

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### RAMA JUDICIAL JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO

Bogotá, veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

#### I. OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Decidir la acción de tutela promovida por la ciudadana **ELIZABETH GALEANO CÓRDOBA** contra la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad a la vida y dignidad humana.

#### II. HECHOS

Señaló la accionante que en el año 2019 le fue diagnosticada la enfermedad **OSTEOARTROSIS**, que le ha generado dolor e inflamación que la obligó acudir en mayo de 2021 ante el especialista en ortopedia, quién ordenó la realización de una intervención quirúrgica con el fin de reducir los efectos degenerativos que le estaba generando la enfermedad en su rodilla.

Aduce que con el fin de programar la cirugía, en reiteradas ocasiones, ha recurrido a Servisalud solicitando la realización de la misma, la cual no ha sido programada por parte de la entidad, señalando que dada las condiciones de salud pública ocasionadas por el pico del virus COVID 19 sufrido por la ciudad en los días posteriores a la orden de cirugía, y las instrucciones dadas por las autoridades de salud y la Alcaldía de Bogotá en cuanto a enfocar la atención y uso de unidades UCI y de urgencias a la atención de pacientes que padezcan dicha enfermedad, se le manifestó que

solo hasta que subiera la disponibilidad de estos servicios, podría abrirse agenda para su intervención.

Alega que pese a que durante las últimas semanas, la disponibilidad de espacios UCI y de urgencias ha aumentado debido a la reducción de contagios de Covid en Bogotá, y que de acuerdo con lo manifestado por el personal de Servisalud, se abriría agenda para su cirugía una vez esto ocurriera, ya han pasado varios días en que la respuesta de la accionada sigue siendo negativa, sin importar que su condición cada vez sigue empeorando y la necesidad de la cirugía es prioritaria para mejorar su condición de salud y garantizar su libre locomoción, alterada en gran forma por esta dolencia que le ha impedido caminar con normalidad y ha limitado sus desplazamientos, necesarios para el desarrollo de sus actividades diarias, generando de igual forma una alteración emocional debido a la incapacidad generada por la falta de atención médica.

Motivo por el cual solicita la protección de sus derechos fundamentales y en consecuencia se ordene a la accionada la realización del procedimiento quirúrgico consistente en cirugía de rodilla derecha, con el objeto de menguar los efectos de la Osteoartrosis diagnosticada y que a la fecha no le ha permitido caminar o realizar cualquier tipo de actividad donde tenga que usar esta articulación.

### **III. ACTUACIÓN PROCESAL Y RESPUESTA**

El 15 de septiembre de 2021, se admitió la tutela y se ordenó correr traslado de la demanda y sus anexos al extremo accionado, acto que se surtió con correo electrónico de la misma fecha y en igual sentido se vinculó a la IPS SERVISALUD QCL, FIDUPREVISORA S.A., FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, para que informaran todas aquellas consideraciones que estimaran pertinentes respecto a los fundamentos de la demandante para instaurar la presente acción. Igualmente se ofició al Juzgado 41 de Pequeñas Causas y Competencia

Múltiple antes Juzgado 59 Civil Municipal con el fin de que allegara al presente trámite copia de la acción de tutela interpuesta por la accionante en dicha instancia.

Cada entidad realizó el siguiente pronunciamiento:

1.- El apoderado judicial de la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES-** alega la falta de legitimación en la causa por pasiva al no haber desplegado ningún tipo de comportamiento relacionado con las vulneraciones a derecho fundamentales descritas por la accionante.

2.- La Directora de Gestión Judicial de la **FIDUPREVISORA S.A.**, informa que consultado el aplicativo interinstitucional HOSVITAL dispuesto por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la accionante se encuentra en estado activo en calidad de BENEFICIARIO en el régimen de excepción de asistencia en salud.

Agrega que se ha surtido la obligación contractual que le corresponde a su representada, que es la contratación de las entidades prestadoras del servicio de salud para los docentes, y que en esa medida son aquellas uniones temporales, en este caso **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ**.

Alega la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de **FIDUPREVISORA S.A.**, toda vez que no es la encargada de garantizar el servicio a los usuarios del sistema de régimen de excepción de asistencia de salud, no obstante, se solicitará a la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** a que realice las gestiones correspondientes, conforme a su obligación contractual frente a la paciente, sin que exista ningún acto vulneratorio de derechos fundamentales de la accionante por parte de la **FIDUPREVISORA S.A.**

3.- La Apoderada de la **Unión Temporal -UT SERVISALUD SAN JOSE** y la vinculada **SERVISALUD QCL (Improve Quality Reduce Cost Save**

**Life Auditores S.A.S)**, aclara que estas empresas no son la compañía aseguradora en salud de la paciente, es decir no corresponden a su EPS, pues tal figura la funge el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, administrado por la Fiduprevisora S.A., la cual es la entidad que, en cumplimiento de las obligaciones contractuales para dichas compañías, en su calidad de contratante, reporta a la IPS las novedades de ingreso y/o retiro de los docentes o sus beneficiarios, de tal forma, que una vez ingresa un reporte de novedad, la UT SERVISALUD SAN JOSÉ, cumpliendo sus obligaciones contractuales, procede a afiliar o suspender servicios asistenciales, según sea el caso.

Agrega que de acuerdo con los hechos relatados en el escrito tutelar se consultó con el área de Programación de Cirugías de la institución, desde donde se les informa que: "(...) Dando alcance a la petición en referencia, me permito informar que la usuaria ELIZABETH GALEANO CORDOBA con número de cedula 41741908 fue remitida a Sociedad Médica de ortopedia y accidentes laborales, emitiendo ordenamiento REEMPLAZO TOTAL DE RODILLA con NUA 2021152771 iniciando el proceso de programación quirúrgica..." En consecuencia, la pretensión elevada en el escrito de tutela respecto a autorizar el procedimiento quirúrgico de la rodilla derecha de la paciente ya fue solventada, razón por la cual tal acontecimiento constituye entonces un hecho superado.

4.- El **Juzgado 41 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple antes Juzgado 59 Civil Municipal** allega copia de las actuaciones adelantadas en el despacho respecto de la acción de tutela interpuesta por la accionante en dicha sede.

#### **IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURIDICOS**

La tutela es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces y que permite a cualquier persona requerir la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares de

manera excepcional, con el fin de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política.

#### **4.1. Problema Jurídico**

Compete establecer si en este caso, la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** vulneró los derechos fundamentales a la salud en conexidad a la vida y dignidad humana de la ciudadana **ELIZABETH GALEANO CÓRDOBA**, al no practicarle el procedimiento quirúrgico “REEMPLAZO TOTAL DE RODILLA” que ordenó el médico tratante.

Para determinar ello, se analizará en primer lugar la procedencia de la acción de tutela interpuesta por la ciudadana **ELIZABETH GALEANO CÓRDOBA** y, seguidamente lo probado en el caso concreto.

#### **4.2. Procedibilidad**

##### **• Legitimación Activa**

De conformidad con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser ejercida i) directamente por la persona afectada o a través de representante, ii) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, iii) mediante agencia oficiosa cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

En el presente evento, se satisface la primera de las posibilidades dado que la accionante actúa de manera directa en defensa de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad a la vida y dignidad humana.

##### **• Legitimación Pasiva**

La **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** es una institución prestadora del servicio público de salud, con la cual tiene contrato la FIDUPREVISORA S.A., para la prestación de servicios de salud de los docentes del Magisterio, a la cual se encuentra afiliada la accionante como

beneficiaria, por tanto, es demandable en proceso de tutela, a voces del artículo 42, inciso segundo del decreto 2591 de 1991.

- **Inmediatez**

La acción de tutela fue presentada el 15 de septiembre de 2021, fecha que resulta razonable, si se tiene en cuenta que las entidades accionadas y vinculadas no han practicado el procedimiento quirúrgico “REEMPLAZO TOTAL DE RODILLA” que le fue ordenado a la accionante por su médico tratante el 26 de abril de 2021. En esa medida, se cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que presentó la acción de tutela en vigencia de la presunta vulneración de sus derechos.

- **Subsidiariedad**

El artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela "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". Esta disposición es desarrollada por el artículo sexto del Decreto 2591 de 1991, que ratifica la procedencia de la acción de tutela cuando las vías ordinarias no tengan cabida o cuando no resulten idóneas para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, los derechos a la salud, vida y dignidad humana, como derechos fundamentales pueden ser garantizados por medio de acción de tutela, especialmente cuando de la conducta vulneratoria alegada se desprenda una afectación grave al titular de los derechos, como acontece en el presente caso, en el que pese a lo ordenado por el médico tratante de la accionante, desde el pasado 26 de abril de 2021 acerca de la práctica del procedimiento quirúrgico “REEMPLAZO TOTAL DE RODILLA”, a la fecha de la presentación de la acción de tutela no se ha materializado.

### **4.3 Caso Concreto**

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, la persona que se sienta amenazada o vulnerada por algún acto u omisión de la

autoridad pública o aún de los particulares en los casos expresamente previstos en la Constitución y la ley, puede hacer efectiva la protección de sus derechos a través de las acciones y recursos contenidos en el ordenamiento jurídico, incluyendo la acción de tutela en aquellos casos en que, atendiendo su naturaleza subsidiaria y residual, no se cuente con ningún otro mecanismo de defensa judicial, o cuando existiendo éste, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Establece el artículo 38 del decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela que:

*“ARTICULO 38. ACTUACIÓN TEMERARIA. Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.*

*El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.”*

En el presente caso, la señora **ELIZABETH GALEANO CÓRDOBA** interpuso acción de tutela, en contra de La **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ**, como quiera que a la fecha no se le ha practicado el procedimiento quirúrgico “REEMPLAZO TOTAL DE RODILLA” que le fue ordenado desde el 26 de abril de 2021 por su médico tratante, según consta en la presente acción constitucional.

Por su parte la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** informó que al consultar con el área de Programación de Cirugías “(...) la usuaria ELIZABETH GALEANO CÓRDOBA con número de cedula 41741908 fue remitida a Sociedad Médica de ortopedia y accidentes laborales, emitiendo ordenamiento REEMPLAZO TOTAL DE RODILLA con NUA 2021152771 iniciando el proceso de programación quirúrgica...”, motivo por el cual, la pretensión elevada en el escrito de tutela respecto a autorizar el

procedimiento quirúrgico de la rodilla derecha de la paciente, ya fue solventada configurándose un hecho superado.

Finalmente, allega al presente trámite anexos que dan cuenta de que la accionante ya había interpuesto una acción de tutela ante el Juzgado 41 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple antes Juzgado 59 Civil Municipal por los mismos hechos y pretensiones.

En el presente caso y analizados los documentos allegados, se advierte la existencia de otra acción de tutela que está cursando ante el Juzgado 41 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple antes Juzgado 59 Civil Municipal, la cual fue radicada el pasado 14 de septiembre y avocada por dicho despacho judicial el 15 de septiembre de 2021, encontrándose a la fecha en trámite para la emisión del correspondiente fallo, de acuerdo con lo informado por el mismo en el presente trámite. Así, se pudo constatar que corresponde a los mismos hechos, partes, derechos fundamentales y pretensiones aquí invocados, lo que conduce a declarar la improcedencia de la acción.

Para arribar a esta conclusión la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia SU-168/17 ha impuesto la verificación de unos requisitos así:

*“...la temeridad puede ser comprendida de dos formas distintas. La primera, se refiere a que dicha institución sólo puede configurarse si el accionante actúa de mala fe. La segunda, que corresponde a la interpretación literal del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, el cual exige que el accionante presente varias veces una demanda de tutela por los mismos hechos, sin justificación alguna, para que se verifique la temeridad.*

*Ante tal ambivalencia, la Corte concluyó que, para rechazar la acción de amparo por temeridad, la decisión se debe fundar en el actuar doloso del peticionario, toda vez que esa es la única restricción legítima al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, el cual se ejerce a través de la acción de tutela.*

*En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha distinguido la improcedencia de la temeridad. La temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la*



*ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista.*

*El último de los elementos mencionados se presenta cuando la actuación del actor resulta amañada, denota el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, deja al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción, o pretende a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de quien administra justicia.*

9. *A contrario sensu, la actuación no es temeraria cuando aún existiendo dicha multiplicidad de solicitudes de protección constitucional, la acción de tutela se funda en: (i) la ignorancia del accionante; (ii) el asesoramiento errado de profesionales del derecho; o (iii) el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho. En estos casos, si bien **la tutela debe ser declarada improcedente**, la actuación no se considera “temeraria” y, por ende, no conduce a la imposición de una sanción en contra del demandante.” (Subrayado del despacho)*

Frente a la exigencia de verificación de tales requisitos, en el presente caso se evidencia que hay identidad de partes, pues quien interpone ambas acciones es la señora ELIZABETH GALEANO CÓRDOBA actuando de manera directa, contra la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ**, fundamentándose en los mismos hechos que le sirven de causa, los cuales, al observar la demanda de tutela y sus anexos, son idénticos a los descritos en la presente acción de tutela, con la misma pretensión como lo es que se le realice el procedimiento quirúrgico consistente en cirugía de rodilla derecha, con el objeto de menguar los efectos de la Osteoartrosis diagnosticada y que a la fecha no le ha permitido caminar o realizar cualquier tipo de actividad donde tenga que usar esta articulación.

Ahora bien, respecto al último requisito establecido por la jurisprudencia para que se configure temeridad, referente a la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte de la accionante, no se encuentra ningún elemento de prueba del cual se pueda inferir que la accionante haya actuado de manera dolosa o de mala fe, pues la primera acción de tutela la radica el 14 de septiembre y la segunda el 15 de septiembre, casi que

paralelamente contando en términos hábiles, por lo que se puede evidenciar, que si quería obtener a toda costa un fallo a su favor, la misma hubiera interpuesto primero una acción a esperas de su resultado y dependiendo del mismo, si éste resultara negativo a sus intereses, hubiera interpuesto otra posteriormente en espera de un fallo que si favoreciera sus intereses.

Sin embargo, en el presente caso se observa que la misma no fue asesorada jurídicamente e interpone ambas acciones de tutela simultáneamente esperando algún resultado favorable, sin conocer la disposición establecida en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, observando que en efecto, la presente acción de tutela se fundamentó en la ignorancia de la accionante, por lo que se le advierte a la misma que esta clase de comportamiento atenta contra la administración de justicia, pues como ya se dijo existe otra acción de tutela que se radicó primero en el juzgado 41 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple antes Juzgado 59 Civil Municipal de Bogotá, por los mismos hechos, partes y pretensiones la cual se encuentra por fallar de acuerdo a lo informado por dicho juzgado.

En consecuencia, es claro que no es procedente la acción de tutela incoada, ante la existencia de una acción de tutela anterior frente a los hechos planteados con las mismas partes, derechos y pretensiones.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

### **RESUELVE**

**PRIMERO. - DECLARAR IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela impetrada por la señora **ELIZABETH GALEANO CÓRDOBA**, contra la la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO. - NOTIFICAR** la sentencia de acuerdo con las previsiones del Art 30 del Decreto 2591 de 1991, en el evento de que no sea impugnada, remitir la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**CATALINA RÍOS PEÑUELA**

**JUEZA 28 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE  
BOGOTÁ**

**Firmado Por:**

**Catalina Rios Penuela**

**Juez**

**Juzgado Municipal**

**Penal 028 De Conocimiento**

**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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:

**2ac40ecbf304d7fdc54045d54d57830badae72b7f54f76f984d053e0a9449df9**

Documento generado en 28/09/2021 02:46:45 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**