

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Proceso : Acción de tutela
 Radicación : 18-001-40-04-003-2022-00087-00
 Accionante : **JOSE DUVAN GIRALDO NASCAN agente
 oficioso de EDILBERTO GIRALDO LOPEZ**
 Accionado : **ASMET SALUD EPS Y OTRO**
 Sentencia : **086**

Florencia, Caquetá, veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

1.- ASUNTO

Resolver la acción de tutela interpuesta por el señor **JOSE DUVAN GIRALDO NASCAN en calidad de agente oficioso de su padre, el señor EDILBERTO GIRALDO LÓPEZ** en contra de **ASMET SALUD EPS y SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ**, 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 y a la vida digna.

2.- ANTECEDENTES

Funda el señor JOSE DUVAN GIRALDO NASCAN la solicitud de amparo, en favor del señor EDILBERTO GIRALDO LÓPEZ, en los siguientes hechos:

Aduce que, su padre tiene 63 años e ingresó por urgencias el día 01 de junio de 2022 debido a una HEMORRAGIA INTRACEREBRAL, SUBCORTICAL, además de los diagnósticos de: "E699 OBESIDAD NO ESPECIFICADA, HIPERTENSION ESCENCIAL (PRIMARIA)", "I679 ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR NO ESPECIFICADA", "J189 NEUMONIA NO ESPECIFICADA", "Z930 TRAQUEOSTOMIA" y "Z 931 GASTROSTOMIA".

Refiere que, mediante plan de manejo de fecha 30 de junio de 2022, se ordenó "PAÑALES TALLA L PARA CAMBIO CADA 8 HORAS POR 30 DIAS CANTIDAD 90", orden que fue debidamente autorizada ese mismo día, bajo número de autorización 202220630187033566254 con el contratista OFFIMEDICAS FLORENCIA.

Manifiesta que, en diferentes ocasiones se ha acercado a OFFIMEDICAS FLORENCIA, para reclamar los pañales, sin embargo, le dicen que se encuentran agotados; que lo anterior, es necesario que le sean otorgados

de carácter URGENTE, debido a que son personas de escasos recursos y no tienen como solventar este gasto.

2.1. MEDIDA PROVISIONAL

Fundamentó el accionante la solicitud de medida provisional en los siguientes términos: "A efectos de evitar un perjuicio irremediable para mí padre EDILBERTO GIRALDO LOPEZ identificado con cedula de ciudadanía 17.667.630, solicito que se ordene a ASMET SALUD EPS, sirvan otorgar de manera URGENTE PAÑALES TALLA L PARA CAMBIO CADA 8 HORAS POR 30 DIAS CANTIDAD 90 debido a que mi padre se encuentra hospitalizado desde el 01 de junio de 2022 con diagnóstico de I610 HEMORRAGIA INTRACEREBRAL EN EL HEMISFERIO, SUBCORTICAL, E699 OBESIDAD NO ESPECIFICADA, HIPERTENSION ESCENCIAL (PRIMARIA), I679 ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR NO ESPECIFICADA, J189 NEUMONIA NO ESPECIFICADA, Z930 TRAQUEOSTOMIA, Z 931 GASTROSTOMIA."

Dicha petición fue resuelta en el Auto Admisorio de la acción en el que se ordenó: "SEGUNDO: CONCEDER la Medida Provisional solicitada por el señor JOSE DUVAN GIRALDO NASCA quien actúa en representación de su padre EDILBERTO GIRALDO LOPEZ.

TERCERO: EN CONSECUENCIA, ORDENAR a ASMET SALUD EPS, que de manera INMEDIATA al recibo de la correspondiente comunicación suministre los PAÑALES TALLA L PARA CAMBIO CADA 8 HORAS POR 30 DIAS CANTIDAD 90 al señor EDILBERTO GIRALDO LOPEZ."

2.2. PETICIÓN

Adicional a lo anteriormente señalado, solicitó el accionante se tutelén los derechos fundamentales de su padre y consecuentemente se ordene a ASMET SALUD EPS, que:

"PRIMERO: Con base y fundamento en los hechos relacionados, solicito respetuosamente al señor Juez, se me conceda y tutele los derechos fundamentales y constitucionales a la salud, vida digna y ordene a ASMET SALUD EPS sirvan otorgar los servicios integrales del todo el tratamiento hasta la culminación del mismo, se otorgue de manera URGENTE otorgue el servicio de código A200029181 cantidad 90 Pañal Adulto Talla L, debido a que mi padre lleva más de 1 mes hospitalizado, postrado en cama.

SEGUNDO: Se ordene a ASMET SALUD se sirvan otorgar los servicios integrales del todo el tratamiento como pasajes vía terrestre, viáticos, y los servicios accesorios de alojamiento y alimentación para mi padre y un acompañante para las citas médicas que se deriven en un futuro de la patología principal cualquiera que sea la ciudad de destino, siempre que sea necesario por los diagnósticos de I610 HEMORRAGIA INTRACEREBRAL EN EL HEMISFERIO, SUBCORTICAL, E699 OBESIDAD NO ESPECIFICADA, HIPERTENSION ESCENCIAL (PRIMARIA), I679 ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR NO ESPECIFICADA, J189 NEUMONIA NO ESPECIFICADA, Z930 TRAQUEOSTOMIA, Z 931 GASTROSTOMIA, así como medicamentos, y todos los implementos necesarios que sea ordenados por el médico tratante sin que se genere dilaciones en el proceso.

CUARTO: Prevenir al DIRECTOR de la ASMET SALUD EPS y/o quien corresponda de que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones que dieron mérito a iniciar esta tutela y que si lo hacen serán sancionadas conforme lo dispone el art. 52 del Dcto 2591/91 (arresto, multa, sanciones penales)."

3. - ACTUACIÓN PROCESAL

El 15 de julio de 2022, correspondió por reparto a este despacho, la acción de tutela de la referencia¹, la cual se admitió mediante auto de la misma fecha², a través del cual se dispuso oficiar a las entidades accionadas, para que, en el término legal de un día, 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- y la Secretaría de Salud Departamental del Caquetá.

Asimismo, mediante Auto del 29 de julio de 2022³, se ordenó la vinculación al trámite de la acción de la empresa OFFIMEDICAS S.A.

4.- RESPUESTA DE LAS PARTES ACCIONADAS

4.1. ASMET SALUD EPS, mediante escrito⁴ allegado el 19 de julio de 2022⁵, suscrita por el Doctor CARLOS MARIO VÁQUIRO MENESES, a quien se le confirió poder por parte del señor GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS, en su condición de representante Legal y Presidente de la empresa ASMET SALUD EPS SAS, indicó que, en relación a la solicitud de medida provisional, adujo que, el insumo de pañales se encuentra autorizado, razón por la que, el usuario se debe acercar a las instalaciones de OFFIMEDICAS FLORENCIA para que los mismos le sean entregados.

En cuanto a los servicios de transporte, adujo que, el mismo no se le ha negado, teniendo en cuenta que el agenciado se encuentra afiliado en el municipio de El Doncello, Caquetá el cual tiene asignado un valor adicional a la UPC que cubre el servicio de transporte para usuario.

Frente a los servicios solicitados para el acompañante, manifestó que, la EAPB no le corresponde suministrar los gastos de transporte, alojamiento y alimentación, dado que no tiene UPC adicional asignada mediante Resolución 2273, 2292 y 2381 de 2021, por lo que dichos servicios se encuentran excluido del plan de beneficios en salud.

Respecto a la solicitud relacionada con el suministro de tratamiento integral para el usuario EDILBERTO GIRALDO LÓPEZ, indicó que, el mismo ha venido recibiendo todos los servicios de salud, sin ningún tipo de restricción, conforme lo han ordenado los médicos tratantes, por lo tanto y al no existir servicios de salud pendientes de tramitar, esta pretensión debe ser desestimada por parte del despacho.

Manifestó que, el señor EDILBERTO GIRALDO LÓPEZ, instauró acción de Tutela para el reconocimiento del transporte ida y regreso, alimentación y hospedaje para ella como usuaria y un acompañante, para cuando

¹ Ver archivo "01ActaReparto" del expediente digital.

² Ver archivo "03AutoAdmisorio" del expediente digital.

³ Ver archivo "19AutoVinculaParte" del expediente digital.

⁴ Ver archivos "06RespuestaAsmetSalud" del expediente digital.

⁵ Ver archivos "05CorreoRespuestaAsmetSalud" del expediente digital.

requiera recibir servicios de salud fuera de su residencia; que, al analizar el caso sub judice, se encuentra que el servicio de CONSULTA CON ESPECIALIDADES, hace parte del Plan Obligatorio de Salud, sin embargo, al revisar la Resolución 2381 de 2021, se observa que el Ministerio de Salud y Protección Social no reconoció prima adicional para el municipio de Florencia, es decir, no dio un valor adicional, con el que la Entidad Promotora de Salud deba sufragar los gastos de transporte en que incurra la accionante para recibir el servicio de salud requerido.

Que, así las cosas, al no configurarse el primer evento, debe revisarse si este asunto se encuadra en la situación descrita en el parágrafo del artículo 108 de la Resolución N° 2292 de 2021, es decir, se debe verificar si el servicio requerido por el paciente, hace parte de la puerta de entrada al Sistema de Seguridad Social en Salud, esto es, Consulta General y Odontología no especializada, para así determinar, a quien le corresponde asumir los gastos de transporte; por lo que se tiene que, el señor EDILBERTO GIRALDO LÓPEZ, requiere gastos de transporte para desplazarse desde el municipio de Florencia hasta la ciudad donde lo requieran, en donde asistirá al servicio de CONSULTA CON ESPECIALIDADES, el cual pese a que se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud, no puede catalogarse como un servicio de puerta de entrada al Sistema de Seguridad Social, por lo que, esa EPS no está obligada a sufragar los gastos de transporte.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó: (i) ser desvinculado del trámite de la acción; (ii) vincular a la ADRES y ordenar que asuma el costo de todos los servicios excluidos del plan de beneficios o conceder el derecho al recobro a la EPS y; (iii) se decrete la improcedencia de la acción toda vez que se configura una carencia actual de objeto por no existir trasgresión a los derechos fundamentales de la actora.

4.2. LA SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL, mediante escrito⁶ allegado el 19 de julio de 2022⁷, suscrito por su titular, indicó que, el Departamento de Caquetá- Secretaría de Salud Departamental, no es responsable de la presunta vulneración de los derechos fundamentales del actor.

Refiere que, la legitimación por pasiva de la acción de tutela se rompe cuando el demandado no es el responsable de realizar la conducta cuya omisión genera la violación, o cuando no es su conducta la que inflige el daño competente para pronunciarse, evidenciándose claramente la configuración del fenómeno de la falta de legitimación pasiva de la tutela, al no estar legitimada para contestar; no se puede responsabilizar de los actos, hechos, omisiones de otras entidades, para el presente asunto es de referenciar que la Secretaria de Salud Departamental, no es la EPS donde se encuentra afiliado el señor EDILBERTO GIRALDO LÓPEZ.

Frente a lo relacionado con la cobertura y acceso a las prestaciones que garantizan el derecho a la salud, indica que, la Resolución No. 0002292 de

⁶ Ver archivos “14RespuestaSecretariaSalud” del expediente digital.

⁷ Ver archivos “13CorreoRespuestaSecretariaSalud” del expediente digital.

2021 proferida por el Ministerio de Salud y la Protección Social actualiza LOS SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS en Salud FINANCIADOS con RECURSOS de la UNIDAD DE PAGO POR CAPITACION (UPC), recursos que se reciben para tal fin, como mecanismo de protección colectiva, y establece las coberturas de los servicios y tecnologías en salud en todas las fases de la atención, para todas las enfermedades y condiciones clínicas; que deberán ser garantizados por las Entidades Promotoras de Salud EPS a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS en el territorio nacional en las condiciones de calidad establecidas por la normatividad vigente; sin que trámites de carácter administrativo se conviertan en barreras para el acceso efectivo al derecho a la salud.

Manifiesta que, los servicios y tecnologías de salud no financiados con recursos de la UPC, es decir los que no se encuentran dentro del plan de beneficios, son asumidos financieramente por la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES), quien transfiere directamente dichos recursos a las EPS.

Referente a las pretensiones del accionante, indica que, las mismas son competencia de ASMET SALUD EPS, teniendo en cuenta que está a su cargo la prestación de los servicios, medicamentos, procedimientos e insumos estén o no incluidos en el Plan de beneficios, garantizando la disponibilidad de recursos administrativos, financieros y operativos para garantizar la prestación del servicio, garantizando los traslados que necesitare cuando el servicio sea prestado fuera del lugar de residencia.

En consecuencia, solicitó: (i) ser desvinculado del trámite de la acción; (ii) ordenar a Asmet Salud el suministro de los pañales desechables requeridos por el accionante y (iii) Negar el recobro a la EPS.

4.3. La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, mediante escrito⁸ allegado el 28 de julio de 2022⁹, suscrito por el Abogado de la Oficina Jurídica, señaló 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).

⁸ Ver archivos "14RespuestaADRES" del expediente digital.

⁹ Ver archivos "13CorreoRespuestaADRES" del expediente digital.

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 integral y oportuna del servicio de salud 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, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

Afirmó que, respecto de la pretensión relacionada con el “reembolso” del valor de los gastos que realice la EPS, lo mismo no es procedente, toda vez que, si bien la ADRES es la encargada de garantizar el adecuado flujo de los recursos de salud, específicamente de la financiación de los servicios no financiados por la UPC, el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019, se debe interpretar con el artículo 240 de la misma ley, el cual estableció el mecanismo de financiación denominado “PRESUPUESTO MÁXIMO”, cuya finalidad es que los recursos de salud se giren ex ante a la prestación de los servicios, para que las EPS presten los servicios de salud de manera integral.

Que, a partir de la promulgación del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, reglamentado a través de la Resolución 205 de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) 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 cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos; que, conforme a lo anterior, esa entidad ya giró a las EPS, incluida la accionada, un presupuesto máximo con la finalidad de que la EPS suministre los servicios “no incluidos” en los recursos de la UPC y así, suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos para asegurar la disponibilidad de éstos cuyo propósito es garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

Conforme a lo anterior, solicitó ser desvinculado del trámite de la acción y que se niegue el recobro a favor de la EPS.

4.3. OFFIMEDICAS S.A., mediante respuesta¹⁰ allegada el día 29 de julio de 2022¹¹, suscrita por su Gerente y Representante Legal, informó que, es una entidad encargada del suministro, distribución y comercialización de medicamentos e insumos para la salud, limitando su distribución y entrega a las fórmulas médicas previamente autorizadas por las EPS y radicadas en

¹⁰ Ver archivos “22RespuestaOFFIMEDICA” del expediente digital.

¹¹ Ver archivos “21CorreoRespuestaOFFIMEDICA” del expediente digital.

farmacia, igualmente, a la disponibilidad de los medicamentos e insumos por parte de los laboratorios productores o proveedores.

Refirió que, en el presente caso, relacionado con el suministro médico (pañales desechables), se encontró que, la producción de la industria farmacéutica no es suficiente para la demanda de dicho producto, lo que ha causado escasez a nivel nacional, generando demora en la comercialización y efectiva entrega, sin embargo, adujo que se procedió a solicitar dicho suministro desde la ciudad de Bucaramanga, donde se tiene una mayor oferta.

Que, en vista de lo anterior, estableció comunicación con el señor JOSE DUVAN GIRALDO NASCAN, hijo del accionante, a quien en la presente fecha (29/07/2022), se le realizó la entrega del suministro médico. En consecuencia, solicitó ser desvinculado del trámite de la acción.

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 – ASMET SALUD EPS – es una entidad del orden Departamental, 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.

Se observa que la acción de tutela es interpuesta por el señor JOSE DUVAN GIRALDO NASCAN en calidad de agente oficioso de su padre, el señor EDILBERTO GIRALDO LÓPEZ, persona que, debido a su condición de salud, no puede acudir directamente a reclamar la protección de sus derechos, 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 ASMET SALUD EPS, a cuyo trámite se vinculó a la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, a la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ y a OFFIMEDICA S.A., quienes presuntamente están desconociendo los derechos del accionante; 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 seguridad social y la dignidad humana, ante la presunta omisión de ASMET SALUD EPS de garantizarle la entrega de los pañales desechables que le fueron ordenados.

5.5 Solución al Problema Jurídico.

5.5.1 Requisitos de Procedibilidad de la Acción de Tutela. Subsidiaridad 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, al señor EDILBERTO GIRALDO LÓPEZ, el día 30 de junio de 2022, se le autorizó el suministro de 90 unidades de pañales desechables, sin que, a la fecha de presentación de la acción, se le hubiere realizado la entrega de los mismos.

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 señor JOSE DUVAN GIRALDO NASCAN que se vulneran los derechos fundamentales de su padre, el señor EDILBERTO GIRALDO LÓPEZ, 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 ocurrir. 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 impliquen 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 del señor EDILBERTO GIRALDO LÓPEZ, ante la presunta omisión de la EPS ASMET SALUD, de no realizarle la entrega de los pañales desechables que le fueron ordenados por su médico tratante

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

- i. Teniendo en cuenta la afirmación de la parte actora y la documentación suministrada por la EPS ASMET SALUD, se encuentra probado que, el señor EDILBERTO GIRALDO LÓPEZ, está afiliado a la EPS ASMET SALUD en el régimen subsidiado.
- ii. Conforme a la historia clínica¹² allegada, se avizoró que, conforme a plan de manejo de fecha 30 de junio de 2022, se

¹² Ver archivo “03EscritoTutela”, páginas 16-21 del expediente digital.

dispuso para el señor Giraldo López, el uso de pañales desechables talla L, para cambio cada 8 horas por 30 días, así:

PLAN DE MANEJO

2022-06-30 12:19:23
Nro. Prescripción
20220630187033566254

DATOS DEL PRESTADOR					
Departamento: CAQUETA		Municipio: FLORENCIA		Código Habilitación: 180010726401	
Documento de Identificación: 828002098		Nombre Prestador de Servicios de Salud: URCCAQ E.U. IPS			
Dirección: CARRERA 9 B NO 6-24		Teléfono: 4340944			
DATOS DEL PACIENTE					
Documento de Identificación: CC17667630	Primer Apellido: GIRALDO	Segundo Apellido: LOPEZ	Primer Nombre: EDILBERTO	Segundo Nombre:	
Número Historia Clínica: 17667630	Diagnóstico Principal: I610 HEMORRAGIA INTRACEREBRAL EN HEMISFERIO SUBCORTICAL		Usuario Régimen: SUBSIDIADO	Ambito atención: AMBULATORIO - NO PRIORIZADO	
SERVICIOS COMPLEMENTARIOS					
Tipo prestación	Servicio Complementario	Indicaciones o Recomendaciones	Cantidad	Frecuencia Uso	Duración Tratamiento (Cantidad - Periodo)
ÚNICA	PAÑALES	PAÑALES DESCHABLES TALLA L PARA CAMBIO CADA 8 HORAS POR 30 DIAS	1	8 HORA(S)	30 DIA(S)
Cantidad Total 90					
PROFESIONAL TRATANTE					
Documento de Identificación: CC1066573690			Nombre: KAREN MIGROS PEREZ MOLINARES		
Registro Profesional: 1361			Firma		
Especialidad:			CodVer: 4D39-AD72-4C07-DM4F-397F-A84A-47A6-A345		

iii. En vista de lo anterior, en la misma fecha (30 de junio), la EPS ASMET SALUD, procedió a expedir la siguiente orden de salud:



Asmet Salud ESS EPSS "Asociación Mutua la Esperanza"
NIT: 817000248-3
Dirección: Popayán, Cra 4 No. 18N-46 Sector la Estancia
Página Web: <http://www.asmet-salud.org.co>
Autorización de servicios No 211091292

Página 1 de 1

Número de Autorización

211091292

Fecha de entrega:

30/06/2022 02:42:14 PM

ENTIDAD RESPONSABLE DEL PAGO:

ASMET SALUD ESS-062

CODIGO: ESS062

INFORMACION DEL PRESTADOR

(Autorizado)

NOMBRE:

OFFIMEDICAS FLORENCIA

NIT

900098550

DIRECCION

CARRERA 113-90

CODIGO

900098550518

DEPARTAMENTO

CAQUETA

MUNICIPIO:

FLORENCIA

TELEFONO

3014452106

PRIMER APELLIDO

GIRALDO

SEGUNDO APELLIDO

LOPEZ

PRIMER NOMBRE

EDILBERTO

SEGUNDO NOMBRE

TIPO DOCUMENTO

CC

NUMERO

17667630

FECHA NACIMIENTO

15/08/1958

EDAD

63 A

SEXO

MASCULINO

No CARNE

18187374

TIPO USUARIO

SUBSIDIADO

NIVEL SISBEN

NIVEL 1

DIRECCION

VEREDA SAN PEDRO

TELEFONO

3136766971

DEPARTAMENTO

CAQUETA

MUNICIPIO

EL DONCELLO

CORREO ELECTRONICO

SERVICIOS AUTORIZADOS

MOTIVO AUTORIZACION

MIPRES

SERVICIO

AMBULATORIA

CODIGO

A200029181

CANTIDAD

90

DESCRIPCION

PAÑAL ADULTO TALLA L - -

iv. Conforme a lo manifestado por el señor JOSE DUVAN GIRALDO NASCAN, en diferentes ocasiones se ha acercado a la farmacia OFFIMEDICAS FLORENCIA, sin que se le haya realizado la entrega de los pañales, bajo el argumento de que los mismos se encuentran agotados.

v. Durante el trámite tutelar, ASMET SALUD EPS, informó que la entrega de los pañales desechables correspondía a OFFIMEDICAS FLORENCIA, por lo que el actor debía acercarse a reclamar los mismos.

vi. La empresa OFFIMEDICA S.A., al descorrer del traslado, informó que, en la presente fecha procedió a realizar la entrega de los pañales desechables al señor JOSE DUVAN GIRALDO NASCAN

11

hijo del señor EDILBERTO GIRALDO LÓPEZ, razón por la que, para probar su dicho, aportó constancia de recibido, así:

[illegible]

Inicialmente, debe indicarse que, el presente trámite tutelar se inició con ocasión a la falta de entrega de los pañales desechables que le fueron ordenados al señor EDILBERTO GIRALDO LÓPEZ y que fueron autorizados desde el pasado 30 de junio hogaño; en vista de lo anterior, como se indicó en líneas precedentes, durante el trámite de la acción la empresa OFFIMEDICA S.A., informó que procedió a realizar la entrega de los pañales desechables que se encontraban pendientes, allegando el correspondiente comprobante de recibido, situación ante la cual, ha de señalarse que, frente a la mencionada pretensión, ha desaparecido el hecho que dio origen a la vulneración.

Ahora, frente a la pretensión en la que se solicitó a esta Judicatura: “PRIMERO: Con base y fundamento en los hechos relacionados, solicito respetuosamente al señor Juez, se me conceda y tutele los derechos fundamentales y constitucionales a la salud, vida digna y ordene a ASMET SALUD EPS sirvan otorgar los servicios integrales del todo el tratamiento hasta la culminación del mismo, se otorgue de manera URGENTE otorgue el servicio de código A200029181 cantidad 90 Pañal Adulto Talla L, debido a que mi padre lleva más de 1 mes hospitalizado, postrado en cama. SEGUNDO: Se ordene a ASMET SALUD se sirvan otorgar los servicios integrales del todo el tratamiento como pasajes vía terrestre, viáticos, y los servicios

accesorios de alojamiento y alimentación para mi padre y un acompañante para las citas médicas que se deriven en un futuro de la patología principal cualquiera que sea la ciudad de destino, siempre que sea necesario por los diagnósticos de I610 HEMORRAGIA INTRACEREBRAL EN EL HEMISFERIO, SUBCORTICAL, E699 OBESIDAD NO ESPECIFICADA, HIPERTENSION ESCENCIAL (PRIMARIA), I679 ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR NO ESPECIFICADA, J189 NEUMONIA NO ESPECIFICADA, Z930 TRAQUEOSTOMIA, Z 931 GASTROSTOMIA, así como medicamentos, y todos los implementos necesarios que sea ordenados por el médico tratante sin que se genere dilaciones en el proceso.”.

En relación a lo anterior, ha de señalarse que, una vez verificada la documentación allegada al plenario, no se encontró prueba alguna a través de la cual fuera posible establecer que, ASMET SALUD EPS se esta sustrayendo de la obligación de prestar los servicios médicos que requiere el señor EDILBERTO GIRALDO LÓPEZ, toda vez que no se allegó 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 o que tiene más servicios pendientes de ser prestados, 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”*¹³, 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 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”*¹⁴; conforme a lo traído a colación, cabe reiterar que, como ya se indicó, por parte del Despacho no fue posible establecer que, la EPS ha omitido prestar de manera oportuna los servicios médicos que se le han ordenado a al señor EDILBERTO GIRALDO LÓPEZ, por lo que, al no demostrarse que exista un actuar negligente y que consecuentemente se ponga en riesgo su salud y vida, 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.

¹³ Ver Sentencias T-790 de 2012, T-501 de 2013 y T-266 de 2014

¹⁴ Ver Sentencias T-790 de 2012, T-501 de 2013 y T-266 de 2014

En relación con la carga de la prueba en materia de Acciones de Tutela ha señalado la Corte Constitucional¹⁵:

(...) 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 la empresa OFFIMEDICA S.A., realizó la entrega de los pañales desechable autorizados al agenciado, 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:

“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:

¹⁵ Sentencia T 571 de 2015. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

“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. – NEGAR la solicitud de amparo elevada por el señor **JOSE DUVAN GIRALDO NASCAN en calidad de agente oficioso de su padre, el señor EDILBERTO GIRALDO LÓPEZ**, en contra de **ASMET SALUD EPS**, en razón a que se configura la carencia actual de objeto por hecho superado.

SEGUNDO. - NOTIFIQUESE este proveído a las partes, por el medio más eficaz y expedito, de conformidad al artículo 16º del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. - Contra esta sentencia procede la impugnación dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

CUARTO. - 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).

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: **1fd1700bbe4c36a88dcde779033ed52daafe51a85023f165213734510dacb825**

Documento generado en 01/08/2022 09:28:16 AM

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