

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DECISIÓN



Magistrada Ponente:
LAURA JULIANA TAFURT RICO

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
SENTENCIA	GENERAL N° 027 – SEGUNDA INSTANCIA N° 022
ACCIONANTE	CARMEN ELENA MENDOZA MENDOZA, en representación de su menor hija S.S.M.M.
ACCIONADAS	NUEVA EPS
RADICADO	81-736-31-84-001-2023-00811-01
RADICADO INTERNO	2024-00013

Aprobado por Acta de Sala **No. 084**

Arauca (Arauca), nueve (9) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la *impugnación* interpuesta por la **NUEVA EPS**, frente al fallo proferido el 22 de diciembre de 2023, por el Juzgado Promiscuo de Familia de Saravena, que *concedió* el amparo de los derechos fundamentales de la menor **S.S.M.M.**, quien actúa a través de su progenitora Carmen Elena Mendoza Mendoza, dentro de la acción de tutela que instauró contra la entidad recurrente.

II. ANTECEDENTES

2.1. La tutela en lo relevante¹

Manifestó la accionante que su hija S.S.M.M. de 12 años de edad reside en Arauquita, se encuentra afiliada a la Nueva EPS en el régimen subsidiado y tiene un diagnóstico de «Q211 – DEFECTO DEL TABIQUE AURICULAR», por lo que el 30 de noviembre de 2023 el médico tratante ordenó

¹ Cuaderno del Juzgado. 001AccionTutela.

«CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA CARDIOVASCULAR», que fue autorizado en la misma fecha por la Nueva EPS, para llevarse a cabo en la Fundación Cardiovascular de Colombia Floridablanca (Santander), sin que a la fecha haya sido posible programar cita, pues siempre le informan que no cuentan con disponibilidad de agenda.

Indicó que carece de los recursos suficientes para asistir a la consulta autorizada, toda vez que, es un lugar diferente al de su residencia.

Por lo anterior, pidió la protección de los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, dignidad humana y vida en condiciones dignas, de su menor hija S.S.M.M; y, en consecuencia, se ordene a la Nueva E.P.S. garantizar los servicios de salud prescritos, «los servicios complementarios (hospedaje, alimentación, transporte intermunicipal y urbano, aéreo o terrestre» y el tratamiento integral del diagnóstico de la menor.

Aportó las siguientes pruebas²: **(i)** historia clínica de la menor de 30 de noviembre de 2023, expedida por Sede Meisel Saravena (Arauca) que registra «PACIENTE CON DISNEA Y SINCOPE ECOCARDIOGRAMA PREVIO CIA OS AMPLIA CON REBORDES PEQUEÑOS, AMERITA VALORACIÓN POR CIRUGÍA CARDIOVASCULAR PEDIÁTRICA. DIAGNÓSTICO PRINCIPAL: Q211 DEFECTO DEL TABIQUE AURICULAR» y órdenes médicas de la misma data para «CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA CARDIOVASCULAR»; **(ii)** autorización de servicios No. (POS-8333) P011-223119657 expedida el 30 de noviembre de 2023 por la Nueva EPS para «CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA CARDIOVASCULAR», direccionada a la IPS Fundación Cardiovascular de Colombia Floridablanca; y **(iii)** copia de los documentos de identidad de Carmen Elena Mendoza Mendoza y S.S.M.M.

2.1. Sinopsis procesal

² Cuaderno del Juzgado. 001AccionTutela.F. 10 a 16.

Presentada la acción constitucional el 13 de diciembre de 2023³, esta fue asignada por reparto al Juzgado Promiscuo de Familia de Saravena⁴, autoridad judicial que mediante auto de 14 de diciembre de 2023⁵, la admitió contra la Nueva EPS y la Fundación Cardiovascular de Colombia Floridablanca y vinculó a la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca (UAESA).

Una vez notificada la admisión, las entidades llamadas al proceso se pronunciaron en los siguientes términos:

2.2.1. UAESA⁶

Informó que, conforme la base de datos de la ADRES corresponde a la Nueva EPS Arauquita – Arauca, régimen subsidiado, a la cual está afiliada la menor S.S.M.M., garantizar y autorizar la atención integral en salud, sin importar si la prestación del servicio se encuentra o no incluido en el Plan de Beneficios en Salud, pues en caso del segundo evento, la EPS puede efectuar el respectivo recobro al Estado quien finalmente asume el costo del servicio, dejando claro que la responsabilidad principalmente está en cabeza de la Entidad Promotora de Salud a la que pertenezca la afiliada, por lo que piden respetuosamente ser desvinculados.

2.2.2. Nueva EPS⁷

Señaló que la menor S.S.M.M., ciertamente se encuentra afiliada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado desde el año 2023.

En cuanto a la «CONSULTA ESPECIALIZADA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA CARDIOVASCULAR» fue autorizada bajo el n° 223119657, en la IPS Fundación Cardiovascular de Colombia

³ Cuaderno del Juzgado. 001AccionTutela. F. 2.

⁴ Cuaderno del Juzgado. 002ActaReparto.

⁵ Cuaderno del Juzgado. 003AutoAdmisorio.

⁶ Cuaderno del Juzgado. 09RespuestaUaesa.

⁷ Cuaderno del Juzgado. 07RespuestaNuevaEps.

Floridablanca, por lo que procedió a solicitar soporte de la prestación, la cual será allegada mediante respuesta complementaria; no obstante, aclaró que la asignación de consultas, controles, cirugías, terapias, exámenes y suministro de medicamentos e insumos son programados directamente por las IPS destacadas de su red de prestadores.

Respecto a la solicitud de transporte intermunicipal ambulatorio, la entidad le garantiza este servicio tan solo al paciente, toda vez que el municipio de ARAUQUITA - ARAUCA donde se encuentra zonificada la usuaria cuenta con UPC adicional por dispersión geográfica (Resolución 2809 de 2022), ante lo cual el afiliado debe acercarse a la oficina de la EPS para solicitar el transporte con los documentos que certifiquen su traslado; sin embargo, la accionante no acreditó haber solicitado los servicios de transporte previamente, por consiguiente, la EPS no ha negado el servicio.

Respecto a los servicios complementarios para un acompañante la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que proceden cuando: *«(i) el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado»*, dado que por el principio de solidaridad se llama a la familia de la afiliada como primer responsable de atender las necesidades de alguno de sus miembros.

En cuanto al servicio de alojamiento y alimentación, *«es claro que la responsabilidad no recae en nadie distinto que cada ser humano, puesto que independientemente de la enfermedad que desafortunadamente aqueja al usuario, éste tiene el deber de autocuidado y suministrarse lo necesario para alimentación»*.

Finalmente, pidió declarar la improcedencia de la acción, por no acreditarse la vulneración de derechos, asimismo, negar la atención integral puesto que la misma implica prejuzgamiento de un hecho futuro; y que en caso de otorgarse el amparo *ius* fundamental, se le faculte recobrar ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social

en Salud (ADRES), los gastos en que deba incurrir para el cumplimiento del fallo y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de prestaciones.

2.2.4. Fundación Cardiovascular de Colombia⁸

Indicó que la paciente S.S.M.M. cuenta con programación de *consulta por primera vez de cirugía cardiovascular* para el 11 de enero de 2024 a las 07:30 a.m.; no obstante, no ha sido posible la comunicación con la accionante por lo que solicitó por conducto del Juzgado de primera instancia la notificación de la programación.

Respecto al transporte y servicios complementarios expuso que en principio deben ser asumidos por la accionante o su núcleo familiar, y ante la imposibilidad económica, por virtud del principio de integralidad, le corresponde a la Nueva EPS.

2.3. La decisión recurrida⁹

Mediante providencia de 22 de diciembre de 2023, el Juzgado Promiscuo de Familia de Saravena concedió el amparo de los derechos fundamentales a *la vida y salud* de la menor S.S.M.M., y, en consecuencia, dispuso:

«SEGUNDO.- **ORDENAR** a la **NUEVA EPS**, para que, por intermedio de su representante legal y/o quien haga sus veces y dentro de las **cuarenta y ocho (48) horas** siguientes la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, SUMINISTRE Y/O AUTORICE, GESTIONE Y/O PROPORCIONE LOS SERVICIOS, TRATAMIENTOS Y/O PROCEDIMIENTOS DE SALUD de CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA CARDIOVASCULAR , que requiere la paciente, respecto de la patología diagnosticada que dio origen a la presente acción de tutela “**defecto del tabique auricular**”, los cuales deberán ser de forma CONTINÚA SUFICIENTE, Y OPORTUNA , RESPETANDO EL **PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD**.
(...)

TERCERO.- **NIEGA** servicios complementarios en salud (transporte, alimentación y alojamiento), por lo expuesto en la parte motiva de la sentencia».

⁸ Cuaderno del Juzgado. 007RespuestaFundacionCardiovascular.

⁹ Cuaderno del Juzgado. 008Sentencia.

Para adoptar la anterior decisión, tras citar la normativa y jurisprudencia constitucional aplicable al caso, expuso:

«(...) la prestación de los servicios de salud requeridos por el paciente bajo el principio de integralidad son indispensables, pues ello guarda consonancia con lo normado en el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, evidenciándose también que, conforme con la jurisprudencia constitucional, se precisó de manera puntual el diagnóstico sobre el cual debe versar la atención médica ordenada, de donde se concluye que con esa orden en manera alguna supone la mala fe de NUEVA E.P.S., tampoco habla de prestaciones futuras e inciertas, pues solamente reafirma las obligaciones de la E.P.S. de garantizar la atención médica requerida por el paciente».

Respecto de los servicios complementarios negó la solicitud con fundamento en la inexistencia de orden de remisión o negación del servicio por parte de la EPS.

A igual que, negó la pretensión de reembolso ante la ADRES, porque a partir de la promulgación de las resoluciones 205 y 206 de 2020 proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados; es decir que, los servicios y tecnologías que hacen parte del mecanismo de protección individual, ordenados al paciente deben ser garantizados por la EPSS a la que se encuentre afiliado.

2.4. La impugnación¹⁰

Inconforme con la decisión, la Nueva E.P.S. la *impugnó*, oportunidad en la cual reiteró lo expuesto al contestar la tutela.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

Es competente este Tribunal para desatar la *impugnación* formulada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Carta Política.

¹⁰ Cuaderno del Juzgado. 24MemorialImpugnacionNuevaEPS.

3.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si es procedente ratificar la orden del *a quo* que amparó el derecho fundamental a *la salud y vida* de la menor S.S.M.M., o si, por el contrario, como lo sostiene la Nueva E.P.S. se debe revocar la protección.

3.3. Supuestos jurídicos

3.3.1. La protección reforzada a la salud en sujetos de especial protección constitucional. Niños, niñas y adolescentes.

Tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, discapacitados y adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47), la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que en tratándose de los niños, niñas y adolescentes tienen un carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, por virtud del artículo 44 de la Carta Política, en el cual se establecen como derechos fundamentales “*la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social*”, precisando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de “*asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos*” y que “*los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.*”

Fue así, que el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, radicó en cabeza del Estado “*implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años*”.

En el campo internacional los derechos fundamentales de los niños gozan igualmente de un amplio reconocimiento y de una especial protección. Por un lado, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 consagra que *“[e]l niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”*, lo cual, a su vez, está establecido en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales que prevén en su contenido disposiciones orientadas a salvaguardar de manera prioritaria los derechos de los menores.

Por su parte, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (1989) en su artículo 3.1 se refiere al principio de interés superior de los niños, al exigir que en *“todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Bajo ese panorama, respecto de los menores de edad, el derecho a la salud exige una protección especial y reforzada en atención a su temprana edad y la situación de indefensión en la que se encuentran; y por tal razón, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política, la naturaleza *ius fundamental* de este derecho, expresa y prevalente, requiere un nivel de garantía superior por parte de las EPS, debido a la etapa vital en la que se encuentran, dado que cualquier retraso o negación en la prestación del servicio puede llegar a afectar de manera irreversible su condición médica.

En otras palabras, en tratándose de los niños y niñas, las EPS tienen una carga mayor cuando se trata de remover obstáculos administrativos para asegurarles la prestación del servicio en términos de prontitud, eficacia y eficiencia. En ese sentido, ha dicho la Corte Constitucional, que cuando se afecta la atención de un paciente con fundamento en situaciones extrañas a su propia decisión y correspondientes al normal ejercicio de las

labores del asegurador, se conculca el derecho fundamental a la salud, en tanto se está obstaculizando por cuenta de cargas administrativas que no deben ser asumidas por el usuario¹¹, porque:

*“(i) no se puede gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud (oportunidad), (ii) los trámites administrativos no están siendo razonables (eficiencia), (iii) no está recibiendo el tratamiento necesario para contribuir notoriamente a la mejora de sus condiciones de vida (calidad) y (iv) no está recibiendo un tratamiento integral que garantice la continuidad de sus tratamientos y recuperación (integralidad)”.*¹²

Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica oportuna o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro o fuera del PBS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de vulnerabilidad -como la falta de capacidad económica, graves padecimientos en enfermedad catastrófica o se trate de discapacitados, niños y adultos mayores-, son circunstancias que han de ser consideradas para decidir sobre la concesión del correspondiente amparo. Por lo tanto, obligan al juez constitucional a no limitarse por barreras formales en un caso determinado, por el contrario, en aras de la justicia material su función constitucional es proteger los derechos fundamentales.

3.4. Caso concreto

Como quedó expresado en acápites anteriores, la madre de la menor S.S.M.M., se limitó a informar en la tutela que su hija tiene 12 años de edad y que el 30 de noviembre de 2023 el médico tratante ordenó *«CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA CARDIOVASCULAR»*, que fue autorizada en la misma fecha por la Nueva EPS y direccionada a la Fundación Cardiovascular de Colombia, ubicada en Floridablanca (Santander), donde no ha sido posible programar cita por falta de disponibilidad de agenda; y que *«este servicio fue autorizado para la ciudad de Bucaramanga, lugar que es diferente a mi lugar de residencia y se encuentra a 12 horas de viaje, lo cual no me permite retornar el mismo día,*

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-256 de 2018.

¹² Corte Constitucional, sentencia T-745 de 2013.

derivándose de esto algunos servicios como hospedaje y alimentación para la menor y para su acompañante, los cuales no tienen como asumir estos servicios»¹³.

El 22 de diciembre de 2023, el juez de primera instancia concedió el amparo del tratamiento integral, pero negó *los servicios complementarios* al no advertir prueba de que hubiesen sido solicitados a la Nueva EPS y, por tanto, negados; decisión frente a la cual expresó inconformidad dicha EPS al insistir que no ha vulnerado los derechos invocados por la accionante, dado que la «CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA CARDIOVASCULAR» fue autorizada en la Fundación Cardiovascular de Colombia, con cita programada para el 11 de enero de 2024.

Al respecto, advierte la Sala que, al descorrer el traslado de rigor, la Fundación Cardiovascular de Colombia informó que programó «CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA CARDIOVASCULAR» para el 11 de enero de 2024 a las 07:30 a.m., pero que no le fue posible comunicarse con la usuaria *“toda vez que el número telefónico aportado no se encuentra disponible”*.

En efecto, este Despacho intentó establecer comunicación telefónica con la accionante al abonado suministrado en el escrito de tutela¹⁴, pero siempre registró apagado.

Adicionalmente, dentro del expediente no se vislumbra prueba siquiera sumaria que la accionante haya elevado petición ante la Nueva EPS solicitando los servicios de transporte y viáticos, pues ni siquiera lo afirmó en el escrito de tutela. 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.

¹³ Cuaderno del Juzgado. 001AccionTutela. F. 5 y 6.

¹⁴ Celular 3124843915.

Memórese que el artículo 86 de la Constitución, establece que «*toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*».

Sobre el tema, la Corte Constitucional en la sentencia T-096 de 2016 precisó que no es dable conceder la protección constitucional si el peticionario previamente no ha solicitado a la entidad demandada la atención en salud que exige en sede de tutela:

“De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, para que haya lugar a que el juez constitucional decreta el amparo y, como consecuencia, emita órdenes precisas a la E. P. S., respecto de tratamientos, medicamentos o servicios, se requiere elementalmente constatar que se produjo una efectiva violación a un derecho fundamental o se está en presencia de un peligro de lesión. Esto resulta apenas obvio si se tiene en cuenta el sentido y el fin de la acción de tutela y que las órdenes del juez constitucional tienen la fuerza de la autoridad jurisdiccional, requerida por esencia solo cuando particulares o entidades públicas se han rehusado a cumplir sus obligaciones constitucionales o legales.

*No obstante puede ser entendible que los usuarios del sistema de seguridad social en salud deseen hacer más rápida y efectiva la satisfacción de su derecho fundamental y supongan que mediante el recurso a ciertos cauces ello no va a tener lugar, por básicas razones de debido proceso y el carácter excepcional y subsidiario de la acción de tutela, **el juez constitucional no puede ordenar a una E.P.S. el cumplimiento de órdenes que hagan efectivo un derecho fundamental cuya satisfacción inicial nunca le fue solicitada.** En otras palabras, **no se puede concluir que una entidad encargada de proporcionar prestaciones en materia de salud ha lesionado un derecho fundamental que nunca se le pidió satisfacer**¹⁵:*

Conforme a estas disposiciones, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, sin desconocer el estado de angustia que lleva consigo la presencia de una enfermedad de algún miembro de la familia, la solución no está en acudir directamente al juez de tutela, con base en una eventual negativa en la prestación del servicio por parte de la entidad, en razón que el juez solo podrá examinar la presunta vulneración si en realidad existe la negativa o la omisión de la entidad prestadora del servicio de salud en suministrar lo solicitado por el paciente. Entonces, si dicha negativa no existe, difícilmente puede darse la violación de algún derecho fundamental¹⁶.

¹⁵ Sentencia T-916 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo.

¹⁶ Sentencia T-002 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra. En este caso los demandantes consideraron que el Instituto de los Seguros Sociales Seccional Caldas vulneró los derechos fundamentales a su hijo menor, al no autorizarle el tratamiento formulado por un especialista. Sin embargo, la Corte encontró que la entidad accionada nunca tuvo siquiera la oportunidad de negarlo porque nunca le fue solicitada la autorización ni la prestación del tratamiento y, por contera no vulneró los derechos del menor. Ver, así mismo, la Sentencia T-900 de 2002, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra

Por lo anterior, **es siempre necesario acudir inicialmente ante la responsable de cumplir la obligación de brindar el servicio de salud y solo de darse la eventualidad de la renuencia a hacerlo efectivo, es posible que el usuario acuda ante el juez para que, previa determinación de que la prerrogativa fue lesionada, se ordene que sea garantizada de la manera más adecuada.**

Como se dijo, no constituye excepción a lo anterior la mera sospecha o previsión del peticionario en el sentido de que los servicios serán negados por la E.P.S. o la urgencia en que aquél se halle. La tutela no deja de ser un mecanismo de defensa judicial residual que se activa únicamente frente aquello que la distingue: su carácter instrumental frente a la violación efectiva o el riesgo de vulneración de derechos fundamentales, ya sea por acción o por omisión del agente¹⁷. Considerar que la acción puede anticiparse a que tal cosa ocurra, desnaturalizaría sus rasgos y, sobre todo, su función constitucional». (Negrilla fuera de texto).

En sentencia T-402 de 2018 ese Alto Tribunal reiteró el citado criterio al establecer que:

“En pronunciamientos anteriores, esta Corte ha determinado que el juez constitucional debe declarar improcedente la acción de tutela, cuando no encuentre ningún comportamiento atribuible al accionado respecto del cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental,¹⁸ toda vez que asumir el conocimiento de este tipo de acciones, construidas “sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas”¹⁹, supondría una vulneración al principio de seguridad jurídica²⁰ y a la vigencia de un orden justo.²¹ Tal es el caso, por ejemplo, del peticionario que pretenda por la vía judicial una atención o servicio médico determinado sin haberlo solicitado a la EPS con anterioridad a la interposición de la acción de tutela, en la medida que no se identifica una acción u omisión que vulnere los derechos fundamentales del accionante.²²

De conformidad con esos derroteros jurisprudenciales, la accionante no allegó con la acción de tutela prueba de que haya presentado una petición

¹⁷ T- 174 de 2015, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁸ Corte Constitucional, ver, entre otras, sentencias T-097 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido; T-130 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; SU-975 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-883 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería y T-013 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-130 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. En esta oportunidad se señala, lo siguiente: “Así pues, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declarar la improcedencia de la acción de tutela”.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-013 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-130 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²² Corte Constitucional, sentencia T-130 de 2014. M.P. Para efectos de resolver el caso concreto, en esta ocasión la Sala concluyó: “[e]n este orden de ideas, atendiendo a las consideraciones expuestas anteriormente, la Sala encuentra que en el presente caso no existe ninguna conducta concreta, activa u omisiva, que haya podido concluir con la supuesta afectación de los derechos fundamentales alegados por la peticionaria, y a partir de la cual se puedan impartir órdenes para la protección del agenciado y su madre, o hacer un juicio de reproche a la entidad accionada”. Lo anterior, en la medida en que el peticionario no había solicitado a la entidad demandada la atención en salud que exigía en sede de tutela, como tampoco ésta, en consecuencia, había negado dicha atención.

a la Nueva EPS y le haya sido negada la prestación que ahora reclama en la demanda de amparo. Como se advirtió atrás, el juez constitucional no puede declarar que se ha menoscabado un derecho fundamental prestacional que nunca se solicitó a la EPS satisfacer y la acción de tutela no procede, dado su carácter subsidiario y por razones de debido proceso, para ordenar a autoridades o particulares cumplir obligaciones que inicialmente no se pidieron hacer efectivas.

Como autoridad con poder jurisdiccional solo le es dable determinar la violación de derechos de carácter prestacional y, en especial, de aquellos cuya obligación de garantía recae en las EPS, cuando el ciudadano ha solicitado previamente su satisfacción y obtuvo respuesta negativa, y solo puede emitir órdenes tendientes a detener la vulneración en cuestión en aquellos casos en que esta ha sido debidamente verificada.

Lo anterior para significar que en este caso la promotora circunscribió sus pretensiones a la supuesta negativa de la Nueva EPS y la Fundación Cardiovascular de Colombia en agendar la «CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA CARDIOVASCULAR», sin mencionar que hubiese requerido el transporte, alojamiento y alimentación y estos le hayan sido negados, por lo que para el momento en que acudió a este mecanismo excepcional, no podía atribuirse ningún comportamiento a la EPS accionada respecto del cual se pudiera determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental.

Por el contrario, la Nueva EPS autorizó el servicio de salud el mismo día en que fue prescrito por el médico tratante, y si bien la accionante afirmó que no había podido obtener cita en la IPS destacada, lo cierto es que, previamente a proferirse el fallo de primera instancia, la Fundación Cardiovascular de Colombia acreditó que programó «CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA CARDIOVASCULAR», para el 11 de enero de 2024 a las 07:30 a.m., esto es, que actuó por iniciativa propia o, lo que es lo mismo, sin mediar orden del juez.

Por lo anterior, no le era dable al juez constitucional de primera instancia suponer que la NUEVA EPS-S iba a negar la atención en salud a la menor e impartir órdenes para brindar protección frente a eventos futuros que no han ocurrido, toda vez que asumir el conocimiento de este tipo de acciones, construidas *«sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas»*, supondría una vulneración al principio de seguridad jurídica y a la vigencia de un orden justo, por lo que la Corte Constitucional tiene establecido que *«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»*²³.

En efecto, ese Alto Tribunal ha hecho especial énfasis en la necesidad de que los jueces de tutela corroboren los hechos que dan cuenta de la transgresión del derecho fundamental, dado que no es procedente conceder la protección sin que exista prueba de la vulneración o amenaza del derecho²⁴.

Así en la sentencia T-066 de 2002, resaltó que no se puede recurrir al amparo constitucional sobre la base de actos que no se han proferido, pues no solo se estaría violando el debido proceso de las entidades públicas, sino que también se estaría vulnerando uno de los fines esenciales del estado como es asegurar un orden justo. De igual forma, en el fallo T-130 de 2014, expresó que *«no se puede permitir que se acuda al amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas y que por tanto no se hayan concretado en el mundo jurídico»*.

En la misma línea, en la sentencia T-115 de 2018, expuso que la carga probatoria sobre la vulneración del derecho, reposa en cabeza del accionante, pues si no es posible determinar que la conducta objeto del reproche efectivamente se realizó y que con ella se vulneraron derechos

²³ Corte Constitucional, sentencia T-092 de 2018.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-124 de 2019.

fundamentales, la consecuencia es declarar improcedente la acción de tutela.

Sin necesidad de más consideraciones, este Tribunal revocará la sentencia recurrida para, en su lugar, declarar improcedente la acción de tutela deprecada.

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 22 de diciembre de 2023 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Saravena, para, en su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE por Secretaría esta decisión a las partes y al juzgado de conocimiento de la manera más expedita y **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Firmado Por:

Laura Juliana Tafurt Rico
Magistrada
Tribunal Superior
Arauca - Arauca

Matilde Lemos San Martin
Magistrada
Tribunal Superior De Arauca - Arauca

Elva Nelly Camacho Ramirez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 02 Única
Tribunal Superior De Arauca - Arauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9e6e123ff030d0d21fc891333cc081fe129c860c6e5caf63f1a0cfd7ac6f56a1**

Documento generado en 12/02/2024 10:20:56 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>