

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Proceso	: Acción de tutela
Radicación	: 18-001-40-04-003-2022-00118-00
Accionante	: JULLY ANDREA FONTECHA FORERO en representación del menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO
Accionado	: ASMET SALUD EPS
Sentencia	: 112

Florencia, Caquetá, Catorce (14) de Septiembre de dos mil veintidós (2022)

1.- ASUNTO

Resolver la acción de tutela interpuesta por la señora **JULLY ANDREA FONTECHA FORERO** actuando en representación del menor **JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO** en contra de **ASMET SALUD 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, la seguridad social, la vida y dignidad humana.

2.- ANTECEDENTES

Funda la señora JULLY ANDREA FONTECHA FORERO la solicitud de amparo, en favor del menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO, en los siguientes hechos:

Aduce que, el menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO, ha tenido problemas en su desarrollo cognitivo y físico, por lo que se le han emitido los siguientes diagnósticos "E46X DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA, NO ESPECIFICADA", "F809 TRANSTORNO DEL DESARROLLO DEL HABLA Y DEL

LENGUAJE, NO ESPECIFICADO", "H919 HIPOACUSIA, NO ESPECIFICADA", "P371 TOXOPLASMOSIS CONGÉNITA" y "R620 RETARDO EN DESARROLLO".

Que, en consulta a la que asistió el día 30 de agosto del 2022, el galeno tratante le ordenó al menor "CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN GENÉTICA MÉDICA", la cual le fue concedida por parte de la EPS, mediante autorización de servicios No. 211631486, siendo remitido a la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO el cual se encuentra ubicado en la ciudad de Neiva, Huila, programándosele cita para el 14 de septiembre del año en curso.

Que, en vista de lo anterior, se acercó a la EPS ASMET SALUD, a solicitar el suministro de viáticos para desplazarse a la ciudad de Neiva, sin embargo, los mismos le fueron negados; que, en vista de lo anterior, se vulneran los derechos fundamentales de su menor hijo, toda vez que carecen de los recursos económicos necesarios para cubrir los gastos de traslado a la ciudad de Neiva.

2.1. MEDIDA PROVISIONAL

Fundamentó la accionante la solicitud de medida provisional en los siguientes términos: "A efectos de evitar un perjuicio irremediable para mi hijo el menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO, solicito muy respetuosamente señor juez, que ordene a ASMET SALUD EPS suministrar los viáticos de transporte intermunicipal y urbano, alojamiento y alimentación, para mi hijo y un acompañante, con la finalidad de asistir a la siguiente cita médica: CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN GENÉTICA MÉDICA. Servicio que fue remitido para su prestación a la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO en la ciudad de NEIVA y que, además, cuenta con cita programada para el 14 de septiembre del año en curso."

La anterior solicitud, fue resuelta en el Auto admisorio de la acción, en el que se ordenó:

"SEGUNDO: CONCEDER la Medida Provisional solicitada a favor del menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO.

TERCERO: EN CONSECUENCIA, ORDENAR a ASMET SALUD EPS, que de manera INMEDIATA al recibo de la correspondiente comunicación, proceda a suministrar los servicios de transporte y hospedaje al menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO y un acompañante, con el fin de que asista a la cita de

"CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN GENÉTICA CLÍNICA", la cual se encuentra programada para el próximo 14 de septiembre de 2022, en la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO, ubicada en la ciudad de Neiva, Huila."

2.2. PETICIÓN

Adicional a lo anteriormente señalado, solicitó la señora JULLY ANDREA FONTECHA FORERO, se tutelen los derechos fundamentales del menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO y consecuentemente se ordene a ASMET SALUD EPS, que:

"PRIMERO: Ordenar a ASMET SALUD EPS-S – Florencia, se sirva otorgarle el tratamiento integral de la patologías de mi representado E46X DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA, NO ESPECIFICADA, F809 TRANSTORNO DEL DESARROLLO DEL HABLA Y DEL LENGUAJE, NO ESPECIFICADO, H919 HIPOACUSIA, NO ESPECIFICADA, P371 TOXOPLASMOSIS CONGÉNITA, R620 RETARDO EN DESARROLLO de tal manera que no tenga que soportar barreras administrativas innecesarias, para acceder a los servicios de salud que le sean prescritos por el médico tratante, tales como: insumos, medicamentos, procedimientos, interconsultas, autorizaciones, citas y cualquier otro servicio que sea ordenado por el médico tratante y que se derive del diagnóstico aquí definido.

SEGUNDO: Con base y fundamento en los hechos relacionados, solicito respetuosamente señor Juez, se le concedan y tutelen a mi hijo los derechos fundamentales y constitucionales a la salud de manera integral, seguridad social integral, dignidad humana y vida, de tal manera que ordene a ASMET SALUD EPS-S – FLORENCIA, se sirva realizar todos los trámites administrativos necesarios, para que le suministre a mi hijo y a un acompañante los viáticos para cubrir los gastos de transporte, alojamiento, alimentación y transporte urbano, durante el tiempo que sea necesario, con la finalidad de asistir a las citas, procedimientos o cualquier otro servicio médico que sea prescrito por el galeno tratante, cuando estos sean remitidos para su prestación fuera de su domicilio. Teniendo en cuenta en todo caso, las patologías definidas por el médico que en este caso son: E46X DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA, NO ESPECIFICADA, F809 TRANSTORNO DEL DESARROLLO DEL HABLA Y DEL LENGUAJE, NO ESPECIFICADO, H919 HIPOACUSIA, NO ESPECIFICADA, P371 TOXOPLASMOSIS CONGÉNITA, R620 RETARDO EN DESARROLLO."

3. - ACTUACIÓN PROCESAL

El 6 de septiembre 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 la entidad accionada, 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-.

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 7 de septiembre de 2022⁴, 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).

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

¹ Ver archivo “02ActaRepartoTutela” del expediente digital.

² Ver archivo “07AutoAdmiteTutela” del expediente digital.

³ Ver archivos “15RespuestaADRES” del expediente digital.

⁴ Ver archivos “14CorreoRespuestaADRES” del expediente digital.

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.

4.2. ASMET SALUD EPS, mediante escrito⁵ allegado el 8 de septiembre de 2022⁶, suscrita por su Gerente Departamental, ALFREDO JULIO BERNAL CAÑON, indicó que, en relación al cumplimiento de la medida provisional, se encontraba realizando las gestiones pertinentes para dar cumplimiento a la misma.

Refiere que, a la fecha no existe una transgresión al derecho fundamental a la salud del menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO por parte de esa EPS, pues se ha garantizado la prestación de los servicios en Florencia-Caquetá, y además, el accionante no allega con su escrito prueba sumaria que sustente el perjuicio inminente o daño irremediable que se le está ocasionando, lo cual viola uno de los presupuestos exigidos en la acción de tutela

Manifestó que, la señora JULLY ANDREA FONTECHA FORERO representando al menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO, instauró acción de Tutela para el reconocimiento del transporte ida y regreso, alimentación y hospedaje para cuando requiera recibir servicios de salud fuera de la ciudad de su residencia, por las patologías de RETRASO MENTAL MODERADO: DETERIORO DEL COMPORTAMIENTO NULO O MINIMO, DESNUTRICION PROTEICOCALORICA, NO ESPECIFICADA, TRASTORNO DEL DESARROLLO DEL HABLA Y DEL LENGUAJE NO ESPECIFICADO y HIPOACUSIA, NO ESPECIFICADA; indica que, al analizar el caso sub judice, se encuentra que el servicio de CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN GENÉTICA MÉDICA hace parte del Plan Obligatorio de Salud, sin embargo, al revisar la Resolución 2381 de 2022, observándose 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

⁵ Ver archivos “13RespuestaAsmetSalud” del expediente digital.

⁶ Ver archivos “12CorreoRespuestaAsmetSalud” del expediente digital.

General y Odontología no especializada, para así determinar, a quien le corresponde asumir los gastos de transporte; por lo que se tiene que, el menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO, requiere gastos de transporte para desplazarse desde el municipio de Florencia hasta la ciudad de Neiva, en donde asistirá al servicio de "CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN GENÉTICA MÉDICA", 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.

Indica que, frente al tema del transporte del acompañante y alojamiento del usuario, en ningún aparte de la Resolución 2292 de 2021, se consagra que estos servicios hacen parte del Plan Obligatorio de Salud, lo que si se encuentra es que los servicios que no correspondan al ámbito de la salud se encuentran expresamente excluidos, tal y como lo señala el artículo 111 del mencionado acto administrativo.

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 menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO, 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.

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.

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 de la accionante.

5.3. Legitimación.

Se observa que la acción de tutela es interpuesta por la señora JULLY ANDREA FONTECHA FORERO actuando en representación de su hijo, el menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO, 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-, 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 la accionante, se configura una violación a los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social, la vida y dignidad humana del menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO, ante la presunta omisión de ASMET SALUD EPS de suministrarle los viáticos necesarios para asistir a la CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN GENÉTICA MÉDICA que le fue programada en la ciudad de Neiva.

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 menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO, el día 2 de septiembre de 2022, se le emitió autorización para CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN GENÉTICA MÉDICA.

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 la señora JULLY ANDREA FONTECHA FORERO que se vulneran los derechos fundamentales de su hijo, el menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO, 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 del menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO, ante la presunta omisión de la EPS ASMET SALUD, de no suministrarle los viáticos requeridos para desplazarse junto con un acompañante a la ciudad de Neiva, para asistir a la consulta que le fue ordenada por la especialidad de Genética Médica.

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 menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO, está afiliado a esa EPS en el régimen subsidiado.
- ii. Que, la EPS ASMET SALUD, procedió a expedir a favor del menor aquí representado, la siguiente orden de servicios de salud:

Autorización de servicios No 211631486

AUTORIZACION DE SERVICIOS DE SALUD

Número de Autorización 211631486 Fecha de entrega: 02/09/2022 10:04:54 AM

ENTIDAD RESPONSABLE DEL PAGO		ASMET SALUD ESS-062		CODIGO: ESS062	
INFORMACION DEL PRESTADOR (Autorizado)					
NOMBRE:		E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO		NIT: 891180268	
DIRECCION:		CALLE 5 # 15-25		CODIGO: 410010056201	
DEPARTAMENTO:		HUILA		MUNICIPIO: NEIVA	
TELEFONO:		8722777			

DATOS DEL PACIENTE					
PRIMER APELLIDO		SEGUNDO APELLIDO		PRIMER NOMBRE	
FONTECHA		FORERO		JUAN	
TIPO DOCUMENTO		NUMERO		FECHA NACIMIENTO	
TI		1117935478		28/07/2011	
EDAD		SEXO		No CARNE	
11 A		MASCULINO		6205165323	
TIPO USUARIO		SUBSIDIADO		NIVEL SISBEN	
DIRECCION		CALLE 34 N 30 100 B CI		TELEFONO	
DEPARTAMENTO		CAQUETA		MUNICIPIO	
CORREO ELECTRONICO				FLORENCIA	

SERVICIOS AUTORIZADOS			
MOTIVO AUTORIZACION	ORDEN POS	SERVICIO	AMBULATORIA
CODIGO:	CANTIDAD	DESCRIPCION	
699258	1	CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN GENETICA MEDICA	

- iii. Conforme a lo manifestado por la señora JULLY ANDREA FONTECHA FORERO, acudió a la EPS ASMET SALUD a solicitar que se le suministraran los viáticos necesarios para acudir a la consulta que le fue programada a su hijo en la ciudad de Neiva, sin embargo, los mismos le fueron negados.
- iv. Durante el trámite tutelar, ASMET SALUD EPS, informó que, se encontraba realizando los trámites necesarios para dar cumplimiento a la medida provisional decretada por el Despacho; en vista de lo anterior, en la presente fecha, por parte de la secretaria del Despacho, se tomó contacto vía WhatsApp⁷ con la señora JULLY ANDREA FONTECHA FORERO, quien informó que, la EPS ASMET SALUD, le suministró los transportes necesarios para que el menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO, acudiera a la cita programada en la ciudad de Neiva por la especialidad de Genética Médica.

Inicialmente, debe indicarse que, el presente trámite tutelar se inició con ocasión a la falta de suministro de los viáticos requeridos por el menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO y un acompañante para asistir a la CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN GENÉTICA MÉDICA, que le fue programada para la presente fecha, en la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO ubicado en la ciudad de Neiva; en vista de lo anterior, como se indicó en líneas precedentes, durante el trámite de la acción, la EPS ASMET SALUD, procedió a suministrar los viáticos requeridos por la menor aquí representada, actuar

⁷ Ver archivo "17ConstanciaSecretarial" del expediente digital

con el cual se garantiza su asistencia a la consulta que tiene programada, 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: Ordenar a ASMET SALUD EPS-S – Florencia, se sirva otorgarle el tratamiento integral de la patologías de mi representado E46X DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA, NO ESPECIFICADA, F809 TRASTORNO DEL DESARROLLO DEL HABLA Y DEL LENGUAJE, NO ESPECIFICADO, H919 HIPOACUSIA, NO ESPECIFICADA, P371 TOXOPLASMOSIS CONGÉNITA, R620 RETARDO EN DESARROLLO de tal manera que no tenga que soportar barreras administrativas innecesarias, para acceder a los servicios de salud que le sean prescritos por el médico tratante, tales como: insumos, medicamentos, procedimientos, interconsultas, autorizaciones, citas y cualquier otro servicio que sea ordenado por el médico tratante y que se derive del diagnóstico aquí definido.

SEGUNDO: Con base y fundamento en los hechos relacionados, solicito respetuosamente señor Juez, se le concedan y tutelen a mi hijo los derechos fundamentales y constitucionales a la salud de manera integral, seguridad social integral, dignidad humana y vida, de tal manera que ordene a ASMET SALUD EPS-S – FLORENCIA, se sirva realizar todos los trámites administrativos necesarios, para que le suministre a mi hijo y a un acompañante los viáticos para cubrir los gastos de transporte, alojamiento, alimentación y transporte urbano, durante el tiempo que sea necesario, con la finalidad de asistir a las citas, procedimientos o cualquier otro servicio médico que sea prescrito por el galeno tratante, cuando estos sean remitidos para su prestación fuera de su domicilio. Teniendo en cuenta en todo caso, las patologías definidas por el médico que en este caso son: E46X DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA, NO ESPECIFICADA, F809 TRASTORNO DEL DESARROLLO DEL HABLA Y DEL LENGUAJE, NO ESPECIFICADO, H919 HIPOACUSIA, NO ESPECIFICADA, P371 TOXOPLASMOSIS CONGÉNITA, R620 RETARDO EN DESARROLLO.”

En relación a lo anterior, ha de señalarse que, una vez verificada la historia clínica allegada al plenario, correspondiente al menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO, se avizó que, las atenciones médicas que se encuentra recibiendo el mismo, le están siendo prestadas en el Hospital Departamental María Inmaculada y en la IPS NAZHER Centro Médico Especializado, instituciones de salud que se encuentran ubicadas en la ciudad de Florencia- Caquetá, que es el lugar de residencia del menor y

su núcleo familiar, razón por la que, no se encuentra prueba siquiera sumaria, a través de la cual sea posible inferir que, JUAN ESTEBAN debe desplazarse con frecuencia a otras ciudad en aras de recibir atención médica; asimismo, es de resaltar que, una vez verificado el historial médico, se encontró que, en consulta por la especialidad de Neurología Pediátrica a la cual asistió el menor el día 30 de agosto de 2022, se le remitió a valoración por la especialidad de genética médica, servicio para el cual, la EPS accionada expidió la autorización de servicios No. 211631486 fechada al 2 de septiembre hogaño y la cita le fue programada para el día 14 de septiembre, situación que, permite evidenciar que, al menor se le están prestando los servicios médicos que requiere de manera oportuna. En vista de lo anterior, es plausible afirmar que, no se encontró prueba alguna a través de la cual fuera posible establecer que, ASMET SALUD EPS se está sustrayendo de la obligación de prestar los servicios médicos que requiere el menor JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO, toda vez que no se allegó prueba alguna, 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”*⁸, 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”*⁹; 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 al menor JUAN

⁸ Ver Sentencias T-790 de 2012, T-501 de 2013 y T-266 de 2014

⁹ Ver Sentencias T-790 de 2012, T-501 de 2013 y T-266 de 2014

ESTEBAN FONTECHA FORERO, 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.

En relación con la carga de la prueba en materia de Acciones de Tutela ha señalado la Corte Constitucional¹⁰:

(...) 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 EPS ASMET SALUD, suministró los viáticos requeridos por el menor aquí representado para desplazarse a la ciudad de Neiva, desaparece el hecho que dio origen a la misma, configurándose de esta manera una carencia actual de objeto por hecho superado.

¹⁰ Sentencia T 571 de 2015. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

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:

"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 la señora **JULLY ANDREA FONTECHA FORERO** en representación del menor **JUAN ESTEBAN FONTECHA FORERO** identificado con tarjeta de identidad No. **1.117.935.478**, 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 16° 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: **8c352a6c11ae94ac272343b9fccbd2c5b6b07ebf280e6dc111cee6b443b4badf**

Documento generado en 14/09/2022 04:17:08 PM

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