

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Proceso	: Acción de tutela
Radicación	: 18-001-40-04-003-2023-00011-00
Accionante	: YISELA SAMBONI PEREZ en representación del menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI
Accionado	: ASMET SALUD EPS - CLÍNICA UROS S.A DE NEIVA, HUILA
Sentencia	: 017

Florencia, Caquetá, Nueve (9) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

1.- ASUNTO

Resolver la acción de tutela interpuesta por la señora **YISELA SAMBONI PEREZ en representación del menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI** en contra de **ASMET SALUD EPS y la CLÍNICA UROS S.A DE NEIVA, HUILA**, por la presunta vulneración del derecho fundamental a la salud, vida e integridad personal del menor.

2.- ANTECEDENTES

Funda la señora **YISELA SAMBONI PEREZ**, su solicitud de amparo en favor del menor **JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI**, bajo los siguientes hechos:

Indica que, su hijo tiene 1 año, se encuentra afiliado a la EPS ASMET SALUD en el régimen subsidiado y fue diagnosticado con "TESTICULO NO DESCENDIDO UNILATERAL".

Refiere que, su médico tratante le ordenó "CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA, HERNIORRAFIA INGUINAL BILATERAL VÍA ABIERTA, RESECCIÓN DE LESIÓN TESTICULAR y ORQUIDOPEXIA BILATERAL VÍA ABIERTA", los cuales fueron autorizados por ASMET SALUD EPS, mediante autorizaciones de servicios del 04 de noviembre de 2022, Nos. 212164083, 212164039, 212164055 y 212164069, respectivamente, para ser prestados en la CLÍNICA UROS S.A de la ciudad de Neiva, Huila.

Refiere que, en vista de lo anterior, se ha comunicado en diferentes ocasiones con la mencionada Clínica, sin embargo, no ha sido posible la programación de las citas, bajo el argumento de que no tienen agenda disponible.

2.1. PETICIÓN

Solicitó la accionante se tutelén los derechos fundamentales del menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI y consecuentemente se ordene:

"1. Se ORDENE a ASMET SALUD EPS y/o CLÍNICA UROS S.A, adelantar los trámites administrativos y financieros correspondientes, para que a mi hijo JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI, se le programen y presten efectivamente los servicios de "CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA, HERNIORRAFIA INGUINAL BILATERAL VÍA ABIERTA, RESECCIÓN DE LESIÓN TESTICULAR y ORQUIDOPEXIA BILATERAL VÍA ABIERTA", y todos los demás servicios médicos que requiera de ahora en adelante, tales como otras consultas, exámenes, medicamentos, transporte, alimentación, hospedaje y todas las que sean necesarios para la evolución del estado de salud.

2. Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a ASMET SALUD EPS, adelantar los trámites administrativos necesarios y suficientes para garantizar a mi hijo JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI, la prestación del servicio de salud en términos de integralidad, eficiencia, calidad y sobre todo oportunidad, hasta que se restablezcan su estado de salud, frente a los diagnósticos ya mencionados , con fines de evitar desgaste a la administración de justicia, ya que, en este tipo de enfermedades, son constante los controles y exámenes, con fin de un seguimiento continuo."

3. - ACTUACIÓN PROCESAL

El 31 de enero de 2023, 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 accionadas, para que, en el término legal de dos días se pronunciaran sobre los hechos planteados en el escrito de tutela, al tiempo que, 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 31 de enero de 2023⁴, 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

¹ Ver archivo "02ActaReparto" del expediente digital.

² Ver archivo "04AutoAdmiteTutela" del expediente digital.

³ Ver archivos "07RespuestaADRES" del expediente digital.

⁴ Ver archivos "06CorreoRespuestaADRES" del expediente digital.

Solidaridad y Garantía - FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud - FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

Manifestó que, es función de la EPS, y no de esa Administradora, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva; adujo que, las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación 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. CLÍNICA UROS, a través de comunicación⁵ allegada el 1° de febrero de 2023⁶, suscrito por su representante legal, informó que, una vez consultado el sistema UROSOFT a través del cual se almacenan las Historias Clínicas de los usuarios de esa institución, se encontró que el día 26 de octubre del año 2022, el menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI fue atendido en el servicio ambulatorio de consulta externa de la CLÍNICA UROS S.A.S. por el especialista en Cirugía Pediátrica con motivo de consulta "Remitido por criptorquidia bilateral", así:

FECHA	MOTIVOS DE CONSULTA Y ENFERMEDAD ACTUAL
2022-10-26	<p>14:49</p> <p>JAVIER.RIANO - JAVIER ANTONIO RIANO DUSSAN ESPECIALIDAD: CIRUGIA PEDIATRICA MOTIVO DE CONSULTA : Remitido por criptorquidia bilateral. ENFERMEDAD ACTUAL : Desde el nacimiento testículos en el canal inguinal. Trae ecografía que confirma criptorquidia bilateral.</p>

Imagen tomada de UROSOFT - Historia Clínica - JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI R.C. 1.117.946.935

Señala que, en dicha atención se emitió diagnóstico de "HERNIA INGUINAL BILATERAL SIN OBSTRUCCION NI GANGRENA y TESTICULO NO DESCENDIDO BILATERAL", por lo que, el especialista tratante le ordenó:

- CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGIA
- HERNIORRAFIA INGUINAL BILATERAL VIA ABIERTA
- RESECCION DE LESION TESTICULAR SOD +
- ORQUIDOPEXIA BILATERAL VIA ABIERTA

Indica que, los anteriores servicios fueron autorizados por Asmet Salud, para ser prestados en esa IPS.

Aduce que, frente a la pretensión de la accionante en la que solicita programar las consultas ordenadas al menor, esa entidad procedió agendar el siguiente servicio:

SERVICIO AUTORIZADO	CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA
FECHA	10 de febrero de 2023
HORA	10:0 am
ATIENDE	Carlos Andrés Rivera
LUGAR	Calle 5 A No.16 – 57 Quirinal Neiva – Huila
OBSERVACIÓN	El día de la cita debe presentarse una hora antes, para facturar el Servicio. Debe traer orden médica, autorización en original y revisar si debe pagar cuota moderadora.

Información que fue entregada a la señora YISELA SAMBONI PEREZ al abonado telefónico 321 947 5233.

Refiere que, frente a la programación de los procedimientos HERNIORRAFIA INGUINAL BILATERAL VIA ABIERTA, RESECCION DE LESION TESTICULAR SOD y ORQUIDOPEXIA BILATERAL VIA ABIERTA, los mismos están supeditados al

⁵ Ver archivos "10RespuestaClinicaUROS" del expediente digital.

⁶ Ver archivos "09CorreoRespuestaClinicaUROS" del expediente digital.

resultado de la valoración por anestesiología del paciente, toda vez que, es dicho profesional, quien determina si da o no aval para llevar a cabo los procedimientos, razón por la cual, una vez se tenga el resultado de la valoración con anestesiología del menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI y de ser el caso, procederá a asignar fecha para llevar a cabo los procedimientos, de acuerdo a su capacidad técnica, de talento humano y teniendo en cuenta la autorización de la EPS.

Adujo que, le sugirió a la accionante que, una vez cuente con la valoración y el aval por parte del Especialista en Anestesiología, se acerque al área de procedimientos de esa entidad con la orden médica y las autorizaciones de servicios, para que se lleve a cabo el agendamiento de los procedimientos ordenados, o puede comunicarse en los canales de atención con los que cuenta.

En vista de lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la acción.

4.3. ASMET SALUD EPS, mediante escrito⁷ allegado el 2 de febrero de 2023⁸, suscrita por su Gerente Departamental, ALFREDO JULIO BERNAL CAÑÓN, indicó que, al menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI, desde su fecha de afiliación a esa EPS, se le han garantizado plenamente los servicios del Plan Obligatorio de Salud.

Indica que, respecto a la programación de la CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGIA y los procedimientos HERNIORRAFIA INGUINAL BILATERAL VIA ABIERTA y ORQUIDOPEXIA BILATERAL VIA ABIERTA, los mismos se encuentran debidamente autorizadas para la CLINICA UROS NEIVA, así:

Numero	Fecha Autorización	Codigo Actividad	Motivo Autorización	Estado	Tecnología en salud	Especialidad	Razon Social	Cantidad
							SUPLENTO DE MEDICAMENTOS Y DM FLORENCIA	
212164039	04/nov/2022	531001	ORDEN POS	IMPRESA	HERNIORRAFIA INGUINAL BILATERAL VIA ABIERTA		CLINICA UROS S.A	1
212164055	04/nov/2022	622100	ORDEN POS	IMPRESA	RESECCION DE LESION TESTICULAR SOD		CLINICA UROS S.A	1
212164069	04/nov/2022	625205	ORDEN POS	IMPRESA	ORQUIDOPEXIA BILATERAL VIA ABIERTA		CLINICA UROS S.A	1
212164083	04/nov/2022	890226	ORDEN POS	IMPRESA	CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGIA		CLINICA UROS S.A	1
211963049	10/oct/2022	890238	ORDEN POS	IMPRESA	CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGIA PEDIATRICA		CLINICA UROS S.A	1

Señala que, le solicitó a la CLÍNICA UROS, la programación de cita para los mencionados servicios, toda vez que, es dicha IPS quien tiene la obligación de programarlos y tiene conocimiento de la disponibilidad de especialistas y equipo quirúrgico, por lo que, envió dicha solicitud a través de correo electrónico, así:

⁷ Ver archivos “13RespuestaAsmetSalud” del expediente digital.

⁸ Ver archivos “12CorreoRespuestaAsmetSalud” del expediente digital.

2/2/23, 08:15

Correo de Asmet Salud - Fwd: NOTIFICACIÓN AUTO ADMISORIO - ACCIÓN DE TUTELA 2023-00011



Herixon Andrey Franco Rojas <juridica.caqueta2@asmetsalud.com>

Fwd: NOTIFICACIÓN AUTO ADMISORIO - ACCIÓN DE TUTELA 2023-00011

Andrey Franco Rojas <juridica.caqueta2@asmetsalud.com>
 Para: ginna.leiva@clinicauros.com, coordinador.cirugia@clinicauros.com

31 de enero de 2023, 15:08

Buenas tardes,

Señores:
 Clínica Uros
 Neiva

Me permito solicitar su colaboración en la programación Urgente de los siguientes procedimientos:

HERNIORRAFIA INGUINAL BILATERAL VIA ABIERTA
 RESECCION DE LESION TESTICULAR SOD
 ORQUIDOPEXIA BILATERAL VIA ABIERTA
 CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGIA

Para el usuario: JUAN STEVEN PALOMAR SAMBONI
 Documento: 1117946935
 Edad: 1 año
 Telefono: 3219475233 y 3214394880
 Correo: Samboniperezyisela@gmail.com

Aduce que, en vista de lo anterior, solicita que, en caso de conceder el amparo tutelar, sea desvinculado del trámite y se ordene a la Clínica UROS, la programación de los servicios que se encuentran debidamente autorizados.

5.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Corresponde a este Despacho analizar y conocer de la acción de tutela de la referencia, en razón a las entidades accionadas – ASMET SALUD EPS y la CLÍNICA UROS S.A DE NEIVA, HUILA –, lo anterior con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y, el artículo 1º, numeral 1 del Decreto 333 del seis (6) de abril de 2021, por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.

5.2 De la acción de tutela

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

Por otra parte, se debe manifestar que esta acción fue establecida para salvaguardar derechos de carácter fundamental correspondiéndole al Juez de tutela velar por la protección inmediata y eficaz de los derechos respectivos que puedan resultar vulnerados o amenazados en determinado momento, siendo conveniente recordar que proteger una situación mediante la acción de tutela genera, para el fallador, la responsabilidad de

tener absolutamente claro que de por medio hay una violación lo suficientemente grave como para que se afecte el concepto de persona como entidad moral y de respeto, cuando advierte violación, quebrantamiento o amenaza a los derechos fundamentales del accionante.

5.3. Legitimación.

Así mismo, se observa que la acción de tutela es interpuesta por la señora YISELA SAMBONI PEREZ en representación de su hijo, el menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI, que es la 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 ASMET SALUD EPS y la CLÍNICA UROS S.A DE NEIVA, HUILA, quienes presuntamente están desconociendo los derechos del menor aquí representado; 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 al derecho fundamental a la salud, vida e integridad personal del menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI, ante la presunta omisión de las accionadas de asignar cita para la prestación de los servicios de "CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA, HERNIORRAFIA INGUINAL BILATERAL VÍA ABIERTA, RESECCIÓN DE LESIÓN TESTICULAR y ORQUIDOPEXIA BILATERAL VÍA ABIERTA", que le fueron autorizado para ser prestado en la Clínica UROS, ubicada 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 verificados los hechos narrados por la accionante, se encontró que al menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI, se le expidieron autorizaciones Nos. 212164083, 212164039, 212164055 y 212164069 fechadas al 4 de noviembre de 2022, correspondientes a los servicios de "CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA, HERNIORRAFIA INGUINAL BILATERAL VÍA ABIERTA, RESECCIÓN DE LESIÓN TESTICULAR y ORQUIDOPEXIA BILATERAL VÍA ABIERTA", acudiendo al trámite tutelar, en aras de que se asigne cita para los mismos; en vista de lo anterior, se encuentra cumplido el mencionado requisito, toda vez que, a la fecha de presentación de la acción, habían aproximadamente 3 meses, desde la

expedición de las autorizaciones, término que se considera razonable ante el carácter apremiante de la acción Constitucional.

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 YISELA SAMBONI PEREZ, que se vulneran los derechos fundamentales de su hijo, el menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI, 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 implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).”

5.6. CASO CONCRETO

Corresponde al Despacho determinar si, la EPS ASMET SALUD y la CLÍNICA UROS S.A DE NEIVA, HUILA, han vulnerado los derechos fundamentales del menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI, ante la presunta omisión de asignar cita para la prestación de los servicios de “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA, HERNIORRAFIA INGUINAL BILATERAL VÍA ABIERTA, RESECCIÓN DE LESIÓN TESTICULAR y ORQUIDOPEXIA BILATERAL VÍA ABIERTA”, que le fueron autorizados para ser prestados en la Clínica UROS, ubicada en la ciudad de Neiva.

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

- Conforme a lo señalado por la actora en el escrito tutelar y a lo indicado por la EPS encartada al descorrer el traslado, es posible afirmar que, el menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI, se encuentra afiliado a la EPS ASMET SALUD, en el régimen subsidiado de salud.
- El menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI, el día 26 de octubre de 2022⁹, asistió a consulta en la CLÍNICA UROS, con la especialidad de Cirugía Pediátrica, con ocasión a los diagnósticos "K402 HERNIA INGUINAL BILATERAL SIN OBSTRUCCION NI GANGRENA" y "Q532 TESTICULO NO DESCENDIDO BILATERAL", por lo que se le prescribió "CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA, HERNIORRAFIA INGUINAL BILATERAL VÍA ABIERTA, RESECCIÓN DE LESIÓN TESTICULAR y ORQUIDOPEXIA BILATERAL VÍA ABIERTA".
- Mediante autorización de servicios de salud Nos. 212164083, 212164039, 212164055 y 212164069 fechadas al 4 de noviembre de 2022¹⁰, la EPS ASMET SALUD, ordenó la prestación de los servicios médicos ordenados al menor, por lo que, lo remitió a la CLÍNICA UROS, ubicada en la ciudad de Neiva.
- La Clínica UROS, al descorrer el traslado, informó que, procedió a agendar la consulta por especialista en anestesiología al menor PALOMAR SAMBONI, para el día 10 de febrero de 2023 a las 10:00 a.m.; respecto de los demás procedimientos, manifestó que, la programación de los mismos, queda supeditada al concepto que emita el Anestesiólogo, razón por la que, únicamente se podrán agendar, cuando se le haya emitido concepto favorable por parte del especialista.
- La señora YISELA SAMBONI PEREZ quien actúa en representación de su hijo, el menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI afirmó que, no cuenta con los recursos económicos necesarios para cubrir los gastos de desplazamiento hacia la ciudad de Neiva.

En relación a lo anterior, ha de señalarse que, solicitó la señora YISELA SAMBONI PEREZ se ampare el derecho fundamental a la salud, vida e integridad personal de su hijo, el menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI y, consecuentemente, se ordene a ASMET SALUD y a la CLÍNICA UROS, que procedan a agendar cita para la prestación de los servicios ordenados al menor, así como, el suministro de viáticos para acudir a las mismas y la prestación integral de los servicios de salud.

En relación al agendamiento de los servicios ordenados al menor PALOMAR SAMBONI, se avizó que, durante el trámite de la acción, la Clínica Uros, manifestó que, le agendó consulta por la especialidad de anestesiología para el día 10 de febrero hogaño, afirmando que, de la valoración de dicha atención, depende el agendamiento de los procedimientos que se le prescribieron, toda vez que, el especialista debe emitir su aprobación para la práctica de los mismos.

⁹ Ver archivo "03EscritoTutela", páginas 12-20 del expediente digital.

¹⁰ Ver archivo "04Anexos", página 7 del expediente digital.

Frente a lo anterior ha de señalarse que, pese a que, al menor aquí representado se le programó cita para la valoración de anestesiología y que, de la misma depende la práctica de la herniorrafia inguinal bilateral vía abierta, resección de lesión testicular y orquidopexia bilateral vía abierta, teniendo en cuenta el lapso tan amplio que transcurrió entre la expedición de la autorización de los servicios y la asignación de cita (la cual se realizó con ocasión al trámite tutelar), se hace necesario emitir orden a través de la cual se garantice que, para la prestación de los servicios restantes, el menor JHOAN STIVEN, no deberá someterse a una espera indefinida por parte de la IPS, en aras de que se puedan llevar a cabo los procedimientos que se le ordenaron por parte de su médico tratante.

Así las cosas, se ordenará a la CLÍNICA UROS S.A. de Neiva-Huila, que, una vez se eleve solicitud para el agendamiento de los procedimientos de HERNIORRAFIA INGUINAL BILATERAL VÍA ABIERTA, RESECCIÓN DE LESIÓN TESTICULAR y ORQUIDOPEXIA BILATERAL VÍA ABIERTA, para el menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI, deberá proceder a informar, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, la fecha en la que se realizarán, siempre y cuando se haya emitido por parte del especialista en Anestesiología, el concepto favorable que se requiere para la práctica de los mismos.

Ahora, frente a la solicitud de viáticos para desplazarse a la ciudad de Neiva, que es el lugar en el que se le prestarán al menor JHOAN STIVEN, los servicios médicos que le fueron ordenados por su médico tratante, debe indicarse que, teniendo en cuenta la carencia de recursos económicos alegada por la señora YISELA SAMBONI PEREZ, situación que se ve respaldada con la pertenencia al régimen subsidiado en salud, de su hijo, el menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI, ante la falta de material probatorio que permitiera desvirtuar dicha afirmación, teniendo en cuenta que se trata de un sujeto de especial protección Constitucional, debido a que es un menor de edad, que requiere recibir el tratamiento que le fue ordenado por el su médico tratante, con ocasión a los diagnósticos "K402 HERNIA INGUINAL BILATERAL SIN OBSTRUCCION NI GANGRENA" y "Q532 TESTICULO NO DESCENDIDO BILATERAL", se abre paso a conceder la mencionada pretensión, teniendo en cuenta que, la atención en salud que requiere el niño no se puede ver entorpecida por trámites administrativos, máxime si se tiene en cuenta que, fue la EPS ASMET SALUD quien expidió la autorización de los servicios mencionados, remitiendo al usuario a un lugar diferente al de su domicilio, razón por la que, en aras de salvaguardar su derecho fundamental a la salud, se concederá dicha pretensión.

De otro lado, frente a la solicitud de viáticos para un acompañante, debe indicarse que, tal solicitud se considera procedente, dado que, el usuario que requiere el servicio es un menor de un año de edad, por lo que, es necesario el acompañamiento de un integrante de su familia, máxime si se tiene en cuenta que, debe desplazarse a una ciudad diferente a la de su residencia, por lo que, la misma se concederá.

Respecto a la solicitud de suministro de viáticos para las atenciones médicas que a futuro requiera el menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI, ha de

señalarse que, teniendo en cuenta las patologías que padece el menor y que, debido al tratamiento que se le está realizando ha sido remitido a la Clínica Uros, ubicada en la ciudad de Neiva, en aras de salvaguardar su derecho fundamental a la salud, se concederá tal solicitud.

Ha de señalarse que, teniendo en cuenta que, al menor se le programó consulta por la especialidad de anestesiología para el día 10 de febrero hogano, se ordenará a la EPS ASMET SALUD que, de manera inmediata, proceda a realizar los trámites administrativos necesarios en aras de suministrar los servicios de transporte y hospedaje al menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI y un acompañante, para que asista a la prestación del señalado servicio.

Por otra parte, se negará la solicitud de alimentación por no ser un servicio suscrito en el Plan de Beneficios en Salud, ni hallarse consignado dentro de la orden médica anexa al escrito tutelar.

Frente a la solicitud de emitir una orden de prestación integral del servicio médico, cabe indicar que, es posible acceder a dicha pretensión cuando *“existan justificaciones concretas emitidas por los médicos tratantes más no cuando el paciente lo demanda”*¹¹, es así que según los lineamientos jurisprudenciales el tratamiento integral, se ordena cuando *“(i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente. Igualmente, se reconoce cuando (ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas (iii) personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”*¹²; conforme a lo traído a colación, cabe señalar que, por parte del Despacho no fue posible establecer que, la EPS ha omitido prestar los servicios médicos que le han sido ordenados al menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI, toda vez que, como se indicó en líneas precedentes, los servicios médicos que le fueron ordenados se le prescribieron en consulta del 26 de octubre de 2022, procediendo la EPS ASMET SALUD el día 4 de noviembre de la misma anualidad, a expedir las autorizaciones correspondientes, sin embargo, la mora para programación de los servicios, obedeció a una conducta de la IPS a la que fue remitido el menor aquí representado, esto es, la CLÍNICA UROS S.A., situación que es ajena a la órbita de competencia de la EPS; en vista de lo anterior, al no demostrarse que exista un actuar negligente por parte de la EPS encartada, 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.

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

¹² 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 Constitucional¹³:

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

*Por otra parte, la Corte en Sentencia T-131 de 2007 se pronunció sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, afirmando el principio "**onus probandi incumbit actori**" que rige en esta materia, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez, obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho."*

Así las cosas, se concederá el amparo al derecho fundamental a la salud, conforme a los argumentos esbozados.

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. – TUTELAR el derecho fundamental a la salud reclamado la representante legal del menor **JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI**, identificada con registro civil No. 1.117.946.935, conforme a lo esbozado en la parte considerativa.

SEGUNDO. –ORDENAR a la **EPS ASMET SALUD**, que, de manera inmediata a la notificación del fallo, proceda a realizar los trámites administrativos necesarios para garantizar el suministro de los servicios de transporte y hospedaje al menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI y un acompañante, con el fin de que asista a la "CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGIA", que se encuentra programada para el día 10 de febrero de 2023 a las 10:00 a.m., en la CLÍNICA UROS, ubicada en la ciudad de Neiva.

TERCERO. – ORDENAR a la **EPS ASMET SALUD**, que, en adelante, le suministre los servicios de transporte y hospedaje al menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI y un acompañante, cuando deba desplazarse a un lugar diferente al de su domicilio, con ocasión a los diagnósticos "K402 HERNIA INGUINAL BILATERAL SIN OBSTRUCCION NI GANGRENA" y "Q532 TESTICULO NO DESCENDIDO BILATERAL".

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

CUARTO. - ORDENAR a la **CLÍNICA UROS S.A.** de Neiva-Huila, que, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, a la solicitud de agendamiento de los procedimientos de HERNIORRAFIA INGUINAL BILATERAL VÍA ABIERTA, RESECCIÓN DE LESIÓN TESTICULAR y ORQUIDOPEXIA BILATERAL VÍA ABIERTA, para el menor JHOAN STIVEN PALOMAR SAMBONI, deberá proceder a informar una fecha razonable para su realización, siempre y cuando se haya emitido por parte del especialista en Anestesiología, el concepto favorable que se requiere para la práctica de los mismos.

QUINTO. - NEGAR las demás pretensiones elevadas, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa.

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

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

OCTAVO. - 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: **a2f99f156ca7f0142fe99791317ff38378dd57a590c8ecfcbb3b95b1837fb81b**

Documento generado en 09/02/2023 02:29:22 PM

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