

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

**JUZGADO TERCER PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS
FLORENCIA - CAQUETÁ**

Proceso : Acción de tutela
 Radicación : 18-001-40-04-003-2021-00182-00
 Accionante : **LUIS ALEJANDRO MONTAÑA ORTEGA agente
oficioso de NELLY PEÑA DE OSORIO**
 Accionado : **MEDIMÁS EPS Y OTROS**
 Sentencia : **002**

Florencia, Caquetá, siete (7) de enero de dos mil veintidós (2022)

1.- ASUNTO

Resolver la acción de tutela interpuesta por el Abogado **LUIS ALEJANDRO MONTAÑA ORTEGA como agente oficioso de la señora NELLY PEÑA DE OSORIO** en contra de **MEDIMÁS EPS**, vinculándose a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-**, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la salud, vida digna y seguridad social.

2.- ANTECEDENTES

Funda el Abogado **LUIS ALEJANDRO MONTAÑA ORTEGA** la solicitud de amparo en favor de la señora **NELLY PEÑA DE OSORIO**, en los siguientes hechos:

Aduce que la señora **NELLY PEÑA DE OSORIO**, se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud por intermedio de la EPS **MEDIMÁS**; que, conforme a la historia clínica, se le diagnosticó “**INFECCIÓN DE VÍAS URINARIAS, SITIO NO ESPECIFICADO**” y “**DIABETES MELLITUS NO INSULINODEPENDIENTE SIN MENCION DE COMPLICACION**”.

Que, con el fin de realizársele un diagnóstico acertado, se le ordenó la práctica de un “**UROCULTIVO**” y una “**CISTOSCOPIA CON LAVADO VESICAL**”, sin embargo, pese a los múltiples requerimientos realizados por la señora Nelly, la Entidad de salud, no le autorizó el primero de los exámenes, razón por la que, decidió costear el mismo de manera particular.

Manifiesta que, respecto a la “**Cistoscopia con Lavado Vesical**”, Medimás ha omitido la expedición de la correspondiente autorización, situación con la que vulnera los derechos fundamentales de la actora.

2.1. MEDIDA PROVISIONAL

Fundamentó el accionante la solicitud de medida provisional en los siguientes términos: *"La señora NELLY PEÑA DE OSORIO requiere que MEDIMAS EPS autorice de manera inmediata la realización del siguiente examen diagnóstico que ordenó el médico tratante:*

CISTOSCOPIA TRANSURETRAL

Observaciones: CON LAVADO VESICAL

Lo anterior se justifica por cuanto MEDIMAS EPS se mostrado renuente en autorizar la realización inmediata del examen pese la urgencia del mismo, pues la señora NELLY PEÑA DE OSORIO es una persona de 73 años y sus problemas de salud requieren de un diagnóstico oportuno para optar por el respectivo tratamiento médico."; la referida solicitud, fue resuelta en el Auto admisorio de la acción, en el que se concedió la misma, y consecuentemente se ordenó *"TERCERO: ORDENAR a MEDIMAS EPS, que en el término de dos (2) horas siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, autorice, programe e indique a la señora NELLY PEÑA DE OSORIO, la fecha y hora cierta en la que se llevara a cabo el procedimiento de examen de CISTOSCOPIA TRANSURETRAL Observaciones: CON LAVADO VESICA."*

2.2. PETICIÓN

Adicional a lo anteriormente señalado, solicitó el accionante se tutelén los derechos fundamentales de la señora NELLY PEÑA DE OSORIO, y consecuentemente se ordene a MEDIMÁS, que: (i) *"se abstenga de imponer barreras de tipo administrativo que impidan la eficiente, continua e integral prestación del servicio médico, garantizando de esta manera los derechos fundamentales de la señora NELLY PEÑA DE OSORIO";* (ii) que, *"preste de ahora en adelante todos los servicios médicos especializados, terapias de rehabilitación, suministros de medicamentos, instrumentos, ayudas técnicas, exámenes diagnósticos, viáticos, entre otros, garantizando una PRESTACIÓN INTEGRAL DEL SERVICIO MÉDICO"*.

3. - ACTUACIÓN PROCESAL

El 27 de diciembre de 2021, correspondió por reparto a este despacho, la acción de tutela de la referencia¹, la cual se admitió mediante auto del 28 de diciembre², a través del cual se dispuso oficiar a la entidad accionada, para que, en el término legal de 2 días se pronunciara sobre los hechos planteados en el escrito de tutela, al tiempo que, se concedió la medida provisional solicitada y se ordenó la vinculación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-.

¹ Ver archivo "02ActaReparto" del expediente digital.

² Ver archivo "06AutoAdmisorio" del expediente digital.

4.- RESPUESTA DE LAS PARTES ACCIONADAS

4.1. La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, mediante escrito³ allegado el 29 de diciembre de 2021⁴, suscrito por la Jefe de la Oficina Jurídica, señaló que, indicó que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 y atendiendo lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 546 de 2017, del primero (01) de agosto del año 2017, entró en operación esa Administradora, como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud - FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

Manifestó que, es función de la EPS, y no de esa Administradora, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva; adujo que, las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

Afirmó que, respecto de la pretensión relacionada con el “reembolso” del valor de los gastos que realice la EPS, lo mismo constituye una solicitud antijurídica, puesto que 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, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y que no se encuentren excluidos de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos.

³ Ver archivos “14RespuestaADRES” del expediente digital.

⁴ Ver archivos “13CorreoRespuestaADRES” del expediente digital.

Solicitó ser desvinculado del trámite de la acción y que se niegue el recobro a favor de la EPS.

4.2. MEDIMÁS EPS, mediante escrito⁵ allegado el 30 de diciembre de 2021⁶, suscrito por su apoderada general, informó que, actualmente la accionante se encuentra como afiliada activa de esa EPS dentro del régimen contributivo, así:

Consulta Integral

EPS: **Medimás E.P.S.** Por documento Por nombre Tipo de documento: **Cédula Ciudadanía** Número de documento: **26615360**

T. Idem.	Nro. Documento	Primer apellido	Segundo apellido	Primer nombre	Segundo nombre	Fecha nacimiento	Tipo afiliado
CC	40778577	OSORIO	PENA	SANDRA	PATRICIA	16/10/1974	COTIZANTE
CC	1670912	OSORIO	LOPEZ	JOSE	VICENTE	10/10/1937	BENEFICIARIO
CC	26615360	PEÑA	DE OSORIO	NELLY		16/02/1948	BENEFICIARIA

AFILIADO EN PROGRAMA ESPECIAL: CANCER, CANCER, CARDIOMETABÓLICO, CARDIOMETABÓLICO, CARDIOMETABÓLICO, CARDIOMETABÓLICO

Fch. Radicac.	No. Radicac.	Formulario.	Tipo afiliado.	Fch. afiliación.	Fch Afil 56555.	Discapacidad
01/08/2017	0	0	BENEFICIARIO	01/08/2017	13/08/2004	NINGUNA

Grado	Tipo ident.	No. documento.	1er. apellido.	2do. apellido.	1er. nombre.	2do. nombre.
NINGUNA	Cédula Ciudadanía	26615360	PEÑA	DE OSORIO	NELLY	

Fch. nacimto.	Edad	Sexo	Estado civil	Tipo ident cónyuge	No. doc cónyuge
10/02/1948	73	FEMENINO	SOLTERO		

Dirección de residencia	Tel. residencia	Tel. celular	Ubicac. residencia	Municipio Residencia
KRA 6 12 NO 59 LA LIBERTAD FLORECI	4358522		URBANA	Florencia - CAQUETA

IPS a la que pertenece	Tel. IPS	Dirección de IPS	Regional Usuario
MEDICED PRADO	3202729145	CARRERA 9A No 9-30	Regional Huila

Estado afiliac.	Razón estado.	Fch fin urgen.	Fch inic. plano.	Fch. retiro	Origen afiliación
VIGENTES	Al día - empleador pago al día	31/07/2017	01/08/2017		TRASLADO DE

Nivel IBC.	Días cont.	Semanas	Fecha Inicio Protección Laboral	Fecha Fin Protección Laboral	Fecha Afiliación BDUA	Días Continuos BDUA
1	5755	822			01/08/2017	1584

Que, frente al servicio requerido dentro del trámite tutelar, expidió la autorización correspondiente, así:

Original Número interno: 222646973

Entrega 1 De 1 

DATOS DE USUARIO							
Nombre:	NELLY PEÑA DE OSORIO	Nivel IBC:	1	Departamento:	Caquetá	Tipo afiliado:	Beneficiario
Documento:	Cédula Ciudadanía - 26615360	Dx Principal:	N390	Municipio:	Florencia	Email:	patriciaosorio_1994@hotmail.com
Fch nacimiento:	1948-02-10	Edad:	73 años	Sexo:	Femenino	Dirección:	KRA 6 12 NO 59 LA LIBERTAD FLORENCIA
		Telefono:					

DATOS DE IPS			
IPS Primaria:	MEDICED PRADO	Plan:	Contributivo
IPS solicita:	Urocaq Eu Ips	Entidad recobro:	No Aplica
		Régimen:	Contributivo
		Origen:	N/A

CUM/CUP	Cod Interno	Servicio	Cantidad	Bilateral	Causa Externa	Fch Aprobación	No. Autorización
573201	312982	573201.CISTOSCOPIA TRANSURETRAL	1	NO	Enfermedad general	29/12/2021 15:23:37	444315971

INSTITUCIÓN REMITIDA			
Nombre IPS:	Urocaq Eu Ips	Observaciones: - LAVADO VESICAL -	
NIT:	828002098	Teléfono:	4359141 Ext 101
Código Sede:	180010726401	Dirección:	CR 9 B 6 24 BRR, FLORENCIA, CAQUETA
		Municipio:	Florencia
		Departamento:	CAQUETA

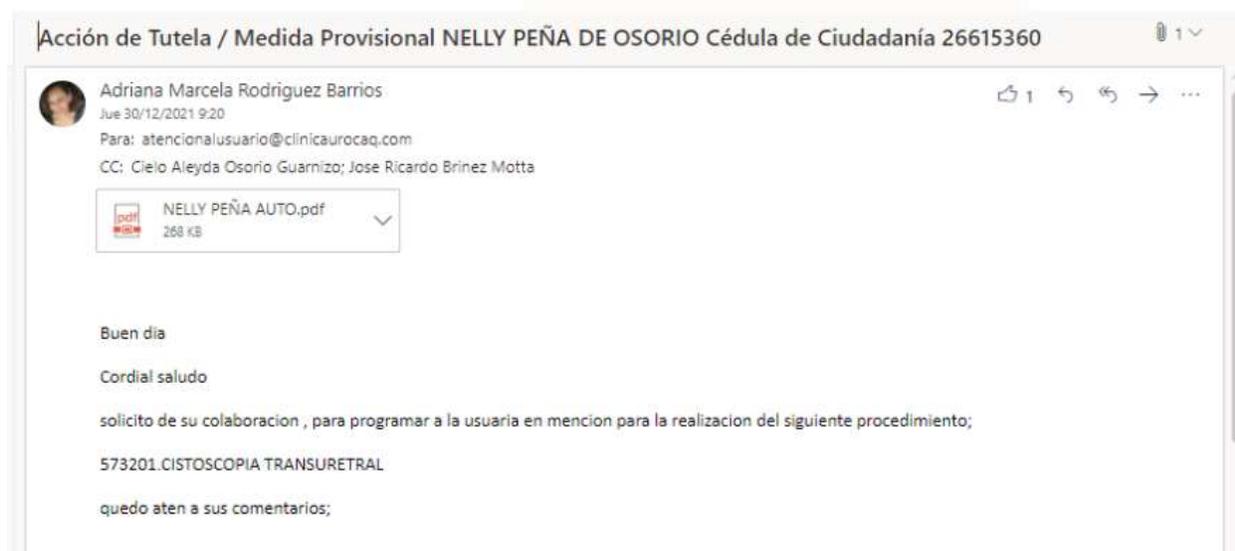
TIPO DE PAGO		
COPAGO:	11.5	VLR. MODERADORA: 0.0
		Capitación IPS:

IMPORTANTE: Autorización válida solamente dentro de los 90 días siguientes a la expedición. Recuerda actualizar tus datos en nuestra página web, app o en nuestras oficinas de atención al afiliado

⁵ Ver archivos "09RespuestaMedimas.pdf" del expediente digital.

⁶ Ver archivos "08CorreoRespuestaMedimas.pdf" del expediente digital.

Por lo que, le informó lo mismo a través de llamada a la accionante y mediante correo electrónico, solicitó a UROCAQ, la programación del mismo a la señora Peña de Osorio, así:



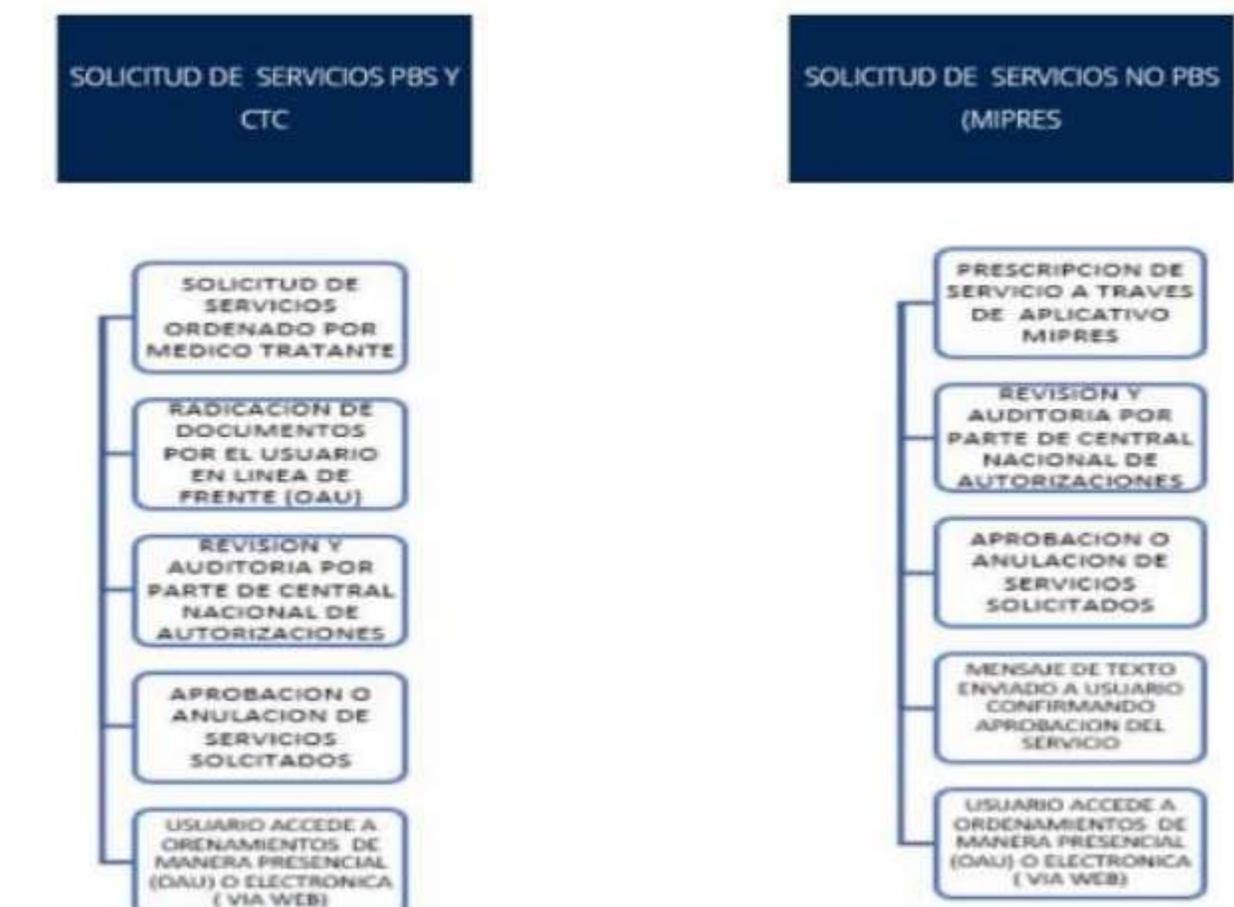
Aduce que, respecto al tratamiento integral, a la paciente se le está autorizando todo lo ordenado por el médico tratante, con lo que se garantiza la prestación de los servicios; indica que, debe tenerse en cuenta que los recursos del sistema de salud son finitos y deben utilizarse en servicios que mejoren el estado de salud de los usuarios adscritos al sistema general de seguridad social en salud.

Adicionalmente manifestó que, debe tenerse en cuenta las obligaciones de los afiliados con fundamento en el Artículo 10 de la Ley Estatutaria 1751, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud, y que establece: *“Artículo 10. Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud: (...) h) Suministrar de manera oportuna y suficiente la información que se requiera para efectos del servicio”*, lo que concuerda con lo estipulado en el CAPITULO III “DEBERES DE LOS AFILIADOS”, de la Carta de derechos y deberes del afiliado, en la que se relaciona entre otros *“•Suministrar de manera voluntaria, oportuna y suficiente la información que se requiera para efectos de recibir el servicio de salud, incluyendo los Documentos de Voluntad Anticipada.”*

Que, en ese orden de ideas, teniendo en cuenta el proceso administrativo estipulado para la autorización y posterior materialización de los servicios prescritos, y teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia 012 de 2011, que consideró la obligatoriedad de la exigencia de una orden médica actualizada al paciente, para establecer la evolución de su cuadro clínico y por ende, los ajustes que el médico tratante considere necesarios, tanto en la dosis como en la frecuencia de administración, es considerada razonable, pues busca garantizar su salud, y en consecuencia, no se estaría vulnerando el derecho al acceso a los servicios en forma oportuna y con calidad, salvo que dicho requerimiento, esté acompañado de la negativa

de la entidad accionada de programar las citas médicas requeridas; que, pese a lo anterior, al expediente no se allegó por parte de la interesada, prueba alguna a través de la cual fuera posible establecer el trámite adelantado ante la EPS.

Que, para expedir autorizaciones, debe realizarse el siguiente trámite en la EPS,



Como consecuencia de lo anterior, elevó las siguientes peticiones:

“Solicito a su Señoría, se sirva declarar IMPROCEDENTE la presente acción, por inexistencia de negación y/o violación del derecho fundamental de la salud de la accionante, por parte de MEDIMÁS EPS toda vez que ha dado cabal cumplimiento.

2. Solicito respetuosamente señor Juez que ordene el recobro ante LA ADRES para los procedimientos, insumos y demás servicios que NO estén contemplados dentro del Plan de Beneficios en Salud, enmarcado en la Resolución 244 de 2019.

3. NO ACCEDER a la pretensión de TRATAMIENTO INTEGRAL al no ser procedente.

4. VINCULAR e INSTAR a UROCAQ EU IPS para que proceda con la programación del examen.

5. Solicito señor juez se DESVINCULE a esta entidad que represento pues ha dado cabal cumplimiento a lo solicitado dentro de sus obligaciones, pues se presento CARENANCIA ACTUAL DEL OBJETO POR HECHO SUPERADO.

6. Solicito señor juez respetuosamente se expida copia autentica del fallo que este despacho profiera a nombre de MEDIMÁS EPS.

7. ARCHIVAR la presente acción constitucional.”

5. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Corresponde a este Despacho analizar y conocer de la acción de tutela de la referencia, en razón a que la entidad accionada – MEDIMÁS EPS – es una sociedad comercial privada del tipo por acciones simplificada, lo anterior con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y, el artículo 1º, numeral 1 del Decreto 333 del seis (6) de abril de 2021, por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.

5.2 De la acción de tutela

Sea lo primero señalar que la acción de tutela es un mecanismo cuya finalidad consiste en garantizar el disfrute de los derechos fundamentales en el evento en que estos hayan sido violados o amenacen ser violados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por los particulares. Además, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario al que se acude, en últimas, para remediar o evitar un perjuicio, no así una instancia respecto de los derechos reclamados.

Por otra parte, se debe manifestar que esta acción fue establecida para salvaguardar derechos de carácter fundamental correspondiéndole al Juez de tutela velar por la protección inmediata y eficaz de los derechos respectivos que puedan resultar vulnerados o amenazados en determinado momento, siendo conveniente recordar que proteger una situación mediante la acción de tutela genera, para el fallador, la responsabilidad de tener absolutamente claro que de por medio hay una violación lo suficientemente grave como para que se afecte el concepto de persona como entidad moral y de respeto, cuando advierte violación, quebrantamiento o amenaza a los derechos fundamentales del accionante.

5.3. Legitimación.

Así mismo, se observa que la acción de tutela es interpuesta por el Abogado LUIS ALEJANDRO MONTAÑA ORTEGA, en su calidad de miembro de la Defensoría del Pueblo, y actuando como agente oficioso de la señora NELLY PEÑA DE OSORIO, quien no puede acudir de manera directa, debido a su avanzada edad (73 años), por lo cual no existe ninguna duda frente a la *legitimación por activa*, pues se encuentra satisfecho el principio básico de autonomía que rige su interposición.

Frente a la *legitimación por pasiva*, se encuentra que la acción se interpone en contra de MEDIMÁS EPS, a cuyo trámite se vinculó a la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES- quienes presuntamente están desconociendo los derechos de la agenciada; por lo cual existe legitimación en la causa por pasiva, en los términos de los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

5.4 Problema Jurídico.

Así las cosas, corresponde a este Despacho determinar si en el caso planteado por el accionante, se configura una violación a los derechos fundamentales a la salud, la vida y la seguridad social de la señora NELLY PEÑA DE OSORIO, ante la presunta omisión de MEDIMÁS EPS de expedirle la autorización para el servicio de "CISTOSCOPIA TRANSURETRAL CON LAVADO VESICAL", situación con la que se vulneran sus derechos fundamentales.

5.5 Solución al Problema Jurídico.

5.5.1 Requisitos de Procedibilidad de la Acción de Tutela. Subsidiariedad e Inmediatez.

Frente al cumplimiento del requisito de *inmediatez*, cabe señalar que, una vez verificada la documentación allegada al plenario, se advierte el cumplimiento del mismo, toda vez que, a la señora NELLY PEÑA DE OSORIO, se le expidió solicitud de procedimiento para "CISTOSCOPIA TRANSURETRAL CON LAVADO VESICAL" el 23 de diciembre de 2021, acudiendo al mecanismo Constitucional, el 27 de diciembre siguiente.

En relación con el requisito de *subsidiariedad*, debe indicarse que, por su carácter residual o complementario, la acción de tutela únicamente procede en aquellos eventos en los cuales no existe otro mecanismo judicial de defensa o cuando, de existir, el medio alternativo es claramente insuficiente o ineficaz para brindar garantía a los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, o, igualmente, que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; en consecuencia, se encuentra acreditado el requisito de *subsidiariedad*, habida cuenta que, al considerar el Abogado LUIS ALEJANDRO MONTAÑA ORTEGA que, se vulneran los derechos fundamentales de la señora NELLY PEÑA DE OSORIO por parte de los accionados, acude a la acción constitucional.

5.5.2. El Derecho a la Salud

En relación con el Derecho a la salud, ha acotado la Corte Constitucional:

"4.4. Derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia

4.4.1. 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", al tiempo que, 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 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, esta Corporación se ha referido a sus facetas, una como derecho y otra como servicio público a cargo del Estado. 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."

5.5.3. El Derecho a la Seguridad Social

Por su parte, el derecho a la Seguridad Social ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho Constitucional fundamental.

De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución.

En ese sentido la Corte Constitucional en Sentencia T-164 del 2013, indicó:

"Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe discurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social. En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional –incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional –, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos

y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente. Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad”. Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos –políticos, civiles, sociales, económicos y culturales –es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).”

5.6. CASO CONCRETO

Se reclama a través de la presente acción, la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de la señora NELLY PEÑA DE OSORIO, ante la presunta omisión de la EPS MEDIMÁS, de no expedirle de manera oportuna la autorización para la práctica de la “CISTOSCOPIA TRANSURETRAL CON LAVADO VESICAL”

De lo obrante en el expediente, se encontró lo siguiente:

- i. Conforme a la historia clínica⁷ allegada, se avizó que la señora NELLY PEÑA DE OSORIO, el día 23 de diciembre de 2021, acudió a cita por la especialidad de Urología, por el diagnóstico de “N390 Infección de vías urinarias no especificado”, recomendándosele la toma de “urocultivo” y “cistoscopia con lavado vesical”, expidiéndosele orden⁸ para la toma de “CISTOSCOPIA TRANSURETRAL CON LAVADO VESICAL”.
- ii. La EPS MEDIMÁS, al descorrer el traslado, allegó pantallazo en el que se avizora que, expidió autorización No. 222646973⁹ en la que se relacionó la “CISTOSCOPIA TRANSURETRAL CON LAVADO VESICAL”, que fue reclamada por la parte actora y decretada por el Despacho como medida provisional.

⁷ Ver archivo “04Anexo01.pdf”, páginas 3-4 del expediente digital.

⁸ Ver archivo “04Anexo01.pdf”, página 2 del expediente digital.

⁹ Ver archivo “09RespuestaMedimas”, página 3 del expediente digital.

Inicialmente, debe indicarse que, el presente trámite tutelar se inició con ocasión al requerimiento elevado por el Abogado LUIS ALEJANDRO MONTAÑA ORTEGA, Profesional del Derecho adscrito a la Defensoría del Pueblo, quien actúa como agente oficioso de la señora NELLY PEÑA DE OSORIO, al considerar que se le vulneran los derechos fundamentales a la vida digna, salud y seguridad social ante la presunta omisión en la expedición de las autorizaciones para la práctica de "UROCULTIVO" y una "CISTOSCOPIA CON LAVADO VESICAL", siendo costeadado el primero de estos por la agenciada y encontrándose el segundo, pendiente de autorización; como se indicó en líneas precedentes, durante el trámite de la acción, MEDIMÁS procedió a expedir a favor de la señora PEÑA DE OSORIO, la orden correspondiente del servicio médico que se encontraba pendiente, por lo que desapareció el hecho que dio origen a esa pretensión.

Ahora, frente a las demás pretensiones, en las que se solicitó a esta Judicatura, se ordenara a MEDIMÁS: (i) *"se abstenga de imponer barreras de tipo administrativo que impidan la eficiente, continua e integral prestación del servicio médico, garantizando de esta manera los derechos fundamentales de la señora NELLY PEÑA DE OSORIO"*; (ii) que, *"preste de ahora en adelante todos los servicios médicos especializados, terapias de rehabilitación, suministros de medicamentos, instrumentos, ayudas técnicas, exámenes diagnósticos, viáticos, entre otros, garantizando una PRESTACIÓN INTEGRAL DEL SERVICIO MÉDICO"*.

En relación a lo anterior, ha de señalarse que, una vez verificada la información suministrada por MEDIMÁS, a través de archivo excel¹⁰, fue posible establecer que, la mencionada entidad ha ordenado a favor de la señora NELLY, diferentes tipos de servicios médicos, avizorándose que, solamente en el año 2021, se le autorizaron un total de 19 servicios, lo que, permite inferir al Despacho que, a la agenciada se le ha estado prestando la atención en salud de manera ininterrumpida; adicional a ello, cabe resaltar que, en el escrito de tutela se indicó que, la EPS omitió expedir de manera inmediata la autorización requerida para la práctica de la "CISTOSCOPIA CON LAVADO VESICAL", sin embargo, revisada la historia clínica allegada, se encontró que, a la actora se le ordenó dicho procedimiento el día 23 de diciembre de 2021 y la acción de tutela se presentó el 27 de diciembre siguiente, sin encontrarse prueba siquiera sumaria, a través de la cual fuera posible establecer que, previo a la presentación de la acción Constitucional, la encartada le negó la expedición de la autorización, por lo que se descarta un presunto actuar negligente por parte de la EPS.

Frente a la solicitud de emitir una orden de prestación integral del servicio médico, cabe indicar que, es posible acceder a dicha pretensión cuando *"existan justificaciones concretas emitidas por los médicos tratantes más no cuando el paciente lo demanda"*¹¹, es así que según los lineamientos jurisprudenciales el tratamiento integral, se ordena cuando *"(i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus*

¹⁰ Ver archivo "12Anexo03" del expediente digital.

¹¹ Ver Sentencias T-790 de 2012, T-501 de 2013 y T-266 de 2014

funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente. Igualmente, se reconoce cuando (ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas (iii) personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”¹²; conforme a lo traído a colación, cabe reiterar que, como ya se indicó, por parte del Despacho fue posible establecer que, la EPS ha emitido diferentes ordenes de servicios a favor de la señora PEÑA DE OSORIO, adicional a ello, no se encontró dentro del expediente más servicios que se encuentren pendientes de ser autorizados, razón por la cual, pese a que, actualmente la agenciada cuenta con 73 años, del material probatorio allegado, no se demostró que, exista un actuar negligente y que consecuentemente se ponga en riesgo su salud y vida, por lo que no hay lugar a conceder la mencionada pretensión.

Es menester resaltar que, de cara a la acreditación de dichos supuestos, no basta la simple exposición de hipótesis ni la afirmación del acaecimiento de los mismos, sino que por el contrario se torna menester su comprobación y verificación dentro del trámite.

En relación con la carga de la prueba en materia de Acciones de Tutela ha señalado la Corte Constitucional¹³:

(...) un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario.” Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.

*Por otra parte, la Corte 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**” que rige en esta materia, 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.”*

Por todo lo anterior, y teniendo en cuenta que, durante el trámite de la acción MEDIMÁS EPS, expidió la autorización correspondiente para la práctica del procedimiento ordenado a la señora NELLY PEÑA DE OSORIO, desaparece el objeto que dio origen a la misma, configurándose de esta manera una carencia actual de objeto por hecho superado.

Ahora bien, frente al tema del hecho superado, en Sentencia T 218 de 2017, la Corte señaló:

¹² Ver Sentencias T-790 de 2012, T-501 de 2013 y T-266 de 2014

¹³ Sentencia T 571 de 2015. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

"E. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA OCURRENCIA DE HECHO SUPERADO POR CARENCIA ACTUAL DE OBJETO

119. Según lo establece el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela tiene la finalidad de servir como instrumento de "protección inmediata de [los] derechos constitucionales fundamentales". Es posible que en el trámite de la acción de tutela surjan circunstancias que permitan inferir que, en el caso concreto, la tutela no podría servir de instrumento de protección inmediata de derechos fundamentales, bien sea porque el daño o vulneración se ha consumado (hipótesis conocida como "daño consumado") **o bien porque la vulneración o amenaza alegada en la acción de tutela ha cesado (hipótesis que ha sido denominada "hecho superado")**. En ambas circunstancias ocurriría lo que la jurisprudencia ha denominado "carencia actual de objeto". **En esa situación se extingue el objeto jurídico sobre el cual giraba la acción de tutela y cualquier decisión que se pudiera dar al respecto resultaría inocua.** (Negrilla y subrayado fuera e texto)

120. El artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 reglamenta la figura del hecho superado, así:

"Si, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes".

121. En distintos pronunciamientos, la Corte Constitucional ha explicado que la carencia actual de objeto por hecho superado tiene lugar cuando desaparece la afectación al derecho fundamental invocado. Así, en una de las primeras sentencias de esta Corte, la T-570 de 1992, se señaló que cuando la perturbación que dio origen a la acción desaparece o es superada el peticionario carece de interés jurídico ya que dejan de existir el sentido y objeto del amparo, razón por la cual habrá de declararse la carencia actual de objeto por hecho superado."

En relación con el hecho superado la Corte Constitucional señaló que hace presencia cuando antes de emitir la orden, advienen hechos que acreditan que ha cesado el desconocimiento de derechos fundamentales, por lo que dispensar el amparo deprecado resultaría inane.

De manera que siendo la finalidad de la acción de tutela la protección de derechos fundamentales, al no verificarse su vulneración o amenaza, en este caso por haber cesado, ha de negarse el amparo solicitado.

Por lo expuesto, el JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE FLORENCIA, CAQUETÁ, administrando Justicia en Nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. – DENEGAR la solicitud de amparo elevada por el agente oficioso de la señora **NELLY PEÑA DE OSORIO**, en contra de **MEDIMÁS EPS**, en razón a que se configura la carencia actual de objeto por hecho superado.

SEGUNDO. - De no ser impugnado el presente fallo, **REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión. (Decreto 2591 de 1991, art. 31).

TERCERO. - Notifíquese esta sentencia por el medio más expedito a las partes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JUAN CARLOS CHURTA BARCO

Juez

Firmado Por:

Juan Carlos Churta Barco

Juez

Juzgado Municipal

Penal 003 Control De Garantías

Florencia - Caqueta

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:

8a4c83c6cdc4c7863d99a2087742c293f2961236726aa8b2c9da5ce69f45353c

Documento generado en 10/01/2022 09:21:03 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>