



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**DISTRITO JUDICIAL DE VILLAVICENCIO
JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE PUERTO GAITÁN**

Puerto Gaitán, once (11) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

TUTELA	2021-00219-00
ACCIONANTE	LAIRETH MARGARITA PEÑATES CONTRERAS
ACCIONADAS	EPS MEDISALUD UT y OTRA

Se pronuncia el Despacho en relación con la acción de amparo Constitucional deprecada por la ciudadana LAIRETH MARGARITA PEÑATES CONTRERAS contra la EPS MEDISALUD UT e IPS JERSALUD.

I. ANTECEDENTES

1. **PRETENSIÓN:** La señora LAIRETH MARGARITA PEÑATES CONTRERAS actuando en representación del menor SANTIAGO ADOLFO TIRADO PEÑATES, solicitó que se le protejan sus derechos fundamentales a la SEGURIDAD SOCIAL y SALUD que considera vulnerados por las accionadas EPS MEDISALUD UT e IPS JERSALUD, por cuanto no le han garantizado los mismos con ocasión a un diagnóstico que padece el menor.

Manifiesta la accionante como **hechos** más relevantes que su hijo SANTIAGO ADOLFO TIRADO PEÑATES es beneficiario de la EPS e IPS accionadas, perteneciente al magisterio. Añade que su hijo actualmente presenta una patología de *mal formaciones congénitas especificadas de cara y cuello, asma, soplo cardíaco, masa en región supraesternal durante articulación del lenguaje niega disfonía y vena izquierda cava superior persistente.*

Narra además que desde los 10 meses está en controles con diferentes especialistas, requiriendo varios exámenes especializados, y que el día 26 de octubre del 2020 asistió a cita con otorrinolaringología, donde se ordenó cita con especialista de cuello y cabeza, y cita con especialista de tórax.

Acusa que las referidas citas fueron autorizadas inicialmente con la clínica SAN JOSE de la ciudad de Bogotá, a donde se comunicó, recibiendo respuesta que esa especialidad la atienden es para mayores de 18 años, por lo que no pueden atender al menor. Así mismo dice que en la actualidad no han dado solución a las citas autorizadas y que las accionadas dan como respuesta que el menor debe ser valorado nuevamente por pediatría.

Finalmente relata que las no autorizaciones ocasionan graves daños para su menor hijo, por lo que reitera le sean tutelados los derechos vulnerados, y en consecuencia se ordene a las demandadas ordenen las citas especializadas en el intuito (SIC) RUSVELT de la ciudad de Bogotá ya que esa entidad si presta los servicios especializados para su hijo el cual es menor de edad.

2. RESPUESTA DE LAS DEMANDADAS:

Las accionadas **EPS MEDISALUD UT e IPS JERSALUD** ejercieron su derecho Constitucional y Legal a **guardar silencio** frente a los hechos y peticiones de la tutela, pese a que fueron debidamente notificadas.

II. COMPETENCIA

Este Despacho Judicial es competente para conocer y fallar la presente Acción de Tutela, de conformidad con lo previsto en los Decretos 2591 de 1991, 1382 del 2000 y demás Normas complementarias.

III. CONSIDERACIONES LEGALES Y CONSTITUCIONALES

Conforme a lo consagrado en el Artículo 86 Constitucional, toda persona tendrá Acción de Tutela, para reclamar ante los Jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección de sus Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la Acción u Omisión de cualquier Autoridad Pública. El Decreto 2591 de 1991 hizo extensiva esta Acción a los particulares en desarrollo de lo dispuesto en el inciso final del Artículo 86 ya mencionado que dispone, que la ley establecerá los casos en los que la Acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público, respecto de los cuáles el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Es entonces la Acción de Tutela un mecanismo jurídico, sencillo y expedito, dirigido a los Jueces y Magistrados y orientado a obtener el amparo contra los actos que violen, trasgredan o amenacen los Derechos Fundamentales consagrados constitucionalmente. De esto dimana que, en el Estado Constitucional, cuyo fin supremo es la salvaguardia y protección de la vida, la Libertad, la Igualdad y la Dignidad Humana, no se puede concebir que alguno de los Derechos Fundamentales del ser humano se quede sin el amparo Estatal para su ejercicio eficaz, efectivo y pleno.

Así mismo ha manifestado la Corte que dos características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico Colombiano son la subsidiariedad y la inmediatez; la primera por cuanto no solo resulta procedente instaurar la acción en subsidio o a falta de un instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los jueces, esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser de que busque evitar un perjuicio irremediable (Artículo 86, inciso 3 de la constitución).

La segunda, puesto que la acción ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación amenazado. Entonces por ser la acción tutelar un mecanismo residual de protección de los derechos fundamentales de estirpe constitucional, de carácter residual, sólo procede – por regla general –, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial (inc. 3º art. 86 C. Pol.; núm. 1º art. 6º Dec. 2591/91), lo que significa que no es útil al propósito de ventilar asuntos que son resorte exclusivo de otro tipo de acciones judiciales.

De allí que la tutela *“no cabe cuando al alcance del interesado existe un medio judicial ordinario apto para la protección de sus derechos”,* como tampoco *“si el accionante dejó pasar la oportunidad que tenía, a la luz del ordenamiento jurídico en vigor, para utilizar los mecanismos de protección propicios, con miras a alcanzar sus pretensiones”*¹. En ese sentido, la H. Corte Constitucional ha afirmado que la posibilidad de acudir a la acción de tutela *“(…) sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión”*².

¹ T-722 de 26 de noviembre de 1998; Cfme: SU-542 de 28 de julio de 1999.

² T-106 de 1993, MP. Antonio Barrera Carbonell; Cfme: T-480 de 1993, MP: José Gregorio Hernández Galindo; T-896 de 2007.

Debido entonces a las especialísimas características de la acción de tutela, es que se impone al juez constitucional hacer todo lo que esté a su alcance para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales en cada caso, y para el efecto, cuenta con algunas facultades y deberes, entre los cuales se destaca, el de escudriñar tanto los hechos que puedan configurar una amenaza o vulneración de aquellos derechos, como precisamente todos los que puedan resultar afectados. De cara a dicha finalidad, el funcionario no está sujeto ni limitado al contenido de la solicitud de amparo, sino que puede entre otras cosas, fallar incluso *ultra y extra petita*, esto es, pronunciarse sobre hechos y derechos que no hubiese sido expuestos e invocados en el escrito presentado por el accionante.

En cuanto al derecho a la salud, cumple señalar que su trasgresión atenta directamente contra el derecho a la vida y a la dignidad humana, y que además, ha sido reconocido como un derecho que requiere protección por vía de tutela, al punto que, como lo ha señalado la Corte Constitucional, al garantizársele el derecho a la salud a una persona, se le protegen derechos de rango constitucional como el derecho a la vida, y en otras ocasiones, mejoran el estándar de vida al resguardar el derecho a la dignidad humana.

El Artículo 49 de la Constitución Política, establece la garantía para que todos los ciudadanos accedan a los servicios de promoción, protección y recuperación en la salud de manera integral, es decir, cubriendo la atención necesaria para la rehabilitación física y mental. A su turno, el artículo 48 Superior consagró el derecho a la seguridad social y autorizó al legislador para que expidiera las leyes necesarias a fin de lograr el desarrollo integral del sistema de seguridad social.

Para desarrollar este mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993 que en su artículo 153 señaló:

“Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes:

(...)

3. Protección integral. El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud”.

Lo anterior, en concordancia con los principios de la Ley 91 de 1989 que creó el fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así mismo la Constitución Política establece cláusulas que identifican sujetos de especial protección constitucional; frente a ellos, la protección del derecho a la salud es **reforzada** debido a la situación de vulnerabilidad en la que en ocasiones se encuentran.

1. Problema jurídico.

Se trata de establecer si la señora LAIRETH MARGARITA PEÑATES CONTRERAS, tiene derecho a que de manera inmediata se le preste la atención médica reclamada a favor de su menor hijo, y por ende se le garanticen los derechos fundamentales que manifiesta le han vulnerado.

2. Análisis del caso concreto.

En este caso en particular y atendiendo lo expuesto en la solicitud de amparo, se evidencia efectivamente que el menor SANTIAGO ADOLFO TIRADO PEÑATES se encuentra afiliado a la EPS MEDISALUD UT, según la historia clínica allegada con el escrito de tutela. Conforme a la misma historia clínica aportada, se evidencia que padece las patologías enunciadas, donde además se advierte que se le emitieron las órdenes médicas expresadas que no se han realizado por parte de las accionadas.

Acorde a lo anterior, se advierte que ha existido negligencia por parte de las demandadas EPS MEDISALUD UT e IPS JERSALUD, al no autorizar ni realizar las órdenes emitidas a favor del paciente SANTIAGO ADOLFO TIRADO PEÑATES.

Ahora bien, la accionante funda la afectación de los derechos fundamentales en la omisión de las accionadas al no autorizar las citadas órdenes médicas, lo que al momento de presentar la presente acción no se había efectuado según lo dicho por la actora, a lo cual debe otorgársele plena credibilidad, no solo en virtud del principio de la buena fe, sino atendiendo lo normado en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, según el cual si la accionada no rinde el informe en el plazo correspondiente, **se tendrán por ciertos los hechos.**

En el caso concreto, se plantea que la EPS MEDISALUD UT y la IPS JERSALUD deben gestionar, realizar y/o autorizar de manera inmediata y coordinada las órdenes médicas a favor del menor SANTIAGO ADOLFO TIRADO PEÑATES, concretamente las citas con especialista de cuello y cabeza, y la cita con especialista de tórax.

En este orden, es claro a todas luces que la EPS MEDISALUD UT y la IPS JERSALUD deben proceder de manera inmediata y coordinada a realizar todas las gestiones necesarias en aras de brindarle un tratamiento digno al menor SANTIAGO ADOLFO TIRADO PEÑATES.

Respecto de los servicios adicionales no incluidos en el POS en el régimen contributivo o Subsidiado corresponde prestarlos al Estado por conducto de las Entidades Públicas o con las Privadas con las cuales tenga Contrato.

En tal hipótesis se debe relieves que la EPS MEDISALUD UT, a la que está afiliada la accionante, adquirió la obligación de prestarle el servicio de salud y no puede sustraerse a ella. Ahora bien, la Reglamentación del Plan Obligatorio de Salud, régimen contributivo o subsidiado, no puede exceder el alcance de la Constitución misma.

En efecto, La H. Corte Constitucional reiteradamente ha sostenido en diversos pronunciamientos, que esa Normatividad no puede desconocer Derechos Fundamentales y las EPS no pueden recurrir al mismo para negar u omitir tratamientos o suministro de medicamentos necesarios para la preservación de la Vida, de la Salud, de la Integridad de las personas. En tal caso procede la inaplicación de la reglamentación del POS por la vía de Excepción de Inconstitucionalidad del Reglamento. Igualmente resulta cierto que no se puede coonestar la agravación del estado de salud de la persona, porque ello sería no solo atentar contra la dignidad humana, sino que en correlación se atentaría contra el mismo derecho primario de la vida que se vería afectado.

Así mismo ha indicado la Honorable Corte Constitucional en diferentes decisiones, que el Derecho Fundamental de la persona, prevalece sobre cualquier otro tipo de derechos.

Cuando surge conflicto, prevalece el Derecho Fundamental inaplicando la Legislación que se oponga a éste y ordenando la prestación de los servicios excluidos cumpliendo así con el Artículo 4º. Constitucional, porque ni siquiera la Ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos y cuando so pretexto de su cumplimiento se atenta contra ellos, no solamente es posible inaplicarla, sino que es un deber hacerlo. Es decir que procede la inaplicación del POS por la vía de Excepción de Inconstitucionalidad del Reglamento. (Sent. T. 328 de 1.998).

La Honorable Corte Constitucional ha precisado así mismo que:

“En casos de urgencia o gravedad comprobadas, no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio. Pues por encima de la Legalidad y Normatividad está la vida y la salud como fundamento de todo sistema (...) Los costos del tratamiento serán asumidos por La Entidad Promotora de Salud a la que esté afiliado el usuario, que tendrá la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar”. (S. T- 685- 1.998- H. C. Constitucional.)

Deberá entonces las demandadas EPS MEDISALUD UT y la IPS JERSALUD, gestionar, realizar y/o autorizar de manera coordinada dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente decisión, las órdenes médicas a favor del menor SANTIAGO ADOLFO TIRADO PEÑATES, concretamente las citas con especialista de cuello y cabeza, y la cita con especialista de tórax preferiblemente en el INSTITUTO ROOSEVELT de la ciudad de Bogotá o en un centro médico de igual o mejor categoría.

Por las razones aludidas, se decidirá favorablemente la acción Constitucional invocada por la demandante, en aras a evitar que las entidades accionadas omitan garantizarle en forma oportuna, digna y rápida la prestación del servicio de Salud.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Gaitán, Meta, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - TUTELAR los derechos Constitucionales fundamentales a la SEGURIDAD SOCIAL y SALUD invocados como vulnerados por la accionante, en representación del menor SANTIAGO ADOLFO TIRADO PEÑATES.

SEGUNDO. - Como consecuencia de lo anterior, se **ORDENA** a los representantes legales de las entidades EPS MEDISALUD UT e IPS JERSALUD, que procedan dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente decisión a realizar, gestionar y/o autorizar **de manera coordinada y sin dilaciones**, las órdenes médicas prescritas a favor del menor SANTIAGO ADOLFO TIRADO PEÑATES, concretamente las citas con **especialista de cuello y cabeza, y la cita con especialista de tórax**; preferiblemente en el INSTITUTO ROOSEVELT de la ciudad de Bogotá o en un centro médico de igual o mejor categoría:

TERCERO. - **El incumplimiento** al presente fallo constituye Desacato sancionable conforme a la Ley.

CUARTO. - **NOTIFICAR** la presente decisión por el medio más expedito y eficaz.

QUINTO. - Si el presente fallo no fuere impugnado, envíese el expediente a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CESAR AUGUSTO TAMAYO MEDINA
Juez