

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2023-00706-00

ACCIONANTE: JHON JAMES PEÑA SILVA

ACCIONADAS: NUEVA E.P.S.

BIENESTAR I.P.S. S.A.S.

VINCULADA: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

SENTENCIA

En Bogotá D.C. a los ocho (08) días del mes de septiembre del año dos mil veintitrés (2023) procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por el señor **JHON JAMES PEÑA SILVA**, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, presuntamente vulnerados por la **NUEVA E.P.S.** y por **BIENESTAR I.P.S. S.A.S.**

RESEÑA FÁCTICA

Indica el accionante que se encuentra afiliado a la **NUEVA E.P.S.**

Que el 17 de agosto de 2023 tuvo cita médica con la Dra. Marcela Mena Martínez.

Que a la cita médica llevó la historia clínica del ortopedista Ernesto José De La Hoz León, del 28 de julio de 2023, quien le diagnosticó la patología *R224* y le ordenó dos radiografías.

Que la Dra. Marcela Mena Martínez no valoró la historia clínica del ortopedista, sino que *cambió* el concepto médico por un *esguince de pie* y ordenó unas nuevas radiografías.

Que solicitó a la Dra. Marcela Mena Martínez la historia clínica, pero no se la entregó.

Que ha llamado a programar las radiografías, pero no ha sido posible por agenda.

Que tiene múltiples patologías, por lo que está siendo tratado a través de clínica del dolor.

Que la última atención fue a través de tele-consulta y le ordenaron unos medicamentos, los cuales no le han sido entregados por cuanto no tiene la fórmula médica, sin embargo, nunca la recibió en el correo electrónico.

Por lo anterior, solicita el amparo de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene a las accionadas: (i) dar claridad sobre la patología de su pie derecho; (ii) autorizar las radiografías ordenadas por el ortopedista Ernesto José De La Hoz León; (iii) entregar la fórmula para reclamar los medicamentos ordenados por la clínica del dolor; (iv) calificar el origen de todas sus patologías; y (v) entregar un informe detallado de cada una de sus patologías.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

NUEVA E.P.S.

La accionada allegó contestación el 01 de septiembre de 2023, en la que manifiesta que el accionante está activo en el Sistema de Salud, en el régimen contributivo.

Que es un organismo del sector descentralizado por servicios del orden nacional, por lo que, de acuerdo con el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 333 de 2021, la competencia para conocer la acción de tutela radica en los Jueces del Circuito.

Que cursan dos acciones de tutela por los mismos hechos, pretensiones y pruebas, una en el JUZGADO 25 CIVIL DEL CIRCUITO con el radicado No. 2022-00519, y otra en el JUZGADO 62 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE con el radicado No. 2022-00612, por lo que se configura *temeridad*.

Que la fecha para la realización de procedimientos médicos, depende de la disponibilidad en la agenda de la IPS, y que el usuario debe solicitar la programación una vez reciba los códigos de activación, direccionamientos MIPRES, o números de autorizaciones.

Que no está probada la negación de la prestación de los servicios por parte de la EPS, y que es el médico tratante el único que puede determinar las patologías del paciente, y emitir las órdenes necesarias en caso de que requiriera medicamentos específicos.

Que no hay prueba en el expediente de órdenes de medicamentos.

Por lo anterior, solicita: (i) remitir la acción de tutela a los Jueces del Circuito; (ii) denegar la protección, por cuanto se trata de una acción temeraria; y (iii) denegar por improcedente por ausencia de vulneración de derechos fundamentales. En caso de conceder el amparo, solicita que, antes de autorizar cualquier tratamiento para el cual no exista una orden médica o no esté vigente, se ordene una valoración previa por parte del médico adscrito a la red de la EPS, con el objeto de determinar la necesidad de los servicios.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

La vinculada allegó contestación el 01 de septiembre de 2023, en la que manifiesta que no existe un nexo causal entre la entidad, los hechos y la presunta violación del derecho, por lo que no existe legitimación en la causa por pasiva.

Que no tiene bajo su responsabilidad el aseguramiento de los usuarios del sistema, ni tiene la facultad de prestar servicios de salud, así como tampoco es el superior jerárquico de los actores que hacen parte del Sistema de Salud.

Por lo anterior, solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela.

BIENESTAR I.P.S. S.A.S.

La accionada fue debidamente notificada de la acción de tutela el 29 de agosto de 2023 a las 16:50 p.m., al correo electrónico: notificacionesjudiciales@bienestariips.com que aparece como canal de notificación judicial en su página web¹ y, se tuvo constancia de entrega el mismo día y hora²; pese a ello, guardó silencio.

TRÁMITE PREVIO

Mediante Auto de Sustanciación No. 1463 del 04 de septiembre de 2023 se ofició a los **JUZGADOS 25 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** y **62 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BOGOTÁ**, para que allegaran los expedientes digitales de las acciones de tutela **2022-00519** y **2022-00612**, interpuestas por **JHON JAMES PEÑA SILVA** en contra de la **NUEVA E.P.S.** En respuesta, los Juzgados oficiados aportaron los expedientes digitales el 04 de septiembre de 2023³.

¹ <https://bienestariips.com/>

² Archivo pdf 09ConstanciaNotificacionAuto

³ Archivos 16 a 19 del expediente digital

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho responder los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿La acción de tutela es temeraria, al tener identidad de objeto, causa y partes respecto de otras acciones de tutela presentadas con anterioridad, ante distinto Juez? En caso negativo, (ii) ¿Es procedente la acción de tutela para amparar los derechos fundamentales a la salud y a la vida de **JHON JAMES PEÑA SILVA** y, en consecuencia, ordenar a la **NUEVA E.P.S.** y/o a **BIENESTAR IPS S.A.S.** dar claridad sobre la patología de su pie derecho, entregar la fórmula para reclamar los medicamentos ordenados por clínica del dolor, calificar el origen de todas sus patologías y entregar un informe detallado de sus patologías?; y (iii) ¿Las accionadas han vulnerado el derecho fundamental, al no haber autorizado las radiografías ordenadas por el ortopedista?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

TEMERIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 establece la figura de la **temeridad** con miras a impedir la afectación en la administración de justicia en lo que se refiere al ejercicio de la acción de tutela, cuyo funcionamiento se vería perjudicado cuando una persona, sin una justificación razonable, elevase la misma causa ante dos jueces, contra las mismas partes y buscando la satisfacción de idénticas pretensiones⁴. Al respecto, la norma en cita expresamente señala que:

“Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazará o decidirá desfavorablemente todas las solicitudes. El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.”

⁴ Sentencia T-730 de 2015.

Como se infiere de la norma, para que exista una actuación temeraria es necesario que concurren tres elementos: identidad de causa, identidad de partes e identidad de objeto.

En la Sentencia T-727 de 2011, se explicó que existe (i) una *identidad de causa*, cuando las acciones se fundamentan en unos mismos hechos que le sirven de origen; (ii) una *identidad de objeto*, cuando las demandas buscan la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental⁵; y (iii) una *identidad de partes*, cuando las acciones se dirijan contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado⁶.

Con todo, la sola concurrencia de tales elementos no conlleva el surgimiento automático de la temeridad, pues el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 exige que el accionante carezca de un motivo justificado y razonable para incoar de nuevo la acción constitucional. De darse los elementos expuestos, dependiendo de la instancia en que se encuentre el trámite de la acción, se podrán rechazar o decidir desfavorablemente las demandas de amparo que hayan incurrido en temeridad.

En la Sentencia T-272 de 2019 se indicó que, la jurisprudencia incluyó un elemento adicional a los mencionados anteriormente, afirmando que la improcedencia de la acción de tutela por temeridad debe estar fundada en el *dolo y la mala fe de la parte actora*.

Así entonces, concluyó la Corte, la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar *doloso y de mala fe* por parte del libelista.

De otra parte, existen algunas reglas jurisprudenciales que el juez debe estudiar para identificar si una actuación es temeraria: *“(i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones⁷; (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable⁸; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción⁹; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia”¹⁰.*

⁵ Sentencia T-1103 de 2005.

⁶ Sentencias T-1103 de 2005, T-1022 de 2006 y T-1233 de 2008.

⁷ Sentencia T-149 de 1995

⁸ Sentencia T-308 de 1995

⁹ Sentencia T-443 de 1995

¹⁰ Sentencia T-001 de 1997

En contraste, la actuación no es temeraria cuando “... [a] pesar de existir dicha duplicidad, el ejercicio de las acciones de tutela se funda (i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho¹¹; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho.”¹² Si se comprueba alguna de estas circunstancias, la acción de tutela no es temeraria pero sí **debe declararse improcedente**, a fin de evitar la duplicidad de pronunciamientos judiciales contradictorios o, en caso de existir un pronunciamiento de fondo sobre el mismo caso, la decisión hace tránsito a **cosa juzgada** y por ello no es posible reabrir el debate.

Es de aclarar que, la Corte Constitucional ha delimitado también supuestos en los que una persona puede interponer varias acciones de tutela sin que sean consideradas temerarias, lo cual tiene lugar cuando i) ocurre un hecho nuevo y, ii) si no existe un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones en la jurisdicción constitucional¹³.

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁴, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter *subsidiario*, procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

La Alta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual; es decir, procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración¹⁵. Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales¹⁶.

Así las cosas, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que

¹¹ Sentencia T-721 de 2003

¹² Sentencia T-266 de 2011

¹³ Sentencia T-566 de 2001

¹⁴ Sentencias T-228 de 2012 y T-177 de 2011. Ver también las Sentencias T-731, T-677, T-641 y T-426 de 2014; T-891, T-889, T-788 y T-736 de 2013; T-1074, T-1058, T-1047, T-932, T-928, T-778, T-703, T-699, T-452, T-358, SU-195 y T-001 de 2012; SU-339, T-531, T-649, T-655, T-693, T-710 y T-508 de 2011; T-354 de 2010; C-543 de 1992, entre otras.

¹⁵ Sentencia T-753 de 2006.

¹⁶ Sentencia T-406 de 2005.

existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que:

(i) Los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; **(ii)** Se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, **(iii)** El titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

La jurisprudencia constitucional, al respecto ha indicado, que el perjuicio ha de ser **inminente**, esto es, que la amenaza está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser **urgentes**; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea **grave**, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea **impostergable**, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad¹⁷.

De igual forma, la Corte Constitucional ha aclarado que, pese a la informalidad del amparo constitucional, el actor debe exteriorizar y sustentar los factores a partir de los cuales pretenda derivar el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela¹⁸.

DERECHO A LA SALUD

El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social y la define en los siguientes términos: *“es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley”*.

Por su parte, el artículo 49, respecto del derecho a la salud, señala que: *“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de*

¹⁷ Sentencias T-136, T-331 y T-660 de 2010; T-147, T-809 y T-860 de 2009; T-409 y T-629 de 2008; T-262 y T-889 de 2007; T-978 y T-1017 de 2006; T-954 y T-1146 de 2005; providencias en las que la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela por la no ocurrencia del perjuicio irremediable.

¹⁸ Sentencia T-436 de 2007.

la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)”.

Al estudiar los complejos problemas que plantean los requerimientos de atención en salud, la Corte Constitucional se ha referido a sus facetas, una como *derecho* y otra como *servicio público* a cargo del Estado¹⁹. Cada una de estas expresiones implica un ejercicio de valoración particular, en el que se debe tener en cuenta el conjunto de principios que les son aplicables. Así, en cuanto a la salud como derecho, se ha dicho que la misma se relaciona con los mandatos de *continuidad, integralidad e igualdad*; mientras que, respecto a la salud como servicio, se ha advertido que su prestación debe atender a los principios de *eficiencia, universalidad y solidaridad*.

Al enfocarse en el estudio de la primera faceta, en la **Ley Estatutaria 1751 de 2015** el legislador le atribuyó a la salud el carácter de derecho fundamental autónomo e irrenunciable. De igual manera, estableció un precepto general de cobertura al indicar que su acceso debe ser oportuno, eficaz, de calidad y en condiciones de igualdad a todos los servicios, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo, el cual se cumple mediante la instauración del denominado Sistema de Salud.

La Corte también ha destacado que el citado derecho se compone de unos elementos esenciales que delimitan su contenido dinámico, que fijan límites para su regulación y que le otorgan su razón de ser. Estos elementos se encuentran previstos en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, en los que se vincula su goce pleno y efectivo con el deber del Estado de garantizar su (i) disponibilidad, (ii) aceptabilidad, (iii) accesibilidad y (iv) calidad e idoneidad profesional.

Por otra parte, en lo que atañe a los principios que se vinculan con la faceta de la salud como servicio público, es preciso recurrir a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2016, en donde se mencionan los siguientes: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección de grupos poblacionales específicos.

CASO CONCRETO

Como cuestión previa al análisis de fondo, es menester pronunciarse sobre la solicitud elevada por la **NUEVA E.P.S.** de remitir la acción de tutela a los Jueces del Circuito; así como frente a la *temeridad* alegada por la entidad.

¹⁹ Sentencias T-134 de 2002 y T-544 de 2002.

En **primer lugar**, afirma la **NUEVA E.P.S.** que no se dio cumplimiento al artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 333 de 2021, pues, como es un organismo del sector descentralizado por servicios del orden nacional, la competencia para conocer la acción de tutela radica en los Jueces del Circuito.

Al respecto, es necesario recordar que, en el Auto que avocó conocimiento se dejó constancia que la acción de tutela había sido repartida inicialmente al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá; y que, dicho Juzgado, mediante Auto del 24 de agosto de 2023, declaró la falta de competencia y ordenó remitir el expediente a los Juzgados de Pequeñas Causas de Bogotá.

En ese orden, es cierto el argumento de la **NUEVA E.P.S.** relativo a la competencia de los Jueces del Circuito. No obstante, en virtud del principio de celeridad que debe impartírsele al trámite constitucional, este Juzgado Municipal avocó conocimiento.

Aunado a ello, se resalta que, la Corte Constitucional ha señalado reiteradamente que las reglas de reparto no generan conflictos de competencia en acciones de tutela, así:

“Adicionalmente, según la jurisprudencia pacífica de esta Corporación, las disposiciones contenidas en el Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017, de ninguna manera constituyen reglas de competencia de los despachos judiciales, sino únicamente pautas de reparto de las acciones de tutela. Ello implica que el mencionado acto administrativo nunca podrá ser usado por las autoridades judiciales para declarar su falta de competencia. Esta forma de proceder se opone, principalmente, al derecho al acceso a la administración de justicia, dado que no existe fundamento alguno para asumir este conjunto normativo como un mandato procesal del que dependa la resolución del asunto en sede de instancia²⁰.”

Por esas razones, no es procedente la solicitud elevada por la **NUEVA E.P.S.**

En **segundo lugar**, señala la **NUEVA E.P.S.** que el actor ya había instaurado dos acciones de tutela por los mismos hechos, pretensiones y pruebas, las cuales fueron conocidas, una por el **JUZGADO 25 CIVIL DEL CIRCUITO** con el radicado No. **2022-00519**, y otra por el **JUZGADO 62 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE** con el radicado No. **2022-00612**.

²⁰ Ver, entre otros, los autos 105 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 157 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo; 007 de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; 028 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 030 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 052 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 059 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 059A de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; 061 de 2017. M.P. Aquiles Arrieta Gómez; 063 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 064 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa; 066 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; 067 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; 072 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 086 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; 087 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 106 de 2017. M.P. Iván Humberto Escrucera Mayolo; 152 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; 171 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 197 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 332 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 325 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera; y 242 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera. Debido a ello, el párrafo segundo del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015 dispone que “las anteriores reglas de reparto no podrán ser invocadas por ningún juez para rechazar la competencia o plantear conflictos negativos de competencia.”

Con fundamento en lo anterior, mediante Auto del 04 de septiembre de 2023 se ofició a dichos Juzgados para que compartieran los expedientes digitales de las acciones de tutela; requerimientos que fueron atendidos ese mismo día.

Al revisar las piezas procesales allegadas, en comparación con las de este expediente, el Despacho no encuentra configurada *temeridad*, pues si bien las acciones de tutela fueron presentadas por el accionante, no se observa identidad de partes, hechos ni pretensiones, lo cual obedece a que, en cada una de las acciones de tutela, el actor ha solicitado la protección de distintos derechos, no existiendo ninguna causa ni objeto común entre ellas, tal como se resume a continuación:

Radicado	2022-00612	2022-00519	2023-00706
Juzgado	Juzgado 62 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple	Juzgado 25 Civil del Circuito	Juzgado 8 de Pequeñas Causas Laborales
Parte accionada	Consorcio Express SAS	Nueva E.P.S.	Nueva E.P.S.
	Jady Duarte - gerente de HSEQ		
	Sandra Pérez - trabajadora de HSEQ		
	Alfonso Sánchez - Médico laboral consorcio		I.P.S. Bienestar
	Vinculada: Nueva E.P.S.		
Pretensiones	<p>1. Ordenar a la parte accionada que se pronuncie sobre cómo va a garantizar los derechos, ya que es fundamental el respeto de las <u>recomendaciones médicas</u> emitidas por parte de la EPS.</p> <p>2. Ordenar la garantía de los derechos de los trabajadores que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, como lo indica el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.</p> <p>3. Que el área de HSEQ se enfoque en sus verdaderas funciones y haga valer la integridad física de los trabajadores de la empresa Consorcio Express SAS.</p>	<p>1. Ordenar a la parte accionada que se pronuncie sobre cómo me va a garantizar los derechos, ya que es fundamental para el respeto al derecho a la salud por parte de la EPS.</p> <p>2. Ordenar a la accionada resolver las peticiones: (...)</p> <p>3. Garantizar el <u>derecho de petición</u>.</p> <p>4. Vincular a la Superintendencia de Salud.</p> <p>5. Vincular al Ministerio de Trabajo y Protección Social.</p>	<p>1. Ordenar a las accionadas dar claridad sobre la patología del pie derecho.</p> <p>2. Ordenar a las accionadas autorizar las radiografías solicitadas por el ortopedista.</p> <p>3. Ordenar a las accionadas que entreguen la fórmula médica para reclamar los medicamentos para el tratamiento con la clínica del dolor.</p> <p>4. Ordenar que se califique el origen de todas las patologías que conozcan las accionadas según su historia clínica.</p> <p>5. Ordenar a las accionadas entregarle un informe detallado de cada una de las patologías que sufre.</p> <p>6. Ordenar a las accionadas calificar el origen de todas las patologías que padece a la fecha según su historia clínica.</p> <p>7. Ordenar a las accionadas abstenerse de generar futuras dilaciones en la prestación del servicio de salud.</p> <p>8. Vincular a la Superintendencia de Salud.</p>

Aclarado lo anterior, se procede a dilucidar los problemas jurídicos restantes.

El señor **JHON JAMES PEÑA SILVA** interpone acción de tutela con el fin de que se amparen sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas y, en consecuencia, se ordene a la **NUEVA E.P.S.** y a la **I.P.S. BIENESTAR**: **(i)** dar claridad sobre la patología de su pie derecho; **(ii)** autorizar las radiografías ordenadas por el ortopedista Ernesto José De La Hoz León; **(iii)** entregar la fórmula de los medicamentos ordenados por la clínica del dolor; **(iv)** calificar el origen de todas sus patologías; y **(v)** entregar un informe detallado de cada patología.

Se encuentra probado con la documental obrante en el expediente, que el señor **JHON JAMES PEÑA SILVA** está afiliado a la **NUEVA E.P.S.** en calidad de cotizante en el régimen contributivo.

Así las cosas, de cara a la solución de los problemas jurídicos, se abordará cada una de las pretensiones del accionante, a fin de establecer si se ha configurado alguna vulneración que pueda ser objeto del amparo solicitado.

1. Frente a las pretensiones **(i)** y **(v)**:

Solicita el accionante que se ordene a las accionadas dar claridad sobre la patología de su pie derecho y entregarle un informe detallado de cada una de sus patologías.

Como se esbozó en el marco normativo de esta providencia, para la procedencia de la acción de tutela es imprescindible acreditar que no se cuenta con otros medios de defensa, o que, teniéndolos, éstos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales.

En este caso, lo perseguido por el accionante es obtener información acerca de sus patologías, sin embargo, tal solicitud es improcedente por vía de tutela, pues cuenta con otro mecanismo para obtenerla, verbigracia, el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, según el cual:

“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.”

En consonancia, la Ley 1755 de 2015 establece el objeto y modalidades de petición que pueden presentarse ante autoridades, de la siguiente manera:

“Artículo 13. Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma.

*Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, **requerir información**, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.*

El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado, o de persona mayor cuando se trate de menores en relación a las entidades dedicadas a su protección o formación.” (Subrayas fuera del texto)

Así las cosas, la acción de tutela no es el único mecanismo con que cuenta el señor **JHON JAMES PEÑA SILVA** para satisfacer sus pretensiones, pues tiene la posibilidad de elevar una petición en la que solicite la información y los documentos requeridos; medio al que debe acudir de manera principal, dado que no acredita alguna circunstancia que le impida elevar la petición por sí mismo y que evidencie la imperiosa necesidad de la intervención del Juez Constitucional para obtener respuesta.

Por tal motivo, la acción de tutela es **improcedente** frente a este punto.

2. Frente a la pretensión **(iii)**:

En el hecho 8, el actor refiere que es un paciente con múltiples patologías, por lo que está siendo tratado por clínica del dolor; que en la última valoración realizada a través de teleconsulta le ordenaron unos medicamentos, los cuales no le han sido entregados por cuanto no ha llevado la *fórmula médica*, toda vez que ésta nunca la recibió en el correo electrónico.

Por ello, solicita que se ordene a la **NUEVA E.P.S.** y a la **I.P.S. BIENESTAR** entregarle la *fórmula médica* para poder reclamar los medicamentos.

Sobre este particular se resalta que, el documento que necesita el accionante también puede ser solicitado por él directamente ante la IPS que le brindó el servicio, mediante petición verbal o escrita, sin que en el plenario obre prueba de haber agotado dicho mecanismo y no haber obtenido respuesta; circunstancia que torna **improcedente** la acción de tutela.

Ahora bien, nótese que la pretensión del accionante está dirigida a que se le entregue la *fórmula* de los medicamentos ordenados por clínica del dolor, más no está dirigida al suministro de los medicamentos.

En todo caso, tampoco podría ampararse el derecho y ordenar a la EPS que entregue algún medicamento pues, por un lado, en el escrito de tutela no se dice cuáles fueron los medicamentos prescritos al señor **JHON JAMES PEÑA SILVA** en la referida consulta médica; y, por otro lado, si bien en memorial del 06 de septiembre de 2023 el accionante allegó un documento expedido por la **NUEVA E.P.S.** donde se enlistan 6 medicamentos que tiene *pre - autorizados*²¹, allí no se establece cuál o cuáles fueron los ordenados en la consulta de clínica del dolor, ni cuál o cuáles son los que no le han entregado.

3. Frente a la pretensión (iv):

Solicita el accionante que se ordene a las accionadas *calificar el origen* de todas sus patologías, según su historia clínica. No obstante, esta pretensión tampoco resulta procedente, por las siguientes razones:

En lo que atañe a la calificación en primera oportunidad, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 en su inciso 2º establece que:

“Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales -ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.”

Conforme a lo anterior, no es posible ordenar a la **I.P.S. BIENESTAR** realizar la calificación de las patologías del actor, pues no se encuentra enlistada en la norma como una de las entidades responsables en efectuar dicha calificación.

De otro lado, aun cuando la **NUEVA E.P.S.** sí tiene dentro de sus competencias la determinación en primera oportunidad de la pérdida de capacidad laboral, así como la calificación del grado de invalidez y el origen, es menester señalar que, la pérdida de capacidad laboral de una persona será determinada únicamente cuando haya finalizado el proceso de rehabilitación integral o cuando alcance la *mejoría médica máxima* (MMM).

Al respecto, el anterior Manual Único para la Calificación de la Invalidez contenido en el **Decreto 917 de 1999** establecía en su artículo 9º lo siguiente:

²¹ Página 4 del archivo pdf 19MemorialAccionante

“Instrucciones Generales para los Calificadores. (...) La calificación de la pérdida de capacidad laboral del individuo deberá realizarse una vez se conozca el diagnóstico definitivo de la patología, se termine el tratamiento y se hayan realizado los procesos de rehabilitación integral, o cuando aún sin terminar los mismos, exista un concepto médico desfavorable de recuperación o mejoría.”

Disposición que fue reiterada en el **Decreto 1507 de 2014** “*Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional*”, anexo técnico, en los siguientes términos:

“4. Definiciones relativas a la aplicación. Con el objeto de valorar de la forma más apropiada, objetiva, equitativa y precisa las deficiencias, el Manual acogerá las siguientes definiciones que se aplican en el proceso de calificación:

(...)

4.6. *Mejoría Médica Máxima 'MMM'*: *Punto en el cual la condición patológica se estabiliza sustancialmente y es poco probable que cambie, ya sea para mejorar o empeorar, en el próximo año, con o sin tratamiento. Son sinónimos de este término: pérdida comprobable, pérdidas fija y estable, cura máxima, grado máximo de mejoría médica, máximo grado de salud, curación máxima, máxima rehabilitación médica, estabilidad médica máxima, estabilidad médica, resultados médicos finales, médicamente estable, médicamente estacionario, permanente y estacionario, no se puede ofrecer más tratamiento o se da por terminado el tratamiento. Incluye los tratamientos médicos, quirúrgicos y de rehabilitación integral que se encuentren disponibles para las personas y que sean pertinentes según la condición de salud.”*

Sobre el tema, la Corte Constitucional en la Sentencia T-093 de 2016 consideró:

“Esta Corporación al desarrollar las normas mencionadas anteriormente ha establecido cuatro reglas, las cuales deben ser observadas por las Juntas de Calificación al momento de expedir los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral. La primera regla establece que el trámite de calificación sólo puede adelantarse una vez se haya terminado la rehabilitación integral y el tratamiento, o se compruebe la imposibilidad de realizarlo...”

Teniendo en cuenta este marco normativo, en el presente asunto no se observa que el señor **JHON JAMES PEÑA SILVA** cuente con un concepto médico desfavorable de recuperación, ni obra prueba de que haya alcanzado la *mejoría médica máxima*, circunstancias que, según la ley, son las que posibilitan la calificación de la pérdida de capacidad laboral, con la consecuente determinación del grado de invalidez y el origen de la(s) patología(s).

Tampoco se avizora dentro del plenario que, de manera previa a la acción de tutela, el actor hubiera solicitado el agendamiento de una cita médica con el fin de dar inicio al trámite de calificación, ni que hubiera radicado expediente o historia clínica para su estudio, ni fueron aportadas las historias clínicas en las que se indiquen las patologías diagnosticadas y en virtud de las cuales sea dable que la EPS proceda con la calificación del origen.

En ese orden, como no se encuentra acreditada una conducta vulneratoria de los derechos fundamentales del accionante, endilgable a la **NUEVA E.P.S.**, ni a la **I.P.S. BIENESTAR**, es por lo que habrá de declararse la **improcedencia** del amparo solicitado frente a este punto.

4. Frente a la pretensión **(ii)**:

Manifiesta el accionante que el 28 de julio de 2023 fue valorado por el ortopedista Ernesto José De La Hoz León, quien le ordenó dos radiografías. Que el 17 de agosto de 2023 tuvo cita con la Dra. Marcela Mena Martínez, en la que no se tuvo en cuenta la historia clínica del ortopedista, sino que se *cambió* el concepto médico, ordenándose unas nuevas radiografías. Agrega que le solicitó a la Dra. Mena Martínez la historia clínica, pero no se la entregó, y que ha llamado para programar las radiografías, pero no ha sido posible porque no hay agenda. Por lo tanto, solicita que se ordene a las accionadas *autorizar* las radiografías ordenadas por el ortopedista Ernesto José De La Hoz León.

El accionante aportó una copia de la historia clínica del 28 de julio de 2023, de la atención recibida por el especialista en ortopedia y traumatología, Dr. Ernesto José De La Hoz León²²; así como una copia de la orden No. 7018025431 de la misma fecha, en la que el médico le prescribió los siguientes servicios²³:

Código	Servicios	Nota
873333	RADIOGRAFIA DE PIE (AP. LATERAL)	Derecho
873431	RADIOGRAFÍA DE TOBILLO (AP. LATERAL Y ROTACION INTERNA)	Derecho

En el mismo documento, se dice que el servicio está direccionado a **BIENESTAR IPS - IMÁGENES DIAGNOSTICAS** y se incluye la siguiente advertencia: *“Estimado afiliado, esta orden médica no requiere ningún trámite. Puede acceder al servicio o medicamento directamente en la IPS o farmacia asignada”*; manifestación que permite concluir que la prestación del servicio no está supeditada a autorizaciones adicionales.

Ahora bien, pese a que el actor dice que el 17 de agosto de 2023 tuvo otra cita médica en la que le *“cambiaron el diagnóstico”* y le ordenaron *“otras nuevas radiografías”*, también dice que no cuenta con los soportes por cuanto no le fueron entregados. A su turno, la **NUEVA E.P.S.** no afirmó ni negó tales circunstancias, así como tampoco refirió que la orden No. 7018025431 expedida por el Dr. Ernesto José De La Hoz León hubiera perdido vigencia por la existencia de una nueva orden; mientras que la **I.P.S. BIENESTAR** guardó silencio.

Así las cosas, estando vigente la orden médica del 28 de julio de 2023, no se encuentra probado que, a la fecha, se haya programado la toma de las radiografías, a pesar de que (i) obra orden emitida por el médico tratante que da cuenta de su necesidad y pertinencia; (ii) los servicios se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, contenido en la

²² Páginas 2 y 3 del archivo pdf 10AtiendeRequerimientoAccionante

²³ Página 5 del archivo pdf 19MemorialAccionante

Resolución 2802 de 2022; y (iii) no basta con que la EPS haya *autorizado* o direccionado el servicio a un prestador adscrito a su red, pues ello corresponde a un mero visto bueno administrativo, pero no es garantía de que se vaya a prestar el servicio ni en qué tiempo.

En consecuencia, como el deber de la EPS tan solo termina con la garantía efectiva de la prestación del servicio, en observancia de los parámetros de oportunidad, continuidad y calidad, sin ningún tipo de barreras administrativas o de cualquier índole que sean oponibles al usuario, se concederá el amparo y se ordenará la **NUEVA E.P.S.** que le **programe** al señor **JHON JAMES PEÑA SILVA** la *Radiografía de pie (AP. Lateral) – Derecho* y la *Radiografía de tobillo (AP. Lateral y rotación interna) – Derecho*, a través de la **I.P.S. BIENESTAR** o de cualquier otra IPS que se encuentre adscrita a su red de prestadores de servicios.

Finalmente, se desvinculará a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** por falta de legitimación en la causa.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental a la salud de **JHON JAMES PEÑA SILVA**, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA E.P.S.** que en el término de TRES (3) DÍAS HÁBILES contados a partir de la notificación de esta providencia, **programe** al señor **JHON JAMES PEÑA SILVA** la *Radiografía de pie (AP. Lateral) – Derecho* y la *Radiografía de tobillo (AP. Lateral y rotación interna) – Derecho*, de acuerdo con la orden médica del 28 de julio de 2023, a través de la **I.P.S. BIENESTAR** o de cualquier otra IPS que se encuentre adscrita a su red de prestadores de servicios.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTES las demás pretensiones, por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO: DESVINCULAR a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** por falta de legitimación en la causa.

QUINTO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día siguiente de su notificación.

La impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

SEXTO: En caso de que la sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ