REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Proceso : Acción de tutela
Radicación : 18-001-40-04-003-2022-00134-00
Accionante : **MAGNORY GÓMEZ ORTÍZ**
Accionado : **ASMET SALUD EPS y otros**
Sentencia : ***125***

Florencia, Caquetá, Diez (10) de octubre de dos mil veintidós (2022)

1.- ASUNTO

Resolver la acción de tutela interpuesta por la señora **MAGNORY GÓMEZ ORTÍZ** en contra de la **EPS ASMET SALUD** y la médica **YULY STEFANNY MORENO LÓPEZ,** vinculándose a la **ADMINISTRADORA DE RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES-** y al **HOSPITAL MARÍA INMACULADA**, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital y vida en condiciones dignas.

2.- ANTECEDENTES

Funda la señora **MAGNORY GÓMEZ ORTÍZ,** su solicitud de amparo bajo los siguientes hechos:

Indica que, el día 8 de julio de 2022, fue víctima de accidente de tránsito en calidad de parrillera, razón por la que se encuentra sometida a un tratamiento con la especialidad de ortopedia, en el que le ordenaron terapias para posteriormente realizarle una cirugía de rodilla.

Aduce que, mediante certificación emitida por el Área de Salud Ocupacional de fecha 01/09/2022, le indicaron que debía ser reubicada laboralmente, asimismo, le emitieron una serie de restricciones laborales y recomendaciones sobre su estilo de vida.

Refiere que, el día 01 de septiembre de 2022 el área de recursos humanos de la empresa SUPERMIO, que es en la que labora, le indicaron que no la podía reubicar laboralmente, teniendo en cuenta, las recomendaciones que le fueron dadas por el especialista en salud ocupacional y que, todas las labores que se deben desempeñar dentro del ámbito de trabajo de la empresa, ninguna le beneficia en cuestión de su salud.

Manifiesta que, desde la fecha del accidente, los médicos le estuvieron dando prórroga a las incapacidades, sin embargo, el día 25 de septiembre de 2022, al asistir a consulta, no se le expidió más incapacidad, pese a que solicitó la misma; aduce que, la no prórroga de la incapacidad, vulnera sus derechos fundamentales, toda vez que, lo mismo conlleva a que no genere ingresos.

Mediante escrito allegado el día 6 de octubre de 2022, la accionante allegó concepto de valoración por medicina laboral, solicitando que, se tuviera en cuenta que se le había recomendado incapacidad por el término de 30 días.

2.1. PETICIÓN

Solicitó la accionante se tutelen sus derechos fundamentales y, consecuentemente se ordene:

"ME SIGAN EMITIENDO LAS RESPECTIVAS INCAPACIDADES LABORALES PARA DE DICHO MODO PODER SEGUIR DEVENGANDO LO DE NUESTRO MÍNIMO VITAL POR PARTE DE LA EMPRESA A LA CUAL PERTENEZCO.

Igualmente se ordene u autorice a quien corresponda, se agilice el tratamiento ordenado con la especialidad de ortopedia, (terapias físicas), para que se pueda realizar la cirugía que esta pendiente."

3. - ACTUACIÓN PROCESAL

El 29 de septiembre de 2022, correspondió por reparto a este despacho, la acción de tutela de la referencia[1], la cual se admitió mediante auto de la misma fecha[2], 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 realizó requerimiento a la parte accionante.

4.- RESPUESTA DE LAS PARTES ACCIONADAS

4.1. La EPS ASMET SALUD, mediante comunicación[3] allegada el día 30 de septiembre de 2022[4], suscrita por su Gerente Departamental, indicó que, esa entidad no ha negado ninguna atención a la accionante, toda vez que, las atenciones requeridas son atendidas por parte de las diferentes IPS donde se han derivado las autorizaciones.

Indica que, dentro de los anexos aportados, se vislumbra todas las atenciones médicas en diferentes IPS, teniendo consulta por ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA en ARTROSCOPIA en la CLINICA UROS el 5 de septiembre

[1] Ver archivo "02ActaReparto" del expediente digital.
[2] Ver archivo "09AutoAdmiteTutela" del expediente digital.
[3] Ver archivo "13RespuestaAsmetSalud" del expediente digital.
[4] Ver archivo "12CorreoRespuestaAsmetSalud" del expediente digital.

y el mismo, como Médico tratante Especialista, no encontró la necesidad de prorrogar la incapacidad a la señora MAGNORY GÓMEZ ORTÍZ.
Que, con ocasión a la anterior situación, la acción de tutela carece de fundamentos, toda vez que, los médicos tratantes son quienes tienen la autonomía y el conocimiento, para determinar si, un paciente requiere o no incapacidad, por lo que las mismas, no se expiden por exigencia del paciente.

En consecuencia, solicitó ser desvinculado del trámite de la acción, toda vez que considera que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora MAGNORY GÓMEZ ORTÍZ.

4.2. El HOSPITAL MARÍA INMACULADA, a través de correo electrónico[5] allegado el día 30 de septiembre de 2022, suscrito por su Gerente, indicó que, una vez verificado el acervo probatorio allegado por la accionante, se estableció que la señora Gómez, recibió atención el día 05 de septiembre de 2022, en la Especialidad de Ortopedia en la Clínica UROS, en el cual se ordenó "20 TERAPIA FÍSICA INTEGRAL Y CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA", razón por la que, la paciente debía acercarse a la EPS ASMET SALUD, a solicitar la autorización de las terapias y una vez culminadas, pasara nuevamente con el Especialista en Ortopedia, a fin de que este emitiera la respectiva incapacidad.

Aduce que, asimismo, se evidenció que la actora, se acerca nuevamente a la IPS HORISOES, que es una IPS de baja complejidad y la Medico General emite incapacidad, razón por la que, una vez culminada dicha incapacidad, ingresa al día siguiente por el Servicio de Urgencias del Hospital Departamental María Inmaculada E.S.E., que es una IPS de mediana y alta complejidad, en el cual se determinó en el Reporte de Triage – CLASIFICACION 5 – NO URGENTE y su Medica General, establece: "*SE LE EDUCA AL PACIENTE QUE DEBE CONTINUAR SU PROCESO DE AMBULATORIO DE REALIZACION DE CIRUGIA DE LIGAMENTOS Y MENDICOS DE LA RODILLA IZQUIERDA POR CONSULTA EXTERNA Y SE SUGIERON COMO ANALGESICO EL ACETAMINOFEN+TRAMADOL*".

Que, en vista de lo anterior, existe falta de legitimación en la causa por pasiva del HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARÍA INMACULADA E.S.E., por cuanto no se han vulnerado los derechos fundamentales reclamados por la accionante, en razón a que fue atendida y se determinó en el TRIAGE, que su condición no representa un riesgo para su vida, por lo cual, debía continuar su tratamiento con el especialista tratante.

Indica que, el concepto de TRIAGE en la atención médica, se entiende así:

"*El triage es una forma sistemática de clasificación de pacientes en el servicio de urgencias o en incidentes que tienen múltiples víctimas, con el fin de priorizar la atención y el adecuado uso de recursos. En Colombia, este se encuentra legislado*

[5] Ver archivo "17CorreoRespuestaHospitaMariaInmaculada" del expediente digital.

por la resolución 5596 del 24 de diciembre del 2015 del Ministerio de Salud, que establece cinco categorías.

En Triage 1 está el paciente que requiere una atención inmediata, al presentar una condición clínica que está comprometiendo su vida o necesita maniobras de reanimación.

En Triage 2 están los pacientes que en su evolución clínica pueden presentar un deterioro rápido que comprometa su estado de salud o que lo pueda llevar a la muerte.

En Triage 3 está el paciente que requiere toma de medidas diagnósticas, ya sean imágenes, laboratorios o exámenes, para llegar a un diagnóstico o tratamiento. Son pacientes que se encuentran estables y de los cuales se prevé que la situación no va a empeorar a corto plazo.

En Triage 4 está el paciente que presenta una condición médica que no compromete su estado general, ni pone en riesgo su vida. Este no se va a deteriorar en un corto plazo y no necesita tantos recursos.

Y finalmente en el Triage 5 está el paciente que ingresa por una condición crónica o aguda, al igual que el triage 4 no presenta un deterioro clínico agudo, es una condición que no representa un riesgo en su vida y funcionalidad.

El Ministerio de Salud indica que los triage 1 y 2 deben ser vistos o atendidos durante los primeros 30 minutos, el tiempo de atención de los triage 3, 4 y 5 dependen en su mayoría de cada institución."

Finalmente, señaló que, esa entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales de la actora.

4.3. La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, mediante escrito[6] allegado el 28 de septiembre de 2022[7], 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,

[6] Ver archivos "07RespuestaADRES" del expediente digital.
[7] Ver archivos "06CorreoRespuestaADRES" del expediente digital.

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.

5.- C O N S I D E R A C I O N E S

5.1 **Competencia.**

Corresponde a este Despacho analizar y conocer de la acción de tutela de la referencia, en razón a la entidad accionada –ASMET SALUD EPS–, lo anterior con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y, el artículo 1°, 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 la señora MAGNORY GÓMEZ ORTÍZ, persona directamente afectada, 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 la EPS ASMET SALUD y la médica YULY STEFANNY MORENO LÓPEZ, vinculándose oficiosamente a la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES- y al HOSPITAL MARÍA INMACULADA, quienes presuntamente están desconociendo los derechos de la 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 la accionante, se configura una violación a los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, de la señora MAGNORY GÓMEZ ORTÍZ, ante la presunta omisión de la EPS ASMET SALUD y la médica YULY STEFANNY MORENO LÓPEZ, de prorrogarle la

incapacidad médica que se le expidió desde el mes de julio de 2022, cuando sufrió accidente de tránsito.

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 verificados los hechos narrados por la accionante, se encontró que a la señora MAGNORY GÓMEZ ORTÍZ, el día 25 de septiembre de 2022, no se le expidió más prorroga de incapacidad, motivo por el que acudió al mecanismo Constitucional, al día siguiente, razón por la que se cumple el mencionado requisito.

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 procederá a estudiar por parte del Despacho, si, dentro del presente trámite tutelar, se da cumplimiento al mencionado requisito.

5.6. C A S O C O N C R E T O

En este orden, debe determinarse si las entidades accionadas, han vulnerado los derechos fundamentales de la señora MAGNORY GÓMEZ ORTÍZ, ante la presunta omisión de expedírsele incapacidad médica, teniendo en cuenta sus condiciones de salud.

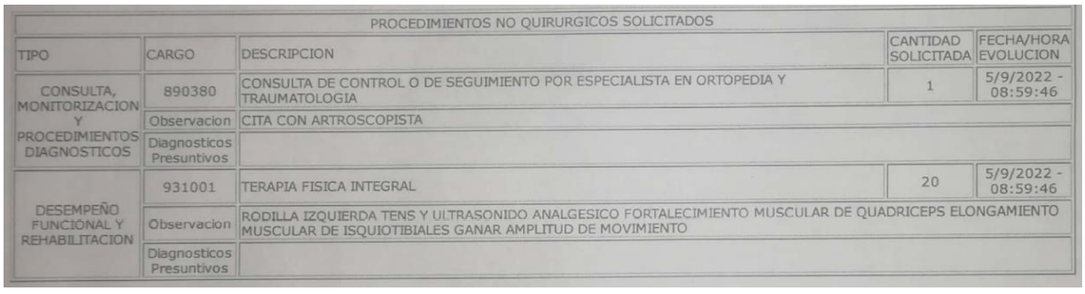
De los documentos allegados al plenario, se avizoró lo siguiente:

- Conforme a la información suministrada por la accionante y por la EPS ASMET SALUD, se tiene que la señora MAGNORY GÓMEZ ORTÍZ, se encuentra afiliada al régimen de salud contributivo, a través de dicha entidad.
- De acuerdo a la historia clínica[8] aportada, la señora MAGNORY GÓMEZ ORTÍZ, ingresó el día 7 de julio de 2022, al área de urgencias de la Clínica Medilaser, con ocasión a accidente de tránsito, razón por la que se le expidió incapacidad médica del 07/07/2022 al 11/07/2022.
- Posteriormente, dicha incapacidad le fue prorrogada así:
  - ✓ De 11/07/2022 al 12/07/2022[9]
  - ✓ Del 12/07/2022 al 26/07/2022[10]

[8] Ver archivo "04Anexo01", páginas 4-9, del expediente digital
[9] Ver archivo "04Anexo01", página 10, del expediente digital
[10] Ver archivo "04Anexo01", página 11, del expediente digital

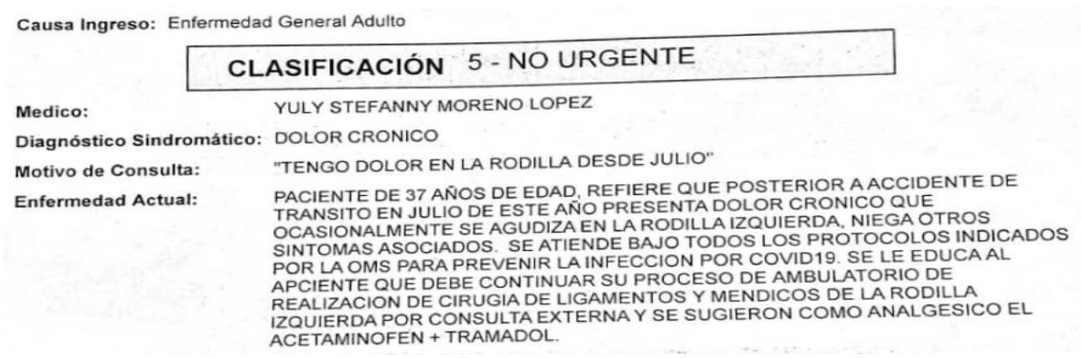
- ✓ Del 26/07/2022 al 04/08/2022[11]
- ✓ Del 04/08/2022 al 10/08/2022[12]
- ✓ Del 10/08/2022 al 24/08/2022[13]
- ✓ Del 27/08/2022 al 29/08/2022[14]
- ✓ Del 01/09/2022 al 10/09/2022[15]
- ✓ Del 11/09/2022 al 20/09/2022[16]
- ✓ Del 20/09/2022 al 04/09/2022[17]

- El día 5 de septiembre de 2022, la señora GÓMEZ ORTÍZ, acudió a consulta por la especialidad de Ortopedia, en la Clínica UROS, en la que se le expidieron las siguientes ordenes:



PROCEDIMIENTOS NO QUIRURGICOS SOLICITADOS				
TIPO	CARGO	DESCRIPCION	CANTIDAD SOLICITADA	FECHA/HORA EVOLUCION
CONSULTA, MONITORIZACION Y PROCEDIMIENTOS DIAGNOSTICOS	890380	CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA	1	5/9/2022 - 08:59:46
	Observacion	CITA CON ARTROSCOPISTA		
	Diagnosticos Presuntivos			
DESEMPEÑO FUNCIONAL Y REHABILITACION	931001	TERAPIA FISICA INTEGRAL	20	5/9/2022 - 08:59:46
	Observacion	RODILLA IZQUIERDA TENS Y ULTRASONIDO ANALGESICO FORTALECIMIENTO MUSCULAR DE QUADRICEPS ELONGAMIENTO MUSCULAR DE ISQUIOTIBIALES GANAR AMPLITUD DE MOVIMIENTO		
	Diagnosticos Presuntivos			

- La señora MAGNORY, acudió a consulta por medicina general el día 25 de septiembre de 2022, en el que se reportó:



Causa Ingreso: Enfermedad General Adulto

CLASIFICACIÓN 5 - NO URGENTE

Medico: YULY STEFANNY MORENO LOPEZ

Diagnóstico Sindromático: DOLOR CRONICO

Motivo de Consulta: "TENGO DOLOR EN LA RODILLA DESDE JULIO"

Enfermedad Actual: PACIENTE DE 37 AÑOS DE EDAD, REFIERE QUE POSTERIOR A ACCIDENTE DE TRANSITO EN JULIO DE ESTE AÑO PRESENTA DOLOR CRONICO QUE OCASIONALMENTE SE AGUDIZA EN LA RODILLA IZQUIERDA, NIEGA OTROS SINTOMAS ASOCIADOS. SE ATIENDE BAJO TODOS LOS PROTOCOLOS INDICADOS POR LA OMS PARA PREVENIR LA INFECCION POR COVID19. SE LE EDUCA AL APCIENTE QUE DEBE CONTINUAR SU PROCESO DE AMBULATORIO DE REALIZACION DE CIRUGIA DE LIGAMENTOS Y MENDICOS DE LA RODILLA IZQUIERDA POR CONSULTA EXTERNA Y SE SUGIERON COMO ANALGESICO EL ACETAMINOFEN + TRAMADOL.

- La señora MAGNORY GÓMEZ ORTÍZ, fue valorada el día 6 de octubre de 2022, por especialista en medicina del trabajo, refiriéndose:

[11] Ver archivo "04Anexo01", página 12, del expediente digital
[12] Ver archivo "04Anexo01", página 13, del expediente digital
[13] Ver archivo "04Anexo01", página 14, del expediente digital
[14] Ver archivo "04Anexo01", página 15, del expediente digital
[15] Ver archivo "04Anexo01", página 16, del expediente digital
[16] Ver archivo "04Anexo01", página 17, del expediente digital
[17] Ver archivo "04Anexo01", página 43, del expediente digital

Examenes Realizados
Examen Medico Ocupacional Basico, Osteomuscular
Recomendaciones Especificas
Control Eps
Concepto
Aplazado
Recomendaciones Personalizadas
En su condición actual no puede laborar para el cargo asignado por múltiples lesiones en rodilla donde no debe mantener posturas prolongadas bípedo/sedente, no debe subir o bajar escaleras,no realizar desplazamientos en superficies irregulares,requiere urgente terapia fisica de fortalecimiento y manejo quirúrgico por ortopedia de la EPS.Descartar hipertensión requiere toma de tensión arterial seriada por una semana.
Observaciones
Se realiza encuesta previamente al paciente, valoración médica ocupacional con elementos de bioseguridad, acorde a protocolo de Covid 19 del ministerio de salud.Resonancia de rodilla izquierda 04/08/2022 Edema oseo por contusión, bursitis suprapatelar,lesión grado I ligamento cruzado anterior,condromalacia grado IV,Desgarro de menisco grado III.Requiere generar incapacidad por 30 días y control en un mes por medina laboral

- Al descorrer el traslado, la EPS ASMET SALUD, manifestó que, no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, toda vez que, conforme a la historia clínica aportada, se evidencia que, se le han prestado los servicios médicos que ha requerido.
- Por su parte, el HOSPITAL MARÍA INMACULADA, refirió que, a la paciente no se le expidió prórroga de la incapacidad, debido a que lo mismo se lleva a cabo, conforme al criterio del médico tratante y no de la paciente, razón por la que, la Médico YULY STEFANNY MORENO LÓPEZ, al valorar a la señora MAGNORY GÓMEZ ORTÍZ, no encontró necesaria la expedición de incapacidad.

Inicialmente, ha de indicarse que, el presente trámite Constitucional, se originó, al considerar la señora MAGNORY GÓMEZ ORTÍZ, que se vulneraron sus derechos fundamentales por parte de la EPS ASMET SALUD y de la médica YULY STEFANNY MORENO LÓPEZ, al no expedírsele prorroga a su incapacidad en consulta a la que asistió el día 25 de septiembre de 2022, razón por la que solicitó, se le conceda el amparo deprecado y, consecuentemente, se ordene a las accionadas que, le sigan expidiendo incapacidades, así como, se le autoricen las terapias físicas que le fueron ordenadas por la especialidad de ortopedia.

En primer lugar, en relación a la expedición de incapacidad médica, ha de señalarse que, quien tiene la competencia para emitir un concepto y consecuentemente determinar si, un paciente requiere o no de incapacidad, es el médico tratante, toda vez que, es la persona idónea, que posee los conocimientos científicos necesarios, en aras de determinar las condiciones de salud en la que se encuentra el usuario de la salud y el tratamiento que, con ocasión a lo mismo, debe prescribírsele, motivo este por el que, no puede el Juez Constitucional, invadir el ámbito de conocimiento y acción de los profesionales de la medicina, pasando por alto su criterio.

Ahora, si bien es cierto, durante el trámite de la acción, la señora MAGNORY GÓMEZ ORTÍZ, allegó concepto fechado al 6 de octubre hogaño, emitido por especialista en medicina del trabajo, en el que se le recomendó la expedición de incapacidad por 30 días, ha de indicarse que, con ocasión a ello, le corresponde a la usuaria, acudir en consulta con el médico tratante adscrito a la EPS, en aras de que sea el mismo, quien valore la recomendación emitida por el profesional en medicina del trabajo y si es del caso, emita la incapacidad médica recomendada, toda vez que, como se

indicó en líneas precedentes, lo mismo excede la órbita de conocimiento del Juez de tutela.

De otro lado, en relación a la expedición de la autorización de las 20 terapias que le fueron ordenadas a la señora Gómez Ortíz, por el especialista en Ortopedia, ha de indicarse que, de la documentación allegada al plenario y de la información suministrada en el escrito tutelar, no se encontró prueba alguna a través de la cual fuera posible establecer que, por parte de la EPS ASMET SALUD, se le ha negado la expedición de la autorización de la mismas, avizorándose que, por parte de la actora, no se informó de algún trámite que hubiere adelantado ante la Entidad de salud, en aras de obtener la prestación de los servicios, razón por la que, primeramente, deben agotarse los trámites administrativos tendientes a lograr la emisión de las ordenes correspondientes, toda vez que, al no agotarse dicha instancia y acudirse directamente a la acción Constitucional, desnaturaliza el carácter subsidiario del que se reviste la acción de amparo.

Cabe resaltar que, la acción de tutela fue establecida como un mecanismo subsidiario, razón por la cual, le asiste a la parte actora, la obligación de demostrar que, previo a acudir al trámite Constitucional, agotó ante la encartada, los trámites administrativos necesarios, en aras de conseguir de manera directa, el cumplimiento a sus pretensiones, esto es, la expedición de autorización de las terapias, razón por la que, no es procedente que, el mecanismo de amparo, se desnaturalice y se utilice como el medio principal para realizar trámites ante las entidades competentes; en consecuencia, como ya se indicó, le asistía a la parte actora la obligación de, previo a ejercer la acción de tutela, elevar requerimiento ante la EPS ASMET SALUD, solicitando la expedición de autorización para las terapías aquí reclamadas.

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 Constitucional[18]:

(…) *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***

[18] Sentencia T 571 de 2015. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

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.*

Ahora bien, frente a la improcedencia de la acción de tutela ante la no ocurrencia de acción u omisión vulneradora de derechos fundamentales por parte de la autoridad pública demandada o el particular accionado, el Alto Tribunal Constitucional indicó:

Con el objeto de "(…) garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (…)", el constituyente de 1991 estableció en el ordenamiento jurídico Colombiano la acción de tutela, prevista en el artículo 86 de la Carta, perteneciente al capítulo 4°: "De la protección y aplicación de los derechos", del título II de la Norma Suprema Colombiana.

Así, el mencionado artículo contempló el derecho de toda persona a interponer acción de tutela "(…) para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, (…) la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (…)" o particulares, entre otros, que presten servicios públicos, o ante quienes el afectado se encuentre en una situación de indefensión o subordinación.

Concatenado a lo anterior, el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política", previó la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales "(…) contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquier derecho [fundamental] (…)".

Esto no significa que las personas puedan acudir a la acción de tutela obviando los mecanismos de defensa judicial existentes para obtener resoluciones favorables a sus pretensiones, pues una de las características de la acción tuitiva de derechos fundamentales es la subsidiariedad. Esto, fue expresamente consagrado en el artículo 86, donde se señaló que la acción "(…) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (…)". De igual forma, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, consagró como causal de improcedencia la existencia de otros medios de defensa judicial, más se condicionó expresamente el acaecimiento de aquella a la eficacia de éstos y se estableció la posibilidad de interponer la tutela "(…) como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (…)".

En este orden de ideas, partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5° y 6° del mencionado Decreto, se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales. En otras palabras, no es procedente la acción de tutela cuando se acude a ella bajo una mera suposición, conjetura, o hipotética trasgresión a los derechos fundamentales. Al respecto, en sentencia T-066 de 2002, esta Corporación manifestó:

"(…) Con todo, ello no significa que los ciudadanos puedan desconocer los procedimientos establecidos por la ley en los diversos ordenamientos jurídicos, que para el caso que nos ocupa es la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, acudir a la acción de tutela bajo la suposición o conjetura de que se vulnerarán derechos fundamentales por actos negativos de la administración, sin darle a ésta siquiera la oportunidad de pronunciarse en ese o en otro sentido. No se puede llegar al absurdo de acudir a la acción de tutela sobre la base de actos que no se han proferido, esto no solo viola el debido proceso de las entidades públicas, que, valga repetirlo, también lo tienen, sino que, atentaría contra uno de los fines esenciales del Estado, cual es el de asegurar la vigencia de un orden justo." (Subrayas fuera del original)

En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan y por ende no se encuentren en el campo de las meras especulaciones o hipótesis. [19]

El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, "cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares [de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto 2591 de 1991]". Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

En el mismo sentido lo han expresado sentencias como la SU-975 de 2003 o la T-883 de 2008, al afirmar que "partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5° y 6° del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (…)", ya que "sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (…)".

Y lo anterior resulta así, ya que si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, "ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermitiera los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos".

Así pues, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o

[19] Sentencia T-883 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería

violación de un derecho fundamental, debe declarar la improcedencia de la acción de tutela.[20]

De manera que, siendo la finalidad de la acción de tutela la protección de derechos fundamentales, al no poderse verificar su vulneración o amenaza, resulta improcedente conceder algún tipo de amparo.

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,

R E S U E L V E:

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo tutelar deprecado por la señora **MAGNORY GÓMEZ ORTÍZ** identificada con cédula de ciudadanía No. 40.613.789**,** conforme a las consideraciones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE 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

[20] Sentencia T-130 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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: **1b1ad293bf3e7d7a4a0e47f7b5e3f6eebe049f49cb79313a0ccb6849e2539a2e**

Documento generado en 10/10/2022 08:54:36 PM

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