



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto: Acción de tutela N° 2021 – 655 - 01

Proveniente del Juzgado Setenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá transformado transitoriamente en Juzgado Cincuenta y Siete de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple.

Sentencia Segunda Instancia

Fecha: Agosto 19 de 2021

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Nacional 2591 de 1991 se emite sentencia de segundo grado en la actuación de la referencia.

1.- Identificación de la parte accionante: (Art. 29 Núm. 1 D. 2591/91):

- Solicitante: Humberto Gracia Baracaldo, identificado con C.C. 19.262.871.
- Agente oficioso: Viviana Angélica Gracia Villalobos, identificada con C.C. 1.033.777.041.

2.- Identificación de quien provenga la amenaza o vulneración: (Art. 29 Núm. 2 D. 2591/91):

a) La actuación es dirigida por el tutelante en contra de:

- EPS Famisanar.

b) Vinculadas:

- Hospital Universitario Clínica San Rafael.
- Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES.
- Superintendencia Nacional de Salud.
- Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E.
- Hospital Santa Clara.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

3.- Determinación del derecho tutelado: (Art. 29 Núm. 3 D. 2591/91):

La accionante indica que se trata de los derechos fundamentales a la vida, salud, igualdad y dignidad humana.

4.- Síntesis de la demanda:

a) *Hechos:* La parte accionante indicó:

- Humberto Gracia Baracaldo desde 2019 presentó problemas de próstata, por lo que en 2020 se realizó extirpación por cáncer, perdiendo continencia y requiriendo pañales.
- En abril 11 de 2021, sufrió caída por las escaleras fue atendido en Hospital Santa Clara, de donde fue egresado con oxígeno. Sufrió afectación en sus capacidades mentales, presentando episodios de desorientación y agresividad. También se afectó su movilidad pues pierde el equilibrio y aumento incontinencia urinaria. Requiere de una silla de ruedas. Es dependiente de un tercero para sus actividades, por lo que Viviana Angélica Gracia Villalobos, al ser su único familiar renunció a una beca con la que estaba estudiando técnico profesional en sistemas. La pensión de vejez es el único sustento.
- Entre abril 21 y mayo 4 estuvo internado en el Hospital San Rafael por el desmejoramiento en sus condiciones. Estuvo internado nuevamente entre mayo 10 y junio 21 porque presentó Covid 19.

b) *Petición:* Tutelar los derechos deprecados y ordenar a la accionada EPS Famisanar:

- Autorice y garantice el servicio de cuidador 24 horas, sin la mediación de orden médica.
- Garantice el servicio de transporte, con el fin de poder asistir a todas sus citas, procedimientos, exámenes y otros servicios médicos, dada su limitación para moverse.
- Entrega de pañales desechables tena slip talla M 180 al mes, toallas húmedas marca tena de 80 unidades 5 paquetes al mes, crema almipro de 500 gramos 3 al mes, guantes de manejo talla M 180 pares al mes requeridos para el cambio de pañal,



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

crema marly de 400 gramos 5 al mes y vaselina de 500 gramos 5 al mes para hidratación de la piel para prevenir lesiones.

- Entregue una silla de ruedas, cama hospitalaria, cojín y colchón antiescaras.
- Ejecute terapias ordenadas y mantenga la prestación de oxígeno domiciliario.
- Tratamiento integral, para síndrome de alteración del estado de la conciencia, antecedente de trauma craneoencefálico, acv de acm toast, secuelas por Covid 19 las demás expuestas en la historia clínica y todas las que se deriven.

5- Informes:

a) Superintendencia Nacional de Salud.

- La violación de los derechos conculcados no deviene de una acción u omisión de la entidad, lo que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva.

b) EPS Famisanar S.A.S.

- No hay, ni fue radicada orden médica para los servicios pretendidos, y tampoco fue adjuntada al escrito de tutela.
- Verificada la base de datos del paciente no cuenta con orden médica.
- No se encuentra facultada para suministrar servicios de salud sin que medie orden médica de un profesional de la salud.
- Los servicios de cuidador, toallas húmedas, crema marly, vaselina, silla de ruedas, cojín anti escaras, colchón anti escaras, se encuentran expresamente excluidos.
- El servicio que si tiene orden médica de suministro de oxígeno, fue entregado en el domicilio de la accionante en julio 13 de 2021.
- Fue programada valoración médica con la IPS Rohi para julio 16 de 2021, a efectos de determinar los servicios domiciliarios.
- Respecto del tratamiento integral, Famisanar EPS ha desplegado todas las acciones de gestión de prestación de servicios de salud en favor del usuario.
- El Juez de Tutela no reemplaza el dictamen de un profesional de la salud.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

c) Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E.

- No ha vulnerado los derechos del accionante, dado que prestó el servicio de salud requerido.
- Carece de legitimación en la causa por pasiva.
- Es improcedente la acción de tutela en tanto actuó en estricto cumplimiento al ordenamiento jurídico, y por tanto no existe una actuación u omisión que pueda ser endilgada.

d) Secretaría Distrital de Salud.

- Humberto Gracia Baracaldo se encuentra afiliado al régimen contributivo como cotizante de EPS Famisanar.
- La accionante debe presentar la orden médica que justifique lo solicitado.
- No ha incurrido en violación alguna de los derechos fundamentales de la accionante, dado que la responsable en concurrir en servicios del Plan de Beneficios en Salud es Famisanar EPS.

e) Hospital Universitario Clínica San Rafael.

- Garantizó oportuna y continuamente los servicios y tecnologías en salud requeridos por el paciente, por tanto no es la entidad llamada a resolver las peticiones del escrito de tutela.
- No tiene competencia para autorizar citas médicas, autorizar traslados o suministrar medicamentos o tratamientos requeridos por el usuario, dado que es función de la EPS.

f) Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

- Corresponde a la EPS y no al ADRES la prestación del servicio de salud.
- No tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar una EPS.

6.- Decisión impugnada.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Se resolvió la primera instancia de la siguiente manera:

a) Consideraciones: Negó la acción de tutela y ordenó a la EPS el agendamiento de terapia física, terapia del lenguaje, terapia fonoaudiológica integral y valoración fisioterapia, teniendo en cuenta que:

- El Juez de tutela no está facultado para ordenar prestaciones o servicios de salud sin que medie orden del médico tratante.
- Aun cuando la patología del señor Humberto Gracia Baracaldo es de alta gravedad, para que por vía de tutela se amparen sus derechos se debe demostrar que se ha incurrido en alguna violación.
- No se allegó ningún soporte clínico alusivo a las peticiones vistas en el numeral segundo a séptimo del acápite de pretensiones de la acción de tutela.
- El concepto médico goza de plena autonomía, por tanto debe ser respetado por el juez.
- No es posible ordenar practicar exámenes, asignar servicio de cuidador, facilitar transporte, entregar silla de ruedas, cama hospitalaria, cojín y colchón anti escaras, insumos como pañales, toallas húmedas, cremas, guantes y vaselina, porque no existe evidencia que lo justifique.
- No es viable la entrega de oxígeno en tanto la vulneración ya no existe.

b) Orden:

- Negar la acción de tutela.
- Ordenó a EPS Famisanar que garantice al señor Humberto Gracia Baracaldo terapia física, terapia del lenguaje, terapia fonoaudiología integral y valoración fisioterapia.

7.- Impugnación: (Art. 29 Num. 3 D. 2591/91):

Viviana Angélica Gracia Villalobos, presentó impugnación indicando:

- No se tuvo en cuenta que la única prueba que puede brindar es la negatividad de los médicos tratantes en ordenar un cuidador para su padre, y los insumos solicitados en la tutela.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

- No se tuvieron en cuenta las historias clínicas que demuestran el precario estado de salud de Humberto Gracia Baracaldo, el cual se ha deteriorado y no se puede valer por sí solo.
- Se desconoció que el núcleo familiar solo está compuesto con su hija Viviana Angélica Gracia Villalobos, quien no genera ningún ingreso ya que está desempleada, y no puede cubrir los gastos de cuidador y de los insumos solicitados.
- No se tiene en cuenta que el accionante percibe una pensión básica y le están realizando descuentos por un crédito solicitado.
- El oxígeno fue suministrado después de presentada la tutela, el cual fue recibido por Miriam Gracia.

8.- Problema jurídico:

¿La accionada y vinculadas vulneraron los derechos deprecados por la accionante?

9.- Consideraciones probatorias y jurídicas:

a.- Normas aplicables: Artículo 1, 48 y 49 de la Constitución Política de Colombia.

b.- Fundamentos de derecho:

A través de la sentencia **SU-062 de 2010**, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación, reiteró que el **derecho a la seguridad social es un derecho fundamental**, y como quiera que dentro de este derecho fundamental se encuentra el derecho a la salud, encuentra su conexidad también con otros derechos también de rango Constitucional, tales como el derecho a la vida, el derecho a una vida digna entre otros, por lo que resulta claro que la acción de tutela puede ser utilizada para proteger los mismos – Seguridad Social y derecho a la Salud – a fin de resguardarlos siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal, máxime cuando con la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 se regula el derecho fundamental a la salud.

“43. El artículo 48 de la Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social bajo una doble connotación: i) como derecho fundamental; y ii) como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado[60].

Esta garantía fundamental “surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos fundamentales cuando se encuentran ante la



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo”[61]. Su fundamentalidad se sustenta en el principio de dignidad humana en virtud del cual “resulta posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos”[62].

Según ha sido interpretado por esta Corporación, los objetivos de la seguridad social guardan necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho “como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político”[63].

44. La protección de este derecho fundamental se refuerza además según lo consagrado en distintos instrumentos internacionales[64]. En primer lugar, se tiene el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en virtud del cual “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

En el mismo sentido lo consagra el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona cuyo tenor dispone que “toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

De otro lado, el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales establece que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”. Así mismo, el artículo 9° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que “toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

45. Ahora bien, es claro que aun cuando el derecho a la seguridad social ostenta un carácter fundamental, tal particularidad no puede ser confundida con la posibilidad de hacerlo efectivo, en todos los casos, por medio de la acción de tutela.”

Respecto al derecho a la igualdad la Corte Constitucional en sentencia T-062 de 2018 señaló:

“El derecho a la igualdad y a la no discriminación se encuentra consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, el cual señala que todas las personas son iguales ante la ley y deben recibir el mismo trato por parte de las autoridades sin distinción de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión u opiniones políticas o filosóficas. La jurisprudencia de la Corte ha expresado que el concepto de igualdad es multidimensional, pues se trata tanto de un derecho fundamental como de un principio y una garantía[119].

La igualdad se ha entendido en tres dimensiones diferentes: la primera de ellas es la igualdad formal, que significa un trato igualitario a la hora de aplicar las leyes; la segunda es la igualdad material, entendida como la garantía de paridad de oportunidades entre los distintos individuos; y, finalmente, existe el derecho a la no discriminación, que conlleva la prohibición de dar un trato diferente con base en criterios sospechosos de discriminación[120].

Igualmente, el derecho a la igualdad no solo busca erradicar aquellos comportamientos que lesionan los derechos fundamentales de las personas o grupos que histórica y sistemáticamente han sido discriminados, sino que también propende porque el Estado cumpla con la obligación de darles un trato diferencial positivo a dichos grupos, en aras de



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

lograr erradicar las barreras que les impiden desenvolverse en sociedad en igualdad de condiciones[121]. Siendo así, la Corte ha sostenido que un trato diferenciado a dos personas no vulnera el derecho a la igualdad, cuando se trata de eliminar desigualdades materiales que existen en la sociedad.

3.14.2. Dicho trato diferenciado suele expresarse a través de acciones afirmativas, que corresponden a aquellas medidas que buscan dar un trato ventajoso o favorable, a determinadas personas o grupos sociales que tradicionalmente han sido marginados o discriminados, con el propósito de permitir una igualdad sustancial entre todas las personas[122]. El artículo 6 de la Ley 1618 de 2013 señala que dichas acciones corresponden a “[p]olíticas [o] medidas (...) dirigidas a favorecer a personas o grupos con algún tipo de discapacidad, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades y barreras de tipo actitudinal, social, cultural o económico que los afectan”. Ese mismo artículo establece que es un deber de la sociedad en general el “[a]sumir la responsabilidad compartida de evitar y eliminar barreras actitudinales, sociales, culturales, físicas, arquitectónicas, de comunicación, y de cualquier otro tipo, que impidan la efectiva participación de las personas con discapacidad y sus familias”.

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que dentro de las acciones afirmativas se encuentran las de discriminación positiva o inversa, en las que se utiliza un criterio sospechoso de discriminación –como la raza, el sexo o la discapacidad– pero con el propósito de fomentar o acelerar la igualdad real de los grupos históricamente marginados, en la designación o reparto de bienes o servicios escasos, como podrían ser cupos universitarios, puestos de trabajo o, incluso, selección de contratistas. Algunos ejemplos de este tipo de medidas con base en el uso de un criterio sospechoso de discriminación, como ocurre con la discapacidad, son: (i) la excepción al cumplimiento de la restricción del “pico y placa” para vehículos particulares que transporten personas con discapacidad (establecida, por ejemplo, en el Decreto Distrital 575 de 2013, art. 4, núm. 7[123]); y (ii) el deber de disponer de sitios de parqueo para personas con movilidad reducida en todo lugar en donde existan parqueaderos habilitados para visitantes (Decreto 1538 de 2005, arts. 11 y 12, reglamentario de la Ley 361 de 1997[124]).

c.- Informes segunda instancia:

Litomedica S.A.

- El señor Humberto García Baracaldo NO presenta registros radiológicos o historia clínica.

EPS Famisanar S.A.S.

- Solicitó agendamiento a IPS Hospital San José Infantil, para resonancia de cerebro con contraste y sedación.

Colsubsidio.

- Aportó historia clínica.

d.- Caso concreto:



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

El objeto de la presente acción de tutela se concreta a que sea suministrado al señor Humberto Gracia Baracaldo:

- Cuidador 24 horas sin orden médica.
- Servicio de transporte con acompañante.
- Pañales desechables tena slip talla M 180 al mes, toallas húmedas marca tena de 80 unidades 5 paquetes al mes, crema almipro de 500 gramos 3 al mes, guantes de manejo talla m 180 pares al mes requeridos para el cambio de pañal, crema marly de 400 gramos 5 al mes y vaselina de 500 gramos 5 al mes para hidratación de la piel para prevenir lesiones.
- Silla de ruedas, cama hospitalaria, cojín y colchón antiescaras.
- Terapias ordenadas y mantenga la prestación del oxígeno domiciliario.
- Tratamiento integral.

La Corte Constitucional en providencias como la SU354 de 2017, indicó:

- El precedente judicial es la sentencia o conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que, por su pertinencia y semejanza en problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo.
- Se ha reconocido el precedente judicial de la ratio decidendi, tanto en materia constitucional como de tutela.
- Las decisiones de la Corte Constitucional tienen naturaleza erga omnes, no constituyen un criterio auxiliar, sino que la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior.
- Las autoridades administrativas y judiciales están obligadas a acatar los precedentes que fije la Corte Constitucional.
- Aun cuando la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la ratio decidendi constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para autoridades públicas porque además de ser un fundamento normativo de la decisión judicial, define la correcta interpretación de una situación fáctica y de una norma.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

- El desconocimiento del precedente configura un defecto sustantivo como causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

La referida Corporación en fallos como el T-061 de 2019, ha precisado que:

- El juez de tutela no es el competente para ordenar el reconocimiento de servicios y tratamientos. Lo que puede realizar ante un indicio razonable a la afectación a la salud, es ordenar a la EPS que disponga lo necesario para que los profesionales adscritos, que conocen la situación del paciente emitan un diagnóstico en el que determinen si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido con necesidad, a fin de que sea provisto.

Conforme lo expuesto se tiene que:

- Revisado el expediente la parte accionante no acreditó que el señor Humberto Gracia Baracaldo, requería lo pretendido en la acción de tutela. Pues debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia T-061 de 2019, donde se resolvió acerca de una solicitud de:

“En el presente caso, un agente oficioso actuando a nombre de una persona adulta mayor, solicitó en sede de tutela se ordenara a Asmet Salud EPS prestarle los servicios de transporte, médico domiciliario y enfermería domiciliaria, y suministrarle los insumos de pañales desechables, crema Marly, Ensure y silla de ruedas, esto con el fin de garantizar sus derechos a la vida, la igualdad y la salud.”

Determinó que con la sola historia clínica no se desprende verificación científica que permita el amparo a la salud, dado que no se encuentran consignadas las necesidades del paciente, como ocurre en el presente caso donde de los documentos aportados no se extrae lo requerido por la parte la accionante. Solo se cuenta con la manifestación de la señora Viviana Angélica Gracia Villalobos agente oficioso del accionante, ya que no existe orden médica que sustente el elemento de requerir con necesidad los insumos o servicios pretendidos. Al respecto la jurisprudencia ha indicado que las afirmaciones de las partes que favorezcan sus intereses no tienen valor demostrativo, salvo que estén respaldadas por otro medio probatorio¹.

¹Cfr. Cas. Civ. Sentencia de octubre 31 de 2002, exp. 6459.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

“73. En efecto, observa la Sala que a pesar de que se aportaron copias de la historia clínica de la agenciada, elaborada con ocasión de una atención de urgencias que inició el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) por motivo de una fractura de cadera izquierda, introcantérica sin soporte posteromedial^[83], derivada aparentemente de una caída de su propia altura^[84], de ella no se desprende verificación científica que le permita a esta Sala ordenar, mediante el amparo del derecho a la salud, lo solicitado por el agente oficioso. Hay que señalar que en la historia clínica allegada está consignada la ocurrencia de la fractura, pero no de las necesidades de la paciente emanadas de la misma y, sobre todo, de la actualidad de su situación médica. Sobre este punto conviene resaltar que, tanto los diagnósticos referidos como los registros de suministro de medicamentos datan de cerca de un año y medio, pudiendo o no la agenciada estar padeciendo secuelas del trauma y necesitando de atención en salud por su fractura^[85].

74. Con el fin de determinar la actualidad de las patologías de la agenciada, el juez de primera instancia y esta Sala solicitaron a la parte accionante información que permitiera establecer la necesidad de lo pedido en la tutela; a pesar de esto, nunca se remitió a los jueces del caso, incluyendo a esta Sala de Revisión, prueba alguna que acreditara que se requiriera de lo solicitado (ver supra, nums. 22. y 27.). De otro lado, esta Corte también requirió a la parte accionada con el fin de determinar la necesidad de los servicios e insumos pretendidos, pero de lo informado por la EPS Asmet Salud se concluye que no existe evidencia acerca de órdenes médicas pendientes o incluso diagnósticos posteriores que señalen la necesidad en torno a lo solicitado por la parte tutelante. Antes bien, esta entidad declaró que una vez consultada su base de datos sobre gestión de solicitudes médicas, la usuaria no realizó ningún trámite de órdenes médicas, consultas o servicios desde el año 2016 en el sentido de lo pedido, y confirmó que en ausencia de prescripciones o trámites internos por parte de sus médicos adscritos, no ha autorizado ninguno de los insumos o servicios solicitados. Debe desatacarse que la EPS Asmet Salud aclaró que la agenciada cuenta, con cargo a la UPC asignada, con el servicio de transporte para asistir a los servicios de salud que sean ordenados fuera de su municipio, tal como lo ordena la Resolución 5268 de 2017^[86].

75. En este sentido, al hacer un estudio de las pruebas aportadas y recaudadas en este trámite de revisión de fallos de tutela, se observa que no existen órdenes médicas que sustenten el elemento de requerir con necesidad los insumos o servicios y por ello, falta lo fundamental para acreditar la vulneración del derecho a la salud. En efecto, aplicando al caso concreto las reglas jurisprudenciales depuradas anteriormente se encuentra que en este caso no puede hablarse de vulneración a la salud por falta de provisión de lo solicitado, sino de afectación del derecho de la agenciada por cuanto no goza de un diagnóstico actual sobre sus necesidades en materia de salud.” (Sentencia T-061 de 2019 subrayado fuera de texto).

- Lo anterior resulta ajustado a lo señalado por la Corte Constitucional en lo referente a que, los actores no quedan exonerados en las acciones de tutela, de no probar los hechos fundamentos de éstas, tal como lo indicó en sentencias T-153 de 2011 y T-620 de 2017:

“No obstante, en virtud del principio de buena fe el actor no queda exonerado de probar los hechos, pues “en materia de tutela es deber del juez encontrar probados los hechos dentro de las orientaciones del decreto 2591 de 1991 en sus artículos 18 (restablecimiento inmediato si hay medio de prueba), 20 (presunción de veracidad si se piden informes y no son rendidos), 21 (información adicional que pida el juez), 22 (“El juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas”)[18]”

“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, porque quien



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

conoce la manera como se presentaron los hechos y sus consecuencias, es quien padece el daño o la amenaza de afectación.²

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. Por consiguiente, si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, el juez debe negar la tutela, pues ésta no tiene justificación.”³

- En consecuencia habrá de confirmarse la decisión proferida por el Juzgado Setenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá transformado transitoriamente en Juzgado Cincuenta y Siete de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple. Más aún si se tiene en cuenta que el citado Despacho ordenó el agendamiento de terapia física, terapia de lenguaje, terapia fonoaudiología integral, fisioterapia, y ordenó conformar una junta médica para evaluar las condiciones actuales del quebranto, resultando ajustado a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencias como la T-061 de 2019, donde indicó:

“En efecto, se tiene que:

(i) *–El diagnóstico médico es necesario para la eventual atención en salud: los diagnósticos realizados a la señora Ipia datan de hace alrededor de un año y medio y no existe evidencia o al menos indicio de la existencia de secuelas de dicho evento o de otros posteriores, que permitan identificar una necesidad desde el punto de vista científico, que obligue a la entrega de los insumos o la provisión de los servicios aludidos por el agente oficioso en su pretensión de tutela; no obran en el expediente elementos de juicio que permitan a la Corte inferir cómo lo solicitado pueda solventar la situación de salud de la agenciada, en especial porque no se conoce, desde el punto de vista médico, el estado actual de la paciente, ni el impacto de lo requerido en el tratamiento de sus patologías.*

(ii) *Algunos servicios, insumos, tratamientos o procedimientos solicitados pueden encontrarse expresamente excluidos del plan de beneficios^[87], situación que debe analizarse desde el punto de vista científico por la accionada:*

· *Silla de ruedas – se encuentra expresamente excluido por el parágrafo 2 del artículo 59 de la Resolución 5269 de 2017^[88].*

· *Médico y enfermera domiciliaria – Hace parte del plan de beneficios, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 de la Resolución 5269 de 2017^[89].*

· *Transporte – hace parte del Plan de Beneficios, en ciertas condiciones. Dados los elementos de convicción que obran en el expediente, no es posible determinar el tipo de transporte solicitado o eventualmente requerido^[90]. Valga recordar que “[e]n principio, el transporte, fuera de los eventos [...] señalados [en la Resolución], correspondería a un servicio que debe ser costeadó únicamente por el paciente y/o su núcleo familiar”^[91].*

· *Crema Marly hidratante – la Resolución 5267 de 2017 excluye expresamente todas las lociones y emulsiones hidratantes corporales^[92].*

· *Ensure – la Resolución 5267 de 2017 excluye expresamente los suplementos vitamínicos^[93].*

· *Pañales – la Resolución 5267 excluye todas las toallas higiénicas, pañitos húmedos, papel higiénico e insumos de aseo^[94].*

(iii) *La necesaria intervención del médico tratante para determinar si lo pretendido en sede de tutela es requerido con necesidad: Los servicios e insumos que aquí se reclaman no cuentan de momento con una verificación de actualidad y relevancia médica que acredite, desde el punto de vista científico, que la señora Ipia requiere con necesidad los insumos y servicios solicitados por el agente oficioso.*

² Ver sentencia T-864 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³ Sentencia T-298 de 1993. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

76. Motivo de lo anterior, las pretensiones planteadas por el agente oficioso no están llamadas a prosperar. A pesar de esto, considera esta Sala que en aplicación de los principios de equidad y solidaridad -elementos del derecho a la salud¹⁹⁵¹-, por la calidad de sujeto de especial protección de la señora Ipia en tanto adulta mayor¹⁹⁶¹ y la falta de evidencia contundente sobre la ausencia de necesidad actual de los servicios solicitados, resulta procedente en este caso tutelar el derecho a la salud de la agenciada en su faceta diagnóstica. Sobre esto, es importante resaltar que se encuentra probado, según la historia clínica del año 2016, que la paciente sufrió de “FRACTURA DE CADERA IZQUIERDA INTERTROCANTÉRICA SIN SOPORTE POSTEROMEDIAL, HTA EN CONTROL, HIPOACUSIA SENIL, ARTROSIS EN AMBAS CADERAS, OSTEOPOROSIS, ANEMIA SEVERA AGUDA E INSUFICIENCIA RENAL AGUDA AKIN II”. Estas patologías, algunas de ellas progresivas, y la edad de la agenciada, son un indicio de una eventual necesidad en materia de salud, y sustentan la conveniencia de que sea valorada por su médico tratante, de modo que se determine su estado actual de salud y los medicamentos, insumos y/o tecnologías que eventualmente requiera para atender su recuperación.

77. Con fundamento en lo anterior, se ordenará a la EPS Asmet Salud que, a través del médico tratante de la señora Benilda Ipia de Moreno, se valoren sus condiciones de salud y se determine si requiere con necesidad la provisión de: (i) médico domiciliario, (ii) servicio de enfermería domiciliaria, (iii) silla de ruedas; (iv) crema Marly hidratante, (v) Ensure; (vi) pañales y, dependiendo de la modalidad, (vii) transporte para la atención médica. Sobre este último, se destaca que la nueva evaluación de la necesidad de la paciente no debe hacerse en perjuicio de la prestación con la que esta ya cuenta, con cargo a la UPC asignada, y que fue reconocida por Asmet Salud EPS en su respuesta al requerimiento probatorio de esta Sala¹⁹⁷¹.”

En consecuencia, el Juzgado Diecisiete (17) Civil del Circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión impugnada.

SEGUNDO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: NOTIFICAR la decisión por el medio más expedito.

NOTIFÍQUESE,

CESAR AUGUSTO BRAUSÍN ARÉVALO

JUEZ

©/TC