



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, Siete (07) de septiembre de dos mil Veinte
(2020)

RAD: 20001 31 03 002 2020 00076 00 Acción de tutela de primera instancia promovida por **CARMEN ROSA PEREZ MORALEZ** contra **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, y SALUD TOTAL EPS**. Derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida, a la igualdad y seguridad social.

ASUNTO A TRATAR:

Procede el Despacho a resolver lo que en derecho corresponda en la presente Acción de Tutela de primera instancia impetrada por **CARMEN ROSA PEREZ MORALEZ** contra **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, y SALUD TOTAL EPS**.

HECHOS:

Como sustento fáctico de la acción constitucional, el accionante manifiesta en síntesis lo siguiente:

Está afiliada a la E.P.S. SALUD TOTAL, en el régimen subsidiado, tiene 56 años de edad, desempleada, actualmente convive en la casa de su madre quien es una persona perteneciente al grupo etaria de la tercera edad, puesto que tiene 80 años de edad y sufre de coagulación, así mismo convive con menores de edad y recién nacidos; por ende, ha recibido subsidio alguno de ninguna índole, ni ingreso solidario, ni devolución de impuesto, ni ningún tipo de apoyo por parte del gobierno en medio de esta emergencia sanitaria.

Conseguí su sustento de fuentes de ingresos informales, (venta de confites, etc.). El día doce (12) de agosto del año 2020, empasó a padecer una sintomatología que limitó su capacidad para poder movilizarse viéndose obligada a estar en reposo y solicitar cita médicas, el médico procedió a indicarle que no saliera más y tomara medidas de aislamiento puesto que lo más probable es que fuera portadora del COVID - 19.

Con ocasión a lo anterior, quedó sin percibir recurso alguno y al merced de lo que sus vecinos quisieran o pudieran colaborarle mientras me encuentro en aislamiento obligatorio.

El día 21 de agosto del 2020, le confirmaron a través de llamada telefónica los médicos adscrito a la EPS SALUD TOTAL, que tiene coronavirus, así mismo se visualiza en la plataforma, inmediatamente procedió a indicarle al médico que no podía cumplir con un aislamiento, puesto que no tenía ingreso alguno con que

sufragar los gastos propios de dicha enfermedad así como la alimentación, el encierro en una habitación sin realizar ningún tipo de actividad que previera de algún lucro económico, manifestándole el médico que lamentablemente eso no era competencia de la E.P.S.

Solicite a la E.P.S. que le suministraran un auxilio económico, para sustentar sus necesidades básicas o en su defecto que por lo menos le dieran los elementos de protección personal para no contagiar a las personas que conviven con ella, y le indicaron que tampoco tenían conocimiento que la EPS pudiera otorgar elementos de protección persona a una persona diagnosticada con COVI 19.

DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE ESTIMAN VIOLADOS:

La parte actora considera con base en los anteriores hechos se le ha vulnerado los derechos fundamentales petición, seguridad social, igualdad, salud en conexidad con la vida y debido proceso, igualdad, mínimo vital y vida digna.

PRETENSIONES:

La accionante solicita Tutelar los derechos constitucionales a la petición, seguridad social, igualdad, salud en conexidad con la vida y debido proceso, igualdad, mínimo vital y vida digna, los cuales estima vulnerados por la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES).

Como consecuencia de lo anterior, se le ORDENE a la accionada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES), o a quien corresponda realizar el pago de siete días de salario mínimo legal mensual vigente, compensación económica que contempla el capítulo III del artículo 8 del decreto 1109 del 10 de agosto del 2020, en concordancia con el decreto legislativo 538 del 2020.

Y Ordenar a la accionada SALUD TOTAL E.P.S., a realizar de manera oportuna y diligente la entrega de los elementos y medicamentos de protección personal para el cuidado y protección del COVID 19, esto es (tapabocas, gel antibacterial, alcohol, guantes, polainas, gorro, vitamina c, etc.) y se ordene a la accionada que no incurra en los mismos comportamientos que originaron esta acción, so pena de las sanciones que contempla el Artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

PRUEBAS:

PARTE ACCIONANTE:

- 1.- Copia historia clínica.
- 2.- Copia donde se me informa que soy portadora del COVID 19.
- 3.- Copia o capture del pantallazo del ADRES, donde se observa que soy subsidiada.

PARTE ACCIONADA:

SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL:

1.- Comunicación a la doctora DIANA CARDENAS GAMBOA, en oficio SLS-1428 de fecha 06 de julio-20, Directora General del ADRES.

SALUD TOTAL EPS:

- 1.- Historia Clínica.
- 2.- SOLICITUD INFORMACIÓN - AFILIACIÓN SALUD TOTAL EPS S.A.
- 3.- Cámara de Comercio.

TRÁMITE PROCESAL:

Con proveído fechado 25 de Agosto de 2020, este Despacho Judicial admitió la acción de tutela, corriendo de ella traslado a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, y SALUD TOTAL EPS, concediéndoles el término de dos (2) días, para que rindiera un informe sobre los hechos relatados en la acción presentada y se vincularon a la Alcaldía Municipal de Valledupar, Cesar, a la Secretaria de Salud Departamental, al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, al Ministerio de la Salud, Superintendencia Nacional en Salud y el Departamento Nacional de Planeación.

CONTETACION ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES:

Argumenta, que la accionante no ha agotado el proceso administrativo que la misma norma le impone, al ser el usuario de forma directa quien con la E.P.S. del régimen subsidiado con la que se encuentre afiliado, reporta sus datos, con el fin de que las E.P.S. den cabal cumplimiento a lo dispuesto por el Decreto 580 y 1109 de 2020, en tanto son dichas Entidades Promotoras de Salud las que reconocerán a sus afiliados el beneficio, previa verificación de las condiciones, por lo que se evidencia que la acción de tutela no cumple con el criterio de subsidiariedad.

En virtud de lo anterior, solicita declarar improcedente la acción de tutela.

CONTETACION DE SALUD TOTAL EPS:

Arguye, que a la protegida no se le ha desprotegido y se le ha brindado un tratamiento ADECUADO, OPORTUNO Y PERTINENTE y de manera integral, se le ha autorizado servicios, medicamentos y demás que están indicados médicamente estén o no incluidos en el plan de beneficios. Así mismo, la atención del paciente se ha brindado de manera adecuada y pertinente ya que el médico ha presentado adherencia a las guías institucionales en los protocolos de manejo definidos para la patología por la cual consulta el paciente; siendo estas guías basadas en la mejor evidencia científica, el manejo medico instaurado se ha basado de acuerdo a los resultados reportados de los paraclínicos realizados para apoyar el diagnostico definido, donde las decisiones tomada sobre el manejo instaurado estuvieron de acuerdo a los requerimientos y sus necesidades.

En virtud de lo anterior, declarar improcedente la acción de tutela.

CONTETACION DE LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR:

Indica que, la acción de tutela no es la vía expedita para solicitar el pago de salarios o compensaciones económicas, en mérito de que para ello existen otros medios de defensa judicial al alcance de la accionante, que le permitirán solicitar el reconocimiento de sus derechos.

Manifiesta, que el Municipio de Valledupar, tiene y viene distribuyendo a la población de su territorio ayudas a la población pobre y vulnerable, de igual manera tiene programas de ayuda social articulados con entidades del orden Nacional, para socorrer a sus ciudadanos en casos como el comentado, en mérito de ello, se debe vincular al Ente Local, al presente trámite para que ofrezca las posibles soluciones que a bien tenga con respecto a la accionante.

En virtud de lo anterior, solicita declarar improcedente la acción de tutela.

CONTETACION DE LA ALCALDIA DE VALLEDUPAR:

Manifiesta, que los programas de apoyo alimentario, locales y nacionales, fueron de carácter transitorio y ya agotaron su alcance material y temporal, por ende, la accionante no se ha presentado a ningún programa permanente de la Nación y tampoco se ha inscrito en los proyectos locales mencionados, por lo tanto, entrar a fase prestacional exige agotar unos procedimientos que la accionante debe iniciar para su clasificación socio-económica y su potencial acceso a ayudas que se ofertan a través de procedimientos reglados y que ella no ha agotado.

Por lo anterior, solicita que se le desvinculen de la acción de tutela.

CONTETACION DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN:

Alega, que la acción de tutela prospere, se debe dirigir contra la autoridad que presuntamente violó uno o más derechos fundamentales, en el caso el DNP no ha vulnerado alguno de ellos.

E virtud de lo anterior, solicita declarar improcedente la acción de tutela.

CONTETACION DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL:

Arguye, que carecen de competencia para acceder a las pretensiones de la parte actora referente a las ayudas e incentivos a ajenos a los programas manejados por prosperidad social y aquellos otorgados por el Gobierno Nacional para mitigar la crisis a través de otras entidades.

Indica, que la actora no beneficiaria del programa ingresos solidarios, puesto que el sisben le aparece en el nivel III.

En virtud de lo anterior, solicita denegar la acción de tutela.

CONTETACION DEL MINISTERIO DE LA SALUD:

Manifiesta que no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la parte actora por tal motivo solicita declarar improcedente la acción de tutela.

CONTETACION DE LA SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL DE VALLEDUPAR:

Alegan, que enviaron a la oficina de Gestión Social para su conocimiento de la presente tutela, petición relacionada con las ayudas sociales que la citada requiere. De igual manera, enviaron comunicación a la doctora DIANA CARDENAS GAMBOA, en oficio SLS-1428 de fecha 06 de julio-20, Directora General del ADRES, donde en uno de sus apartes le exponen que tienen dudas con lo establecido por el artículo 14° del Decreto 536 de 2020 respecto a la compensación económica temporal, ya que le habíamos requeridos a las EPS el proceso y las mismas manifiestan que están esperando directrices del ADRES para proceder al pago de estos recursos a sus afiliados positivos COVID-19 en el régimen subsidiado.

CONTETACION DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD:

Arguye, que no ha vulnerado derecho constitucional alguno a la parte actora, por ende, le corresponde a las entidades promotora de la salud, de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud, pues el aseguramiento en salud, exige que el asegurador (EPS), asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y vida del asegurado, y cumpla cabalmente con las obligaciones frente a "...la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas." (Cfr. Art. 15 Ley 1751 de 2015), lo cual implica la asunción de obligaciones y responsabilidades contractuales.

En virtud de lo anterior, solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL:

La acción de tutela es un mecanismo de defensa establecido por la constitución a favor de todas personas cuyos derechos fundamentales sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente previstos por la constitución y la ley, cuyo amparo inmediato puede ser reclamado ante los jueces de la república. Esta acción constitucional es de carácter preferente, sumario y subsidiario, por cuanto a él se recurre cuando no estén contemplados otros medios de defensa judicial, tal como indica el

artículo 86 de la constitución nacional en su inciso tercero: esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, limitación esta que fue reiterada en el numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991.

LEGITIMACION ACTIVA

La accionante CARMEN ROSA PEREZ MORALEZ, actuando en nombre propio impetra acción de tutela, teniendo como objetivo que constitucionalmente a través del presente mecanismo, le salvaguarden los derechos fundamentales constitucionales vulnerados, su fundamento está en el artículo 86 de la C.N.

LEGITIMACIÓN PASIVA:

La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, y SALUD TOTAL, conforme como lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, se encuentran legitimadas como parte pasivas en el presente asunto, en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales.

INMEDIATEZ Y SUFSIDIARIDAD:

Con respecto a este presupuesto considera esta agencia judicial que el mismo se cumple puesto que el estado de emergencia fue declarado por el Presidente la Republica en el mes de marzo y la presente acción de tutela se impetró el 24 de agosto del hogano, lo cual indica que no han transcurrido más seis (06) meses, siendo oportuna y razonable la reclamación del derecho violentado, dado a que a la presentación del presente mecanismo.

"La eficacia de la acción de tutela frente a la protección de los derechos fundamentales se encuentra relacionada directamente con la aplicación del principio de la inmediatez, presupuesto sine qua non de procedencia de dicha acción, dado que su objetivo primordial se encuentra orientado hacia la protección actual, inmediata y efectiva de derechos fundamentales. Bajo ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, siendo el elemento de la inmediatez consustancial al amparo que la acción de tutela brinda a los derechos de las personas, ello necesariamente conlleva que su ejercicio deba ser oportuno y razonable"

Respecto de la oportunidad en la presentación de la acción de tutela, esta Corporación ha sido enfática en señalar que debe ejercitarse dentro de un término razonable que permita la protección inmediata del derecho fundamental presuntamente trasgredido o amenazado, pues, de lo contrario, el amparo constitucional podría resultar inocuo y, a su vez, desproporcionado frente a la finalidad perseguida por la acción de tutela, que no es otra que la protección actual, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales"

PROBLEMA JURIDICO:

En el presente asunto, el problema jurídico a resolver radica: ¿Si existe vulneración a los derechos fundamentales a la petición, seguridad social, igualdad, salud en conexidad con la vida y debido proceso, igualdad, mínimo vital y vida digna a CARMEN ROSA PEREZ MORALES, al no entregarle los implementos de bioseguridad y el pago de los siete (07) días SMLMV.

Improcedencia de la acción de tutela cuando se interpone de manera directa sin que el interesado hubiere acudido previamente a requerir la prestación de lo solicitado a la entidad accionada - Sentencia T-750/07:

Cuando el actor presenta directamente la acción de tutela ante el juez sin impetrar previamente sus peticiones a las entidades accionadas, parte del supuesto hipotético de que serán negadas sus solicitudes y, al parecer, estima que el camino más fácil para obtener lo pretendido consiste en acudir directamente a la acción de amparo.

Resulta a todas luces inadecuada esta práctica porque, sin desconocer el inmenso estado de angustia que lleva consigo la presencia de una presunta vulneración a un derecho fundamental, la solución no está en acudir directamente al juez de tutela con base en una posible negativa en la prestación del servicio, sin detenerse a considerar que, en la generalidad de los casos, la vulneración que podrá examinar el juez únicamente podrá partir de la base de que en realidad existe la negativa o la omisión de la entidad accionada, en suministrar lo pretendido por el actor, pues, si no existe la negativa o la omisión de lo solicitado, difícilmente puede darse la violación de algún derecho fundamental.

En otras palabras, el juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, sólo le es dado hacerlo si existen en la realidad las acciones u omisiones de la autoridad y ellas constituyen la violación de algún derecho fundamental.

Improcedencia de la acción de tutela ante la inexistencia de una conducta respecto de la cual se pueda efectuar el juicio de vulnerabilidad de derechos fundamentales - Sentencia T-130/14:

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 vulnere los derechos fundamentales existan (...) "^[20], 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 pretermittiera 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 violación de un derecho fundamental, debe declarar la improcedencia de la acción de tutela.

Ahora bien, de los hechos expuestos en este caso por la agente oficiosa se observa que a John Edwin Díaz Cardona hace cinco años no lo valora un médico, y que no lo ha llevado a Emssanar E.S.S. para que allí le ordenen y autoricen lo pretendido en sede de tutela, pues él mismo lo impide. Lo que concuerda con las demás pruebas allegadas al proceso, pues estas muestran que la última valoración diagnóstica que se le realizó fue el día 24 de enero de 2009 por una médica particular especialista en psiquiatría.

Igualmente, Emssanar E.S.S. sostuvo que la accionante nunca se ha acercado a la entidad para pedir la atención integral o la internación de su hijo, motivo por el cual, no existe evidencia de siquiera una orden médica expedida por el médico tratante de John Edwin Díaz Cardona, que avale o determine la solicitud elevada por la tutelante, ni tampoco hay prueba o indicio de alguna negación del servicio requerido por la peticionaria.

En este orden de ideas, atendiendo a las consideraciones expuestas anteriormente, la Sala encuentra que en el presente caso no existe ninguna conducta concreta, activa u omisiva, que haya podido concluir con la supuesta afectación de los derechos fundamentales alegados por la peticionaria, y a partir de la cual se puedan impartir órdenes para la protección del agenciado y su madre, o hacer un juicio de reproche a la entidad accionada.

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL TRÁMITE DE TUTELA - SENTENCIA T-040/18:

De conformidad con el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, la tutela es un mecanismo informal, lo que significa que simplemente se exige que en la solicitud se exprese (i) la acción o la omisión que la motiva, (ii) el derecho que se considera violado o amenazado, (iii) el nombre de quien es autor de la amenaza o agravio, y (iv) la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que, en principio, la informalidad de la acción de tutela y el hecho de que el actor no tenga que probar que es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política, no lo exoneran de demostrar los hechos en los que basa sus pretensiones. En efecto, la Corte ha sostenido que quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que funda su pretensión.

Del mismo modo, esta Corporación ha establecido que el amparo es procedente cuando existe el hecho cierto, indiscutible y probado de la violación o amenaza del derecho fundamental alegado por quien la ejerce. Por consiguiente, el juez no puede conceder la protección solicitada simplemente con fundamento en las afirmaciones del demandante, y si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, el juez debe negar la tutela, pues ésta carece de justificación.

En ese orden de ideas, la Corte ha señalado que la decisión judicial "no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela."

Ahora bien, en esta clase de procedimientos el régimen probatorio se rige por las facultades excepcionales que confieren los artículos 18, 20, 21 y 22 del Decreto 2591 de 1991 al juez de amparo. Así, el juez de tutela debe hacer uso de sus facultades oficiosas y constatar la veracidad de las afirmaciones realizadas por las partes. En ese orden de ideas, cuando el juez constitucional tiene dudas acerca de los hechos del caso concreto, le corresponde pedir las pruebas que considere necesarias de manera oficiosa. De este modo, su decisión se basará en hechos plenamente demostrados, para lograr decisiones acertadas y justas que consulten la realidad procesal.

En consecuencia, en sede de tutela la regla según la cual corresponde al accionante probar todos los hechos en que fundamenta su solicitud de amparo, se aplica de manera flexible, pues el juez debe hacer uso de sus poderes oficiosos para conocer la realidad de la situación litigiosa, "(...) de manera que no sólo está facultado para pedir informes a los accionados respecto de los hechos narrados en el escrito de tutela, sino que está obligado a decretar pruebas cuando persisten las dudas respecto de los hechos del caso estudiado.

Carencia actual de objeto por hecho superado

"El artículo 86 de la Constitución Política faculta a todas las personas para exigir ante los jueces, mediante un procedimiento preferente, la protección oportuna de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando de alguna manera resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier entidad pública o privada.

Sin embargo la doctrina constitucional ha reiterado que la acción de tutela, "*pierde su razón de ser cuando durante el trámite del proceso, la situación que genera la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados es superada o finalmente produce el daño que se pretendía evitar con la solicitud de amparo*"¹. De este modo, la tutela no sería un mecanismo idóneo, pues ante la ausencia de supuestos facticos, la acción de tutela pierde su eficacia².

Al desaparecer el objeto jurídico sobre el cual recaería la eventual decisión del juez constitucional encaminada a amparar y proteger las garantías y los derechos que se encuentren en peligro, sería inocua y carecería de todo sustento y razón de ser, contrariando el objetivo que fue previsto para esta acción³; *sin embargo esto no significa que el juez constitucional no pueda pronunciarse de fondo ante una evidente*

¹ Sentencia T-970 de 2014, T- 011 de 2016.

² Sentencias T-495 de 2001, T- 692 de 2007, T178 de 2008, T-975 de 2008, T-162 de 2012, T- 499 de 2014, T- 126 de 2015, Sentencia T- 011 de 2016.

³ Sentencias: SU-225 de 2013; T-317 de 2005, Sentencia T-867 de 2013.

*infracción a los derechos fundamentales, corregir las decisiones judiciales de instancia y emitir una orden preventiva al respecto*⁴.

En Sentencia T-481 de 2016, esta Sala reiteró el desarrollo constitucional respecto del concepto de "carencia actual de objeto" y los tres eventos que se configuran, con el fin de identificar la imposibilidad material en la que se encuentra el juez de la causa para dictar alguna orden que permita salvaguardar los intereses jurídicos que le han sido encomendados. Este fenómeno puede surgir de tres maneras: **(i)** hecho superado, **(ii)** daño consumado" o **(iii)** situación sobreviniente.⁵

(i) El hecho superado: "regulada en el artículo 26 del decreto 2591 de 1991, comprende el supuesto de hecho en el que, entre el momento en que se interpone la demanda de amparo y el fallo, se evidencia que, **como producto del obrar de la entidad accionada**, se eliminó la vulneración a los derechos fundamentales del actor, esto es, tuvo lugar la conducta solicitada (ya sea por acción o abstención) y, por tanto, **(i)** se superó la afectación y **(ii)** resulta inocua cualquier intervención que pueda realizar el juez de tutela para lograr la protección de unos derechos que, en la actualidad, la accionada ha dejado de desconocer"⁶

(ii) El daño consumado "se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental"⁷

(iii) Situación sobreviniente surge con el acaecimiento de alguna situación, que no tiene origen en el obrar de la entidad accionada, en la cual la vulneración predicada ya no tiene lugar debido a que el o la tutelante pierde el interés en la satisfacción de la pretensión solicitada o por que el actor asumió una carga que no le correspondía. ⁸

Ahora bien, sobre el "hecho superado" esta Corte ha precisado el deber que tienen los jueces constitucionales durante la presentación de la acción de tutela y la decisión de la misma. A saber:

"No es perentorio para los jueces de instancia, aunque sí para Corte en sede de Revisión, incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo puede hacerlo, sobre todo si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so

⁴ Sentencia T-200 de 2013.

⁵ Sentencias T-988 de 2007, T-585 de 2010 y T-200 de 2013.

⁶ Sentencia T-481 de 2016

⁷ Sentencia T-083 de 2010, Sentencia T-481 de 2016.

⁸ Sentencia T -200 de 2013, Sentencia T-481 de 2016.

pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado".⁹

De acuerdo con lo expuesto, en caso de que el juez de tutela verifique que se está ante un evento que no es actual y que configuró un peligro que ya se subsanó, debe proceder a declarar la carencia actual de objeto por hecho superado, sin que esto signifique que no se pueda pronunciar de fondo ante una evidente infracción de los derechos fundamentales".

EL CASO CONCRETO:

Para comenzar, CARMEN ROSA PEREZ MORALES, acude a este mecanismo de protección constitucional en aras que se le protejan sus derechos fundamentales constitucionales a la petición, seguridad social, igualdad, salud en conexidad con la vida y debido proceso, igualdad, mínimo vital y vida digna, presuntamente vulnerados por La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, y SALUD TOTAL.

Como fundamento fáctico, la parte actora alega que fue positivo para Covid-19, y le ordenaron medidas aislamiento, alega que su labor es vendiendo confites y vive con una señora adulta mayor, por lo tanto, no tiene ingresos para solventar sus necesidades básicas al cumplir dicha medida y tampoco cuenta con elementos necesarios para evitar el contagio a los integrantes que conviven con ella.

La respuesta al problema jurídico se encamina de carácter negativo puesto que la accionante acude a la acción de manera directa sin haber agotado los procedimientos administrativos correspondientes para solicitar lo que hoy es objeto del presente mecanismo, por lo tanto, no es recibo pasar por alto sin que se le dé la oportunidad a las entidades accionadas para responder su solicitud.

Así mismo, la contestación realizada por la Administradora de los Recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud, indica que **"la accionante no ha agotado el proceso administrativo que la misma norma le impone, al ser el usuario de forma directa quien con la E.P.S. del régimen subsidiado con la que se encuentre afiliado, reporta sus datos, con el fin de que las E.P.S. den cabal cumplimiento a lo dispuesto por el Decreto 580 y 1109 de 2020, en tanto son dichas Entidades Promotoras de Salud las que reconocerán a sus afiliados el beneficio, previa verificación de las condiciones, por lo que se evidencia que la acción de tutela no cumple con el criterio de subsidiariedad"**

Igualmente, SALUD TOTAL EPS, manifiesta que, **"a la protegida no se le ha desprotegido y se le ha brindado un tratamiento ADECUADO, OPORTUNO Y PERTINENTE y de manera integral, se le ha autorizado servicios, medicamentos y demás que están indicados médicamente estén o no incluidos en el plan de beneficios. Así mismo, la atención del paciente se ha brindado de manera adecuada y pertinente ya que el médico ha presentado adherencia a las guías institucionales en los protocolos de manejo definidos para la patología por la cual consulta el paciente; siendo**

⁹ Sentencia T-842 de 2011, Sentencia T-388 de 2012

estas guías basadas en la mejor evidencia científica, el manejo médico instaurado se ha basado de acuerdo a los resultados reportados de los paraclínicos realizados para apoyar el diagnóstico definido, donde las decisiones tomadas sobre el manejo instaurado estuvieron de acuerdo a los requerimientos y sus necesidades”

De la misma forma, la Secretaría de Salud Municipal de Valledupar, dice que *“que enviaron a la oficina de Gestión Social para su conocimiento de la presente tutela, petición relacionada con las ayudas sociales que la citada requiere. De igual manera, enviaron comunicación a la doctora DIANA CARDENAS GAMBOA, en oficio SLS-1428 de fecha 06 de julio-20, Directora General del ADRES, donde en uno de sus apartes le exponen que tienen dudas con lo establecido por el artículo 14° del Decreto 536 de 2020 respecto a la compensación económica temporal, ya que le habíamos requeridos a las EPS el proceso y las mismas manifiestan que están esperando directrices del ADRES para proceder al pago de estos recursos a sus afiliados positivos COVID-19 en el régimen subsidiado”*

De misma manera, la Alcaldía Municipal de Valledupar, establece *“que los programas de apoyo alimentario, locales y nacionales, fueron de carácter transitorio y ya agotaron su alcance material y temporal, por ende, la accionante no se ha presentado a ningún programa permanente de la Nación y tampoco se ha inscrito en los proyectos locales mencionados, por lo tanto, entrar a fase prestacional exige agotar unos procedimientos que la accionante debe iniciar para su clasificación socio-económica y su potencial acceso a ayudas que se ofertan a través de procedimientos reglados y que ella no ha agotado.*

Habida cuenta, la actora pretende imputar responsabilidad a las partes accionadas cuando ni siquiera hay una negativa de alguna solicitud de ayuda, se vislumbra que salto directamente a la acción de tutela sin acudir a las entidades solicitando la misma, la jurisprudencia ha establecido que no es de recibo que la persona alegue una vulneración cuando ni siquiera hay una negativa por parte de la parte accionada, pues, las personas deben agotar los medios administrativos y judiciales en primera medida antes de acudir a la acción de tutela.

De todas maneras, SALUD TOTAL EPS, manifestó que le ha venido prestando los servicios de salud a la accionante, inclusive, relaciona la entrega de unos medicamentos los cuales han sido suministrados por causa del diagnóstico covid-19. No obstante, frente a las otras pretensiones del libelo de tutela (tapabocas, gel antibacterial, alcohol, guantes, polainas, gorro, vitamina c, etc.), no existe prescripción médica que así lo determine, pues, es el médico tratante que a través del criterio técnico científico debe soportar tales insumos que hoy solicita la accionante.

Igualmente, la secretaria de Salud Municipal, manifestó que ya le dio traslado a la oficina de Gestión Social sobre las ayudas que necesita la actora, para lo cual, deberá acudir a este tipo de entidades en aras de averiguar sobre el estado de la solicitud mentada.

La Jurisprudencia ha sostenido que las personas deben agotar los medios administrativos y judiciales que tienen a su alcance para proteger sus derechos constitucionales, en primer lugar, por lo tanto, dejando la acción de tutela en la última ratio para acudir

a ella cuando existe una negativa por parte de la entidad que vulnere cualquier derecho fundamental, siempre y cuando se acredite los requisitos jurisprudenciales.

Por otra parte, el art. 5 del decreto 2591 de 1991, establece que *"La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito"*

Aunado a lo anterior, analizando las circunstancias particulares del caso concreto, la accionante acude a esta acción constitucional en la búsqueda de la protección de los derechos fundamentales y en consecuencia que se ordene a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, y SALUD TOTAL la entrega de unos insumos referidos y el pago de la compensación económica, sin haber agotado por lo menos la instancia administrativa (Derecho de petición) para solicitar lo que hoy busca en sede de tutela.

Así entonces, no agotar la instancia administrativa ante la entidad y venir directamente a la acción a la tutela aduciendo que la entidad le está conculcado sus derechos constitucionales no es de recibo, puesto que no se puede suponer que le parte accionada le va a negar la solicitud y se viene directamente a la tutela; así lo ha sostenido la Corte Constitucional en lo siguiente:

Cuando el actor presenta directamente la acción de tutela ante el juez sin impetrar previamente sus peticiones a las entidades accionadas, parte del supuesto hipotético de que serán negadas sus solicitudes y, al parecer, estima que el camino más fácil para obtener lo pretendido consiste en acudir directamente a la acción de amparo.

Resulta a todas luces inadecuada esta práctica porque, sin desconocer el inmenso estado de angustia que lleva consigo la presencia de una presunta vulneración a un derecho fundamental, la solución no está en acudir directamente al juez de tutela con base en una posible negativa en la prestación del servicio, sin detenerse a considerar que, en la generalidad de los casos, la vulneración que podrá examinar el juez únicamente podrá partir de la base de que en realidad existe la negativa o la omisión de la entidad accionada, en suministrar lo pretendido por el actor, pues, si no existe la negativa o la omisión de lo solicitado, difícilmente puede darse la violación de algún derecho fundamental.

En otras palabras, el juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, sólo le es dado hacerlo si existen en la realidad las acciones u omisiones de la autoridad y ellas constituyen la violación de algún derecho fundamental.

Adicionalmente, la parte actora tenía la carga de acreditar sus afirmaciones, conforme lo indica la sentencia T - 2007, que establece:

"El artículo 22 del mencionado decreto, "el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa,

podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas". Pero esta disposición no puede entenderse como una autorización legal para que el juez resuelva sin que los hechos alegados o relevantes para conceder o negar la protección hayan sido probados, cuando menos en forma sumaria dadas las características de este procedimiento. Su determinación no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. A esa conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes"

"El directo afectado debe demostrar la afectación de su mínimo vital, señalando qué necesidades básicas están quedando insatisfechas, para lograr la protección y garantía por vía de tutela, pues de no ser así, derechos de mayor entidad, como la vida y la dignidad humana se pueden ver afectados de manera irreparable"

*"En este punto, es necesario enfatizar el hecho de que, no basta hacer una afirmación llana respecto de la afectación del mínimo vital, sino que dicha aseveración debe venir acompañada de pruebas fehacientes y contundentes de tal afectación, que le permitan al juez de tutela tener la certeza de tal situación."*¹⁰

En ese orden de ideas, dentro del presente juicio constitucional no se haya acreditado los hechos y el quebrantamiento del mínimo vital de la parte actora, solo quedo en afirmaciones sin que demostrara con pruebas siquiera sumaria lo pretendido en el libelo de tutela, así como lo ha puntualizado la jurisprudencia de la siguiente manera:

La jurisprudencia constitucional ha establecido que, en principio, la informalidad de la acción de tutela y el hecho de que el actor no tenga que probar que es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política, **no lo exoneran de demostrar los hechos en los que basa sus pretensiones. En efecto, la Corte ha sostenido que quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que funda su pretensión.**

Del mismo modo, esta Corporación ha establecido que el amparo es procedente cuando existe el hecho cierto, indiscutible y probado de la violación o amenaza del derecho fundamental alegado por quien la ejerce. Por consiguiente, el juez no puede conceder la protección solicitada simplemente con fundamento en las afirmaciones del demandante, y si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, el juez debe negar la tutela, pues ésta carece de justificación.

Así entonces, la parte actora debió de agotar previamente los recursos que tiene en instancias administrativas, como lo es el derecho de petición, cabe aclarar que solicita el amparo de este derecho, pero no aparece solicitud formal enviada y recibida por las entidades accionadas, pero lo cual no podría haber vulneración alguna cuando esta afirmación no se encuentra acreditada.

A juicio de este Despacho Constitucional no existe los elementos de juicio necesarios para determinar si las entidades accionadas

¹⁰ Sentencia T-131/07.

estén incurriendo en transgresión alguna de los derechos mentados, por lo tanto, la parte actora deberá acudir a cada una de las entidades accionadas y formularle las pretensiones que hoy propuso en sede de tutela, acreditando la vulneración de dichos derechos.

Cabe resaltar, que SALUD TOTAL EPS, alega que el núcleo familiar de la actora presenta ingresos por tener contrato de trabajo, vigente, hecho este que desvirtúa lo manifestado por ella, al carecer el hogar de ingresos, puesto que la familia en primer lugar, está llamada a la corresponsabilidad.

Así las cosas, habiendo ausencia de vulneración a los derechos constitucionales, por cuanto no existe una acción u omisión por parte de las entidades accionadas, además de ello, no existiendo prueba sumarias que acreditaran las afirmaciones de la actora se procederá a declarar improcedente la acción de tutela promovida por CARMEN ROSA PEREZ MORALEZ, contra la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, y SALUD TOTAL.

Conminar a la parte actora para que presente derecho de petición a las entidades, solicitando lo que hoy pretende en sede de tutela.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar, Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: Declarar improcedente la acción de tutela promovida por CARMEN ROSA PEREZ MORALEZ, contra la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, y SALUD TOTAL, por las motivaciones antes expuestas.

SEGUNDO: Conminar a la parte actora para que presente derecho de petición a las entidades, solicitando lo que hoy pretende en sede de tutela.

TERCERO: Notifíquese esta providencia a las partes en la forma más expedita.

CUARTO: Si esta sentencia no fuere impugnada, remítase a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

GERMAN DAZA ARIZA
Juez.