

REPUBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO DE ARAUCA TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL SALA ÚNICA

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada ponente

Aprobado mediante Acta de Sala No.0024

Proceso:	Acción de tutela 2° Instancia
Radicado:	81736318400120220065501 Enlace link
Accionante:	MARÍA MARLEN LÓPEZ DE PÉREZ
Accionado:	NUEVA E.P.S. Y LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD
Derechos invocados:	Salud y vida digna.
Asunto:	Sentencia

Sent. No. 006

Arauca (A), veinte (20) de enero dos mil veintitrés (2023)

1. Objeto de la decisión

Decidir la impugnación presentada por la señora MARÍA MARLEN LOPÉZ DE PÉREZ, contra la decisión proferida el 21 de noviembre de 2022 por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE SARAVERENA¹.

2. Antecedentes

2.1. De la demanda²

La señora MARÍA MARLEN LOPEZ DE PEREZ³, diagnosticada con “H400) **sospecha de glaucoma**; (H049) *trastorno del aparato lagrimal, no especificado*; (H571) *Dolor ocular*; (J342) *desviación del tabique nasal*; (R51X) *cefalea*; (J329) *sinusitis crónica, no especificada*”, presenta acción de tutela contra la NUEVA E.P.S. para que **autorice** y garantice los servicios de: “(121102) *iridotomía asistida en ambos ojos*; y, (879131) *tomografía computada de senos*

¹ Gerardo Ballesteros Gómez- Juez

² Presentada el 04 de noviembre de 2022.

³ De 74 años de edad.

paranasales o cara”, prescritos por su médico tratante. En procura de la protección de sus derechos fundamentales, pretende:

“PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones de vida digna.

SEGUNDO: En caso de que no se conceda la medida provisional, ordenar a la NUEVA EPS sin impedimento alguno realizar los siguientes exámenes IRIDOTOMÍA ASISTIDA EN AMBOS OJOS, la cual debe ser realizada en la ciudad de Yopal y TOMOGRAFÍA COMPUTADA DE SENOS PARA NASALES O CARA.

TERCERO: ORDENAR a la EPS Nueva EPS, garantizar el acceso a la prestación de un servicio médico de manera integral, es decir, autorizar todas las citas médicas, exámenes, medicamentos y procedimientos quirúrgicos que sean ordenados con ocasión a mi sintomatología, incluidos los gastos de transporte, manutención y hospedaje por citas o procedimientos, siempre que lo requiera para acudir a una ciudad distinta para mí y para un acompañante.

CUARTO: Que se ORDENE el amparo de aquellos derechos fundamentales no invocados como amenazados, violados o vulnerados y que Usted, en su función de guardián de la Constitución, pueda establecer como violados, amenazados y vulnerados”. (sic).

MEDIDA PROVISIONAL *Conforme lo preceptuado en el artículo siete (7) del Decreto 2591 de 1991, solicito de manera deferente, señor Juez, decretar medida provisional que tenga como finalidad hacer cesar la vulneración de mi derecho fundamental a la salud y a la vida en condiciones dignas, ordenando de manera urgente y sin impedimento a la Nueva EPS o a quien corresponda realizar los exámenes IRIDOTOMÍA ASISTIDA EN AMBOS OJOS y TOMOGRAFÍA COMPUTADA DE SENOS PARA NASALES O CARA”.*

Adjunta:

- *Copia Historia Clínica del 05 de septiembre de 2022, expedida por OPTISALUD IPS: Diagnóstico: “H400 Sospecha de Glaucoma, H049 Trastorno del aparato lagrimal; no especificado H571 Dolor ocular”.*
- *Formato de remisiones, solicitud y autorización de servicios, de fecha 05 de septiembre de 2022, emitido por el médico oftalmólogo, Uriel Arias, adscrito a la IPS OPTISALUD, en el que se prescriben al accionante los exámenes de “(121102) iridotomía asistida en ambos ojos; (950606) estudio de campo visual o periférico computarizado en ambos ojos; (951902) tomografía óptica de segmento posterior en ambos ojos”, con justificación: ss oct de nervio óptico AO realizar después de iridotomía”.*
- *Copia Historia Clínica del 12 de octubre de 2022, emitida por el médico otorrinolaringólogo, Alfredo José Moreno García, adscrito a la IPS MYTSALUD, en la que se le prescriben a la accionante, “879131 tomografía computada de senos paranasales o cara”.*
- *Respuesta de fecha 18 de octubre de 2022, emitida por la Superintendencia delegada para la protección al usuario, dirigida a la accionante notificándole el traslado de su petición a la NUEVA E.P.S.*
- *Respuesta de fecha 26 de octubre de 2022, emitida por la Superintendencia delegada para la protección al usuario, dirigida a la accionante informándole que la reiteración de las presuntas irregularidades en que pudo incurrir la NUEVA E.P.S. constituirán el insumo para evaluar el cumplimiento de la normatividad del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

- Documento de identidad de la accionante.

2.2. Trámite procesal

El JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE SARAVERENA, admite la acción de tutela⁴, vincula a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE ARAUCA y, concede dos (2) días a la accionada y vinculada para que ejerzan su derecho de contradicción y defensa.

Decreta la medida provisional: “**ORDENAR COMO MEDIDA PROVISIONAL a NUEVA EPS desde su función administrativa correspondiente autorizar, suministrar y/o gestionar inmediatamente (una vez notificada esta providencia) MEDIDA PROVISIONAL para que de forma inmediata y sin dilaciones realice exámenes de IRIDOTOMÍA ASISTIDA EN AMBOS OJOS y TOMOGRAFÍA COMPUTADA DE SENOS PARA NASALES O CARA**” (sic).

2.3. Respuestas

Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca – UAESA.

Indica que, es competencia de la EPS donde se encuentra afiliada la accionante autorizar y garantizar la atención correspondiente en salud. Por lo tanto, solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Nueva E.P.S. Informa que, la accionante se encuentra en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL **RÉGIMEN CONTRIBUTIVO** desde el 01 de junio de 2022, en calidad de beneficiario con un ingreso base de cotización de \$1.000.000.

En cuanto al transporte, afirma que es improcedente otorgarlo vía constitucional, porque la accionante no acredita haberlo solicitado, ni que la E.P.S. lo haya negado. Respecto de tal servicio para el acompañante advierte que debe demostrarse que: “(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”. Criterios vigentes de la Corte Constitucional.

En relación, al alojamiento y alimentación, recuerda que corren por cuenta del usuario a menos que acredite : “(i) que ni los pacientes ni su familia cercana cuentan con la capacidad económica suficiente para asumir los costos; (ii) se tiene que evidenciar que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente; y, (iii) puntualmente en las solicitudes de alojamiento, se debe comprobar que la atención médica en el lugar de remisión exige “más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento”.

⁴ 04 de noviembre de 2022.

Frente a la atención integral, manifiesta que, es improcedente por cuanto se fundamenta en suposiciones de tratamientos médicos futuros e inciertos, de los cuales no hay certeza de su ocurrencia y podrían constituir servicios que no son competencia de la EPS.

Pide negar la acción y, en caso de concederse, solicita ordenar al ADRES reembolsar los gastos en que incurra al momento cumplir la orden tutelar.

Superintendencia Nacional de Salud. Solicita su desvinculación, teniendo en cuenta que lo pretendido es competencia de la Entidad Administradora del Plan de Beneficios en Salud (EAPB).

2.4. Sentencia de primera instancia⁵

El JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE SARAVERENA, dispuso lo siguiente:

“PRIMERO. - DECLARAR la CARENCIA ACTUAL DE OBJETO por HECHO SUPERADO en la presente acción constitucional propuesta por la señora MARIA MARLEN LOPEZ DE PEREZ, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - NOTIFICAR esta providencia en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

TERCERO. - Contra el presente fallo procede la IMPUGNACIÓN dentro de los tres días siguientes a su notificación.

CUARTO. - A costa de los interesados expídase fotocopias auténticas de la presente sentencia.

QUINTO. - Si no fuere impugnada, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el art. 31 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO. - EXCLUIDA DE REVISIÓN, previas las anotaciones de rigor, ARCHÍVENSE estas diligencias”.

Fundamenta su decisión en lo siguiente:

“en conversación telefónica sostenida con la señora MARIA MARLEN LOPEZ DE PEREZ a su móvil 3108848067 Por el escribiente el fue informado que los servicios de salud requeridos por la accionante y ordenados por su médico tratante fueron suministrados a satisfacción, estando pendiente solo el reembolso de los gastos de los servicios complementarios y la TOMOGRAFIA COMPUTADA DE SENOS PARA NASALES O CARA, los cuales manifiesta que estaban en trámite dando a entender el cumplimiento de lo pretendido en la acción constitucional.

Sería del caso proceder con el análisis y emitir un concepto frente a los argumentos esgrimidos por la accionante en cuanto a los hechos y pretensiones planteadas en la presente acción constitucional, sin embargo de ello, la pretensión u objeto por el cual interpuso la presente tutela ya se materializaron, pues si bien es cierto, al momento de la interposición de la demanda en mención no se han efectuado LA TOMOGRAFIA COMPUTADA DE SENOS PARA NASALES O CARA lo cual en llamada telefónica se confirma que estaba en trámite y los procedimientos ordenados a el/la accionante, se evidencia que lo que se pretendía con el presente amparo constitucional se cristalizó, es decir que ya se cumplió con la pretensión objeto de esta actuación, por tal razón operó el fenómeno jurídico del hecho superado”. (sic).

⁵ Sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022.

2.5. De la impugnación⁶

La señora MARÍA MARLEN LÓPEZ DE PÉREZ, reprocha la decisión porque no abordó de fondo el asunto y aboga por el tratamiento integral, porque si bien es cierto, con la medida provisional la E.P.S. garantizó la práctica del servicio de “*iridotomía asistida en ambos ojos*”, quedó pendiente el examen de “*tomografía computada de senos para nasales o cara*”, mismo que fue ordenado con dicha medida y a la fecha no se ha realizado. Finalmente, precisa que es una adulta mayor que requiere recibir una atención integral, continua y eficaz, la cual no ha sido garantizada por la entidad demandada.

3. Consideraciones

3.1. Competencia

Es competente esta Sala para desatar la impugnación conforme el artículo 86 constitucional y lo dispuesto en el artículo 32 del decreto 2591 de 1991.

3.1. Presupuestos de procedibilidad

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.⁷

Legitimación en la causa por activa y por pasiva. Tanto la señora MARÍA MARLEN LÓPEZ DE PÉREZ, quien instauró la acción de tutela en procura de proteger sus derechos fundamentales como la NUEVA E.P.S., señalada de transgredirlos, se encuentran legitimados.

Inmediatez. Se cumple al existir un tiempo razonable entre las prescripciones con fecha del 05 de septiembre de 2022 y 12 de octubre de 2022, y la interposición de tutela el 04 de noviembre de 2022.

Subsidiariedad. Conforme a la jurisprudencia constitucional⁸, la Supersalud es competente para conocer, en ejercicio de sus funciones

⁶ Presentado el 21 de noviembre de 2022.

⁷ Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

⁸ Sentencia T-122 de 2021.

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.”⁹

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.”¹⁰

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 salud¹¹. De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,¹² 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.

En virtud de lo anterior, se torna procedente la presente acción, ante la ineficacia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la Superintendencia Nacional de Salud¹³.

3.2. Problema jurídico

Determinar si la NUEVA E.P.S. vulneró los derechos fundamentales de la señora MARÍA MARLEN LÓPEZ DE PÉREZ y, si se justifica ordenar un tratamiento integral.

3.3. Supuestos jurídicos

⁹ Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ 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.

¹² Sentencia T-224 DE 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo.

¹³ 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.

3.3.1. 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 confluir 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.”¹⁴

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 paciente¹⁵, 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

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T 475 del 06 de noviembre de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

*que padezcan enfermedades catastróficas, o con aquellas personas que exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas*¹⁶.

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 afiliados¹⁷.

3.2. Solución al problema jurídico

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 2015²⁵ 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.

En esta oportunidad, la señora MARÍA MARLEN LÓPEZ DE PÉREZ, diagnosticada con *“(H400) sospecha de glaucoma; (H049) trastorno del aparato lagrimal, no especificado; (H571) Dolor ocular; (J342) desviación del tabique nasal; (R51X) cefalea; (J329) sinusitis crónica, no especificada”*, acude a este

¹⁶ 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

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

mecanismo excepcional para que la NUEVA E.P.S. **autorice** los exámenes de “(121102) iridotomía asistida en ambos ojos; y, (879131) tomografía computada de senos paranasales o cara”. Solicita el amparo de sus derechos fundamentales y una orden de tratamiento integral en salud. Como quiera que la primera instancia declaró la carencia actual del objeto por hecho superado, la promotora del amparo impugna para que se decida respecto de la orden de tratamiento integral y la autorización del examen de –“tomografía computada de senos paranasales o cara”.

Contrastados los fundamentos fácticos con los medios probatorios incorporados en el expediente se constata que: **(i)**. La señora MARÍA MARLEN LÓPEZ DE PÉREZ, se encuentra afiliada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el régimen contributivo, a través de la Nueva E.P.S. **(ii)**. Según historia clínica del *05 de septiembre de 2022*, la accionante acudió a valoración médica con la especialidad de oftalmología, luego de haber presentado dolor ocular, refiere “leve dolor ocular izquierdo”. A partir de esta consulta el médico tratante adscrito a Optisalud determinó que la paciente presenta “(H400) sospecha de glaucoma; (H049) trastorno del aparato lagrimal, no especificado; (H571) dolor ocular”, en atención a lo cual prescribió: (121102) iridotomía asistida en ambos ojos; (950605) estudio de campo visual central o periférico computarizado en ambos ojos; (951902) tomografía óptica de segmento posterior en ambos ojos. **(iii)**. En historia clínica del *12 de octubre de 2022*, se logra evidenciar que la accionante asistió a consulta de primera vez en la especialidad de otorrinolaringología, por motivo de “refiere de larga data caracterizada por cefalea frontal, y otalgia a nivel maxilar. En dicha consulta el médico adscrito a la IPS MYT SALUD, le diagnosticó “(J342) desviación del tabique nasal; (R51X) Cefalea; y, (J329) sinusitis crónica, no especificada” y, al mismo tiempo ordenó el servicio de “(879131) tomografía computada de senos paranasales o cara. **(iv)**. El *04 de noviembre de 2022*, la accionante interpone acción de tutela para que la EPS autorice y realice los servicios de “(121102) iridotomía asistida en ambos ojos y (951902) tomografía óptica de segmento posterior en ambos ojos y el servicio de (951902) tomografía óptica de segmento posterior en ambos ojos”.

Bajo este escenario, la accionante no acreditó sumariamente haber solicitado los servicios y que la E.P.S. se lo haya negado. Como es sabido, la Ley 1751 de 2015 en el artículo 10 relacionó los deberes de las personas frente al servicio de salud, advirtiendo que en ningún caso se podrá impedir o restringir el acceso oportuno a los mismos invocando su incumplimiento¹⁸. El mencionado artículo señala entre otros el deber de: “**a)** Propender por su autocuidado, el de su familia y el de su comunidad; **b)** Atender oportunamente las recomendaciones formuladas en los programas de promoción y prevención; **c)** Actuar de manera solidaria ante las situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; **d)** Respetar al personal responsable de la prestación y administración de los servicios salud; **e)** Usar adecuada y racionalmente las prestaciones ofrecidas, así como los recursos del sistema; **f)** Cumplir las normas del sistema de salud, **g)** **Actuar de buena fe frente al sistema de salud;** **h)** Suministrar de manera oportuna y suficiente la información que se requiera para efectos del servicio; **i)** Contribuir solidariamente

¹⁸ Auto 549 de 2018. Seguimiento orden vigésima octava de la sentencia T-760 de 2008.

al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago.”

De acuerdo con la Corte Constitucional¹⁹, si bien el derecho a la salud debe ser garantizado en óptimas condiciones, también los afiliados y pacientes tienen responsabilidades ante las E.P.S. e I.P.S. a fin de que los servicios requeridos sean prestados conforme a los mandatos constitucionales y legales. Cada una de las entidades promotoras y prestadoras del servicio de salud cuenta con una normativa, dirigida a todos los usuarios que gozan del acceso a los servicios de salud y sobre los cuales deben cumplir obligaciones en el ejercicio de su derecho. Seguidamente el Alto Tribunal señala:

“En la sentencia T-174 de 2015, una persona de 85 años que padecía de Alzheimer, y a quien se le venía programando una cita médica con el cardiólogo, decidió acudir a la acción de tutela de forma directa, sin que hubiere mediado una solicitud previa de la prestación de los servicios a la E.P.S. En esa oportunidad, la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela, al manifestar que “para que se ordene a una entidad promotora de salud (EPS) la práctica de un tratamiento o la entrega de un medicamento a favor de una persona, es necesario que esta última lo haya requerido previamente y aquella lo haya negado o exista una omisión de dar aplicación a las normas contenidas en el Plan Obligatorio de Salud. En este orden de ideas, sin el anterior requisito no es posible inferir la violación de un derecho fundamental”.

*Igualmente, en la sentencia T-096 de 2016, el Alto Tribunal estudió varios casos acumulados, en uno de ellos el actor solicitaba que se ordenara la asignación de citas por la especialidad de fisioterapia, se entregaran medicamentos, una silla de ruedas y una prótesis, exonerándolo de copagos y proporcionándole el tratamiento médico integral, **sin que aportara constancia de haber presentado la petición a la E. P. S. y que hubiere sido negada**. La Corte consideró que, aunque es entendible que los usuarios del sistema de salud deseen hacer más rápida y efectiva la protección de su derecho fundamental y supongan que mediante la acción constitucional obviarían los procedimientos previamente establecidos, **el juez de tutela no puede ordenar la satisfacción de un derecho que nunca fue solicitado**.*

En síntesis, los usuarios del sistema tienen derechos y obligaciones que deben cumplir para acceder a los servicios y tecnologías, pues omitir el cumplimiento de sus deberes, por ejemplo, al no reclamar o solicitar determinada prestación ante la E.P.S. sino por vía de la acción de tutela, la torna improcedente al no existir una acción u omisión por parte de la entidad promotora de salud”.

En efecto, la accionante tiene una carga mínima y sumaria de demostrar el comportamiento reprochable de la entidad demandada; 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; 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

¹⁹ Sentencia T-760 de 2008, T- 124 de 2019.

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 hacerlo²⁰.

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”²¹. 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”.*²²

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.

En cuanto al tratamiento integral, como se destaca en los supuestos jurídicos, 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 afiliados²³.

En este caso, ante la inexistencia de elementos que permitan inferir la negligencia de la EPS, resulta improcedente emitir una orden tratamiento integral; aún más, cuando se evidencia que la accionada

²⁰ C-086 de 2016.

²¹ Leo Rosenberg, La Carga de la Prueba, Ediciones Jurídicas Europa América, p.18.- Cfr. Sentencia T-733 de 2013.

²² 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.

²³ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

ha garantizado los servicios médicos que ha requerido la señora MARÍA MARLEN LÓPEZ DE PÉREZ con ocasión de su diagnóstico.

Por otro lado, la primera instancia decretó prematuramente una medida provisional, sin tener en cuenta que la misma se justifica previo examen de las piezas procesales y no de un apresurado juicio de valor que se haga ante la pretensión de la accionante; porque así se conculcan a la demandada sus derechos a la defensa y contradicción, como en este puntual caso; ya que se requieren razones suficientes que sustenten la necesidad de dictarlas, si en cuenta se tiene que su decreto es excepcional. Por tanto, se debe “analizar la gravedad de la situación fáctica propuesta, junto con las evidencias o indicios presentes en el caso”. Concretamente, según lo dispuesto por la honorable Corte Constitucional, la procedencia de las medidas provisionales está supeditada al cumplimiento de estas tres exigencias:

*i) **Que exista una vocación aparente de viabilidad.** Significa que debe “estar respaldada en fundamentos (a) fácticos posibles y (b) jurídicos razonables”, es decir, que tenga apariencia de buen derecho (fumus boni iuris). Este requisito exige que el juez pueda inferir, al menos prima facie, algún grado de afectación del derecho. Aunque en la fase inicial del proceso “no se espera un nivel de certeza sobre el derecho en disputa, sí es necesario un principio de veracidad soportado en las circunstancias fácticas presentes en el expediente y apreciaciones jurídicas razonables soportadas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”.*

*(ii) **Que exista un riesgo probable de afectación a derechos fundamentales por la demora en el tiempo** (periculum in mora). Debe existir “un alto grado de convencimiento de que la amenaza de perjuicio irremediable es cierta, y que el daño, por su gravedad e inminencia, requiere medidas urgentes e impostergables para evitarlo”. Es decir, la medida provisional procede cuando la intervención del juez es necesaria para evitar un perjuicio “a un derecho fundamental o al interés público, que no podría ser corregido en la sentencia final”.*

*(iii) **Que la medida no resulte desproporcionada.** La medida no debe generar un daño intenso a quien resulta directamente afectado por ella. Este requisito exige una ponderación “entre los derechos que podrían verse afectados y la medida”, con el fin de evitar que se adopten decisiones que, aunque tengan algún principio de justificación, “podrían causar un perjuicio grave e irreparable a otros derechos o intereses jurídicos involucrados”.*

En este caso, se impuso a la NUEVA EPS la obligación de cumplir una medida provisional aun cuando la misma accionante no acreditó sumariamente haber solicitado tales servicios, ya que ni siquiera había tramitado las autorizaciones y por ello se desconocía la ubicación geográfica del prestador externo que suministraría el servicio.

Así las cosas, se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar, se negará el amparo solicitado; pues de lo contrario, concederlo 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.”²⁴ (Subrayas fuera de texto).

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 21 de noviembre de 2022 por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE SARAVENA y, en su lugar, negar el amparo solicitado.

²⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-130 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

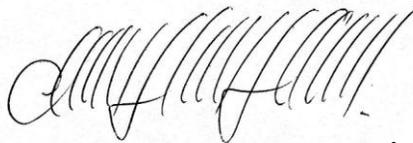
SEGUNDO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. De ser excluida, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ

Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO

Magistrada