

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
DESPACHO TERCERO DE LA SALA CIVIL FAMILIA
SALA TERCERA DE DECISIÓN

El expediente puede ser consultado en el siguiente enlace: [T-2024-135](#)

Barranquilla D.E.I.P., nueve (09) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Sustanciador: Alfredo de Jesús Castilla Torres.

ASUNTO

Se decide la impugnación presentada por el accionante Ebro Rafael Verdeza Pacheco Defensor Público actuando como agente oficioso de Shandyra Sofia Esmid Archbold, contra la sentencia proferida el 20 de febrero de 2024, por el Juzgado 5° de Familia de Barranquilla, dentro de la acción iniciada por él contra la NUEVA EPS, por la presunta violación de los derechos fundamentales de la salud, vida digna y petición.

ANTECEDENTES

1. HECHOS

Los hechos que le sirven de fundamento a la presente acción, pueden ser expuestos así:

1. Que Shandyra Sofia Esmid Archbold, tiene 35 años y está afiliada a la NUEVA EPS - régimen contributivo, además está calificada en el SISBEN con “C-15 Vulnerable” y reside en Camp Antiguo Caja 6 en Providencia Archipiélago de San Andrés
2. Que el 1° de diciembre de 2023, a efectos de realizarle unos procedimientos quirúrgicos de polipectomía por histeroscopia y corrección de istmocele por histeroscopia, de la ESE Hospital Departamental de San Andrés de donde es oriunda, fue remitida con acompañante a la Clínica General del Norte de la ciudad de Barranquilla, en donde fue dada de alta el día 03 de enero de 2024. Con motivo del anterior procedimiento, para el día 09 de febrero de 2024, en la misma Clínica General del Norte de la ciudad de Barranquilla, le fue ordenado, autorizado y programado por la EPS una segunda cirugía de “cierre de fistula de útero istmocele por histeroscopia”
3. Que como quiera que en la primera remisión San Andrés - Barranquilla, durante los 33 días que estuvo en la ciudad, la EPS, no le respondió a ella ni al acompañante por estadía (alojamiento, alimentación, transporte intraurbano) y tiquete de retorno para el acompañante, el martes 22 de enero del corriente año, en atención a lo preceptuado en el artículo 20 de la Ley 1755 de 2015, impetró ante la EPS un derecho de petición al que le asignaron el radicado No. 227259123, en dicha petición les solicitó la autorización redonda de los tiquetes aéreos con acompañante, así como la autorización de alojamiento, alimentación y transporte intraurbano en esta ciudad.

4. Que desde que realizó la solicitud no ha tenido respuesta formal sobre su solicitud, pero que se le afirmó que se le siniestrarían los tiquetes aéreos, pero que no tenía aprobación para los gastos de estadía.

5. Que además la accionante por su condición de vulnerabilidad, no posee los recursos dinerarios para sufragar los gastos de estadía (alojamiento, alimentación y transporte intraurbano) en esta ciudad, así como tampoco para pagar a un abogado honorarios profesionales, razón por la cual solicita los servicios de la agencia Oficiosa de la Defensoría del Pueblo.

2. PRETENSIONES

Pretende le sean protegidos sus derechos fundamentales a la salud y una vida digna para que en consecuencia se ordene a la Nueva EPS el pago de los gastos de Estadía (alojamiento, alimentación y transporte intraurbano) y que se le responda el derecho de petición efectuado.

3. ACTUACION PROCESAL

La presente tutela le correspondió por reparto al Juzgado Quinto de Familia de Barranquilla, el cual mediante auto de fecha 30 de enero de 2024, admitió la acción de tutela y requirió a la NUEVA EPS para rendir informe sobre los hechos en un término máximo de 48 horas.^(Véase1)

El 20 de febrero de 2024 se profiere sentencia concediéndole el amparo constitucional al derecho de petición, dándole 48 horas a la accionada para que brindara una respuesta de fondo a la petición incoada. Mediante auto del 26 de febrero se concede la impugnación y es remitido a esta corporación para surtir el trámite pertinente.^(Véase nota2)

CONSIDERACIONES DEL A-QUO

En el caso Sub - examine, el juez de primera instancia decidió brindar el amparo constitucional, toda vez, que considero que se vulneró el derecho fundamental a la petición debido a la falta de respuesta de la NUEVA EPS a la petición con radicado 227259123. Sin hacer ninguna consideración al respecto de la solicitud de reconocimiento de los gastos^{Véase nota3}

ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE

En el escrito allegado a esta Corporación ^{véase nota 4} se manifiesta estar parcialmente en desacuerdo con la decisión por que no fue protegido el derecho fundamental a la salud y a la vida digna, debido que desde el alta de la institución clínica hasta la fecha de su vuelo a San

¹ Cuaderno Primera Instancia – Archivo 03 auto admite
² Cuaderno Primera Instancia – Archivo 06 auto impugna
³ Cuaderno Primera Instancia – Archivo 05 Fallo de tutela
⁴ Cuaderno Segunda Instancia – Archivo 04 Recurso de Apelación, remitido posteriormente por el Juzgado

Andrés el 25 de febrero de 2024, Sus protegidos debieron recurrir a la indigencia para subsistir. Por lo cual decide impugnar la decisión adoptada el 20 de febrero de 2024, proferida por el Juzgado 5° de Familia de Barranquilla, para que el superior revise la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y su reglamentación en los decretos 2591 de noviembre 19 de 1991, 306 de febrero 19 de 1992 y 1382 de julio 12 de 2000, toda persona tiene derecho a instaurar la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales constitucionales, como un mecanismo subsidiario de defensa de estos, a falta de otro medio judicial de amparo.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que, ella sólo resulta procedente contra los actos arbitrarios o no justificados de la entidad contra la cual se dirige la acción; dado que no procede contra los actos legítimos o decisiones adoptadas de acuerdo con atribuciones o facultades de la autoridad accionada o bien ejecutadas en cumplimiento de una norma de carácter legal.

En ese orden de ideas, si el accionante en tutela, cuenta o contó con un medio de defensa ordinario y con la utilización de este no se le causa un perjuicio irremediable, forzosamente habrá de concluirse que la acción impetrada resultará a todas luces improcedente. Ahora bien, habrá de auscultarse en las circunstancias de hecho que rodean el caso en concreto, en la búsqueda de determinar la existencia de un mecanismo ordinario de defensa, o bien la existencia de este, pero la presencia de un perjuicio irremediable que permitan acceder al amparo deprecado.

Por ello, para entrar a resolver sobre la procedencia del amparo solicitado se hace necesario considerar Diez aspectos en cada caso concreto:

1. La legitimidad en causa activa en el peticionario, a fin de establecer si tiene o no la titularidad del derecho que invoca.
2. La legitimación en causa pasiva de quien resulta ser accionado.
3. Que el derecho en mención tenga el carácter de “constitucional fundamental”.
4. Que no exista un medio ordinario de defensa judicial de esos derechos que pueda utilizar, a menos que se interponga como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o,
5. Que, habiendo existido ese medio ordinario de defensa judicial de esos derechos, el accionante no hubiera sido remiso o negligente en su utilización.
6. Que se trata de un acto u omisión arbitraria e injusta,
7. Que no se esté en presencia de un daño ya consumado,
8. Que no se hubiera producido la cesación de la actividad o de las omisiones que vulneraban o ponían en peligro el derecho de los accionantes, antes de proferir la sentencia correspondiente,
9. Que se interponga dentro de un plazo justo y razonable.

10. Que no se trate del cuestionamiento de la sentencia de una acción de tutela anterior.

PROBLEMA JURIDICO

Corresponde a la Sala Tercera de Decisión Civil - Familia de este Tribunal determinar si es procedente la presente acción de tutela, y de ser el caso, establecer si la Nueva EPS se encuentra vulnerado un derecho que pueda ser protegido en esta acción.

CASO CONCRETO

En el caso en concreto pretendió la accionante que sea amparado su derecho fundamental a la salud y la vida digna, al considerarlos vulnerados por parte de la NUEVA EPS. Al no autorizar para ella y su acompañante el alojamiento, alimentación y transporte interurbano durante su estadía en la ciudad de barranquilla.

En el mismo memorial de impugnación donde se cuestiona el fallo por parte del A Quo en su sentencia del 20 de febrero de 2024, se reconoce y acredita que los tiquetes de regreso a la ciudad de San Andrés ya se encontraban autorizados desde el 26 de enero de hogaña, entendiendo que el procedimiento estaba fechado para el 09 de febrero de 2024.

Se puede entender que la accionante y su acompañante eran conscientes de la situación que les aguardaba en esta ciudad hasta el día del viaje el 25 de febrero de 2024 cuando les facilitaron los tiquetes, pues habían pasado por similares condiciones según lo relatado desde 1 de diciembre hasta el alta de la primera intervención quirúrgica el día 3 de enero, fechas durante las cuales tampoco le fueron reconocidos gastos por alojamiento. Asumiendo el riesgo de estas condiciones y regresando a esta ciudad para la intervención quirúrgica faltante.

Tal conducta de los accionantes unido a la omisión o falta de decisión oportuna de la Nueva EPS, implicó que efectivamente de una forma u otra la señora Shandyrá Sofia Esmid Archbold y su acompañante asumieron los costos correspondientes y se encuentran de regreso en su ciudad de origen, por lo que en esta ocasión la conducta de la entidad accionada que originó la presente acción se materializó en todas sus consecuencias pues el daño ya se había consumado y en la práctica solo quedaría la solución económica de un reembolso. ^(Véase nota⁵)

En consecuencia, nos encontramos ante lo que la Jurisprudencia ha llamado carencia actual del objeto por daño consumado, pues el perjuicio que se pretendía evitar con esta acción fue consumado desde el momento en que NUEVA EPS la remitió a una ciudad diferente para su intervención quirúrgica autorizando únicamente los tiquetes para el traslado situación que fue aceptado por la accionante asumiendo los gastos por alojamiento y transporte el tiempo que durara en esta ciudad, perdiendo así su razón de ser, dando solo lugar a declarar improcedente el amparo por sustracción de materia. Ello por cuanto el daño que se pretendía evitar ya fue consumado, debido a que se presentó la afectación que se buscaba

⁵ Cuaderno Segunda Instancia – Archivo 4 Recurso de Apelación

evitar con la acción de tutela, tal y como lo dispone el artículo 6 del decreto 2591 de 1991.
(Véase nota6)

Sobre el particular ha reiterado la corte:

"(...) La carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando "no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez 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.

Por regla general, la acción de tutela tiene un carácter eminentemente preventivo más no indemnizatorio. Es decir, su fin es que el juez de tutela, dé una orden para que el peligro no se concrete o la violación concluya, previa verificación de la existencia de una vulneración o amenaza de un derecho fundamental; sólo excepcionalmente se permite ordenar algún tipo de indemnización. En este orden de ideas, en caso de que se presente un daño consumado, cualquier orden judicial resultaría inocua o, lo que es lo mismo, caería en el vacío pues no se puede impedir que se siga presentando la violación o que acaezca la amenaza. La única opción posible es entonces la indemnización del perjuicio producido por causa de la violación del derecho fundamental, la cual, en principio, no es posible obtener mediante la mencionada vía procesal". (Véase nota7)

Razones por la cual se imposibilita adicionar a la decisión de primera instancia, pues lo que se pretendería adicionar es conforme el resarcimiento del daño causado por la violación de derecho en el aspecto económico de un posible reembolso de los dineros efectivamente gastados. No obstante, la Corte ha indicado que, por regla general, la acción constitucional es improcedente cuando se ha consumado la vulneración pues, esta acción fue concedida como preventiva más no indemnizatoria.

En virtud de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Civil Familia del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

No adicionar la sentencia de fecha 20 de febrero de 2024, proferida por el Juzgado 5° de Familia de Barranquilla, negar el amparo al pago de los gastos de estadía (alojamiento, alimentación y transporte intraurbano) por daño consumado de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

⁶ Art 6.- *Causales de improcedencia de la tutela.* (...) 4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

⁷ Sentencia SU-225/13

Radicación Interna: T-135-2024
Código Único de Radicación: 08-001-13-11-000-520-2024-00023-01

Notificar a las partes, intervinientes y al A quo, por correo electrónico o cualquier otro medio expedito y eficaz.

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Alfredo De Jesus Castilla Torres

Juan Carlos Ceron Diaz

Carmina Elena Gonzalez Ortiz

-

Firmado Por:

Alfredo De Jesus Castilla Torres
Magistrado
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

Carmina Elena Gonzalez Ortiz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 6 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

Juan Carlos Ceron Diaz
Magistrado
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

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: **c1a303bdbd2c17a9c9fc794d58f1c46d2b6d01d5aec2b11570a2f0f95262e22a**

Documento generado en 09/04/2024 01:59:37 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://capacitacion.ramajudicial.gov.co:9443/FirmaElectronica>