediata y sin dilaciones autorice y suministre los demás servicios complementarios que en adelante se llegaran a requerir por el paciente para llevar una vida digna”

Y aún cuando la Empresa Promotora en su defensa advirtió acerca de la improcedencia de la acción por cuanto ningún derecho ha vulnerado, el juez de primera instancia desatendió sus suplicas y ordenó a la entidad demandada no solo que GESTIONE Y SUMINISTRE los citados procedimientos, sino también proveyó servicios complementarios en caso que a futuro los necesite el usuario, junto con el tratamiento integral objeto de impugnación, respecto del cual Nueva EPS insiste en que la accionante ni siquiera prueba sumaria aportó para demostrar si solicitó algún servicio adicional a los prescritos y si la Nueva EPS se los negó.

El cuidadoso análisis de los elementos de prueba incorporados al trámite tutelar, permite a la Sala anunciar desde ya la revocatoria de la decisión impugnada y negar el amparo solicitado, ya que evidenciado está que la empresa promotora demandada contrario a lo manifestado por la primera instancia, sí asistió diligentemente al usuario TORRADO TORRADO a quien sus médicos tratantes del Hospital del Sarare del Municipio de Saravena-Arauca, entregaron desde el mes de agosto de 2022 un diagnóstico con su plan de tratamiento, habilitando así a la accionante para solicitar las autorizaciones, exámenes y consultas y solo en caso de ser necesario, programar con los prestadores la realización de los mismos. No obstante, omitió cumplir con su deber como usuaria del sistema y prefirió acudir directamente a la acción de tutela, pretendiendo que vía constitucional se le otorgue servicio de transporte, alojamiento y

alimentación para asistir a una cita inexistente ante un prestador desconocido y de contera se le otorgue un tratamiento integral; por lo que conforme lo advirtió la Nueva EPS en la impugnación, tal decisión contraría la regla consagrada en el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, que establece que *“la protección de los derechos fundamentales se basa en una vulneración o amenaza que provenga de autoridad pública o privada”*. Adicionalmente, la agente oficiosa ni siquiera afirmó que hubiese pedido algún servicio adicional, o se lo hubiesen negado, solo dijo que *“en atención al principio de integralidad, se ordene, a NUEVA EPS que de manera inmediata y sin dilaciones autorice y suministre los demás servicios complementarios que en adelante se llegaran a requerir por el paciente para llevar una vida digna”*

Conforme a lo anterior, desacertado resulta responsabilizar a la empresa promotora demandada cuando ningún comportamiento reprochable desplegó, pues sabido es que conforme a la jurisprudencia vigente, pese a la naturaleza informal de la acción de tutela, la accionante tiene una carga mínima y sumaria de demostrar el comportamiento reprochable de la entidad demandada; pues precisamente 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; deber que constituye elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva, conocido 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.

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”*. 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”.

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.

Y, como se destaca en los supuestos jurídicos, la orden de tratamiento integral se encuentra supeditada a los requisitos establecidos por la jurisprudencia; principalmente que la E.P.S. haya actuado con negligencia; de lo contrario, 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 afiliados.

En este caso, ante la inexistencia de elementos que permitan inferir un comportamiento negligente de la EPS, resulta improcedente emitir una orden tratamiento integral; aún más, cuando se evidencia que la accionada ha garantizado los servicios médicos que ha requerido el señor TORRADO TORRADO con ocasión de sus diagnósticos. Razones suficientes para revocar la sentencia de primera instancia y negar el amparo solicitado.

Además, conceder el amparo en estas circunstancias, 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 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 5° y 6° 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 pretermittiera 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.”(Negrita fuera de texto).

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

3. Decisión

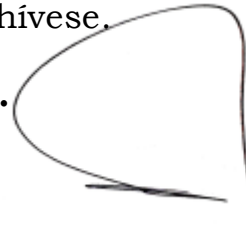
En mérito de lo expuesto, la SALA ÚNICA del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

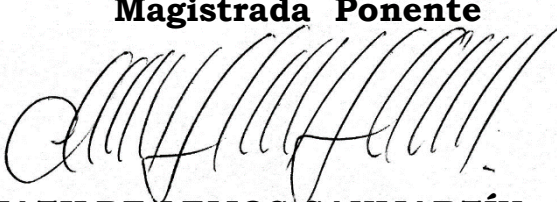
PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 7 de diciembre de 2022 proferida por el JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SARAVERA-ARAUCA y en su lugar, negar el amparo solicitado por improcedente.

SEGUNDO: Luego de las notificaciones correspondientes, REMÍTASE la actuación a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. De ser excluido, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada