



REPÚBLICA DE COLOMBIA

**JUZGADO TREINTA Y TRES DE FAMILIA
BOGOTÁ D. C.**

Bogotá D.C, veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: TUTELA

RADICADO: 33-2023-00069

ACCIONANTE: LAURA KATERÍN PÁEZ RODRÍGUEZ

**ACCIONADO: E.P.S. MEDIMÁS EN LIQUIDACION, E.P.S. FAMISANAR y
SUPERINTENDENCIA DE SALUD**

A N T E C E D E N T E S:

Procede el despacho a desatar la acción de tutela instaurada por **LAURA KATERÍN PÁEZ RODRÍGUEZ** en contra de E.P.S. **MEDIMÁS EN LIQUIDACION, E.P.S. FAMISANAR y SUPERINTENDENCIA DE SALUD** a fin de que se le amparen sus derechos fundamentales de debido proceso, salud en conexidad con la vida e igualdad.

Entre otros se citaron los siguientes hechos:

- Manifiesta la tutelante que, para el año 2016 se encontraba afiliada a la E.P.S. MEDIMÁS y así mismo pertenecía a la I.P.S. LOS ÁNGELES, durante ese mismo año tuvo problemas de salud y fue diagnosticada con EPILEPSIA, ARTRITIS REMATOIDEA, FIBROMIALGIA, HIPERTENSIÓN, ANSIEDAD y DEPRESIÓN.
- Indica la actora que, el 06 de diciembre de 2017 fue diagnosticada por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ con discapacidad laboral y ocupacional por más del 66.18% de afectación, por la epilepsia que padece.
- Asegura la accionante que, durante el año 2016 al 2018, en aras de tratar sus enfermedades, acudió a su E.P.S. MEDIMÁS, quienes, a través de exámenes y pruebas ante especialistas, certificaron el tipo de epilepsia que padece, como debe ser tratada y a qué medicamentos tiene derecho a recibir.
- Asevera la quejosa que, en junio del año 2018 viajó a España en pro de tratar su enfermedad, como quiera que en ese país la salud es de alta calidad. En España requerían de una historia médica en Colombia, para poder darle continuidad al tratamiento que venía realizando en este país, a falta de esta, le ordenaron empezar de ceros el diagnóstico de sus enfermedades. Causando así un retraso en el tratamiento de sus enfermedades.
- Expone la ciudadana LAURA KATERÍN que, regreso a Colombia en el mes de mayo del año 2023, para continuar con su tratamiento, pero para ello es indispensable poseer las historias clínicas realizadas por la E.P.S. o I.P.S., a la cual se encontraba

afiliada, con el fin de darle continuidad al tratamiento médico que llevaba.

- Asegura la tutelante que, la E.P.S. MEDIMÁS entró en liquidación y la I.P.S. LOS ÁNGELES a la cual pertenecía ya no existe, por lo anterior la afiliaron automáticamente a la E.P.S. FAMISANAR, pero la ingresaron como paciente nueva y le indicaron que debe realizar el proceso para determinar su enfermedad otra vez desde ceros, como quiera que no cuenta con la historia clínica.
- Informa la actora que, mediante derechos de petición solicitó a la E.P.S. MEDIMÁS en liquidación y a la E.P.S. FAMISANAR, la remisión de todas sus historias clínicas, pero sus respuestas fueron negativas y por esa razón, no le dan la atención prioritaria a la que tiene derecho con ocasión a su enfermedad ocasionándole graves daños a su salud. Aunado a ello, no tiene medicamentos para combatir su enfermedad como quiera que la E.P.S. FAMISANAR no posee su historia clínica y los medicamentos que debe tomar, no son de venta al público sin una fórmula médica.
- Manifiesta la señora LAURA KATERÍN que, la E.P.S. MEDIMÁS en sus respuestas aduce que debe ir a todas las I.P.S. a donde fue atendida o valorada y solicitar allá sus historias clínicas, diligencia que es imposible de cumplir como quiera que muchas de esas I.P.S ya fueron cerradas y otras cambiaron de dirección.

P R E T E N S I O N D E L A C C I O N A N T E

“Solicito al presente despacho se sirva amparar los derechos aquí vulnerados por parte de la E.P.S. MEDIMÁS en liquidación y E.P.S. FAMISANAR de la siguiente forma:

1. TUTELAR mis derechos fundamentales al debido proceso, a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida y al habeas data, a fin de evitar un perjuicio irremediable a mi salud y vida.
2. SOLICITAR a E.P.S. MEDIMÁS en liquidación y a la E.P.S. FAMISANAR, todas mis historias clínicas, con el fin de no empezar de ceros el diagnóstico de mi enfermedad y con esto cesar la vulneración a mi derecho fundamental al debido proceso administrativo y al habeas data.
3. SOLICITAR a la E.P.S. FAMISANAR, otorgarme tratamiento integral debido a la gravedad de mis enfermedades.
4. SOLICITAR a E.P.S. MEDIMÁS en liquidación y/o a la E.P.S. FAMISANAR, el reconocimiento de persona discapacitada, en aras de recibir un tratamiento preferencial.
5. SOLICITAR a la E.P.S. FAMISANAR, otorgarme la fórmula para reclamar los medicamentos y las consultas con los especialistas prescritos para tratar mis enfermedades”.

C O N T E S T A C I Ó N A L A M P A R O

ADMISNITRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través de **JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO**, obrando en calidad de apoderado, quien manifiesta que:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2016 y atendiendo lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 546 de 2017, me permito informarle que a partir del día primero (01) de agosto del presente año, entra en operación la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud - FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

En consecuencia, a partir de la entrada en operación de la ADRES, y según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, debe entenderse suprimido el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, y con este la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social -DAFPS del Ministerio de Salud y Protección Social tal como señala el artículo 5 del Decreto 1432 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 547 de 2017 y que cualquier referencia hecha a dicho Fondo, a las subcuentas que lo conforman o a la referida Dirección, se entenderán a nombre de la nueva entidad quien hará sus veces, tal como lo prevé el artículo 31 del decreto 1429 de 2016.

En desarrollo del mandato constitucional se expidió la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de la Salud, cuyo objeto es “garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección”, definiéndolo en su artículo 2 así:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

Acorde con lo expuesto, es responsabilidad del Estado garantizar el derecho a la Salud y para ello tiene el deber indelegable en la definición de políticas y reglamentación de todo lo atinente a la prestación del servicio de salud y de las condiciones en que esta tenga lugar.

El artículo 178 de la Ley 100 de 1993, establece que le corresponde a las Entidades Promotoras de Salud -EPS “Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia, así como establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud”.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 179 de la Ley 100 de 1993, dispone que: “(...) Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los

profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las Entidades Promotoras de Salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos (...).”

En la norma transcrita, se resalta la función indelegable de aseguramiento que cumplen las EPS dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, razón por la cual tienen a su cargo la administración del riesgo financiero y la gestión del riesgo en salud, esto es, están obligadas a atender todas las contingencias que se presenten en la prestación del servicio de salud.

De otra parte, es importante mencionar que el artículo 15 de la Resolución 3512 de 2019, prevé que las EPS o las entidades que hagan sus veces, directamente o a través de su red de prestadores de servicios deberán garantizar a sus afiliados el acceso efectivo a los servicios y tecnologías de salud con cargo a la UPC, con los recursos que reciben para tal efecto, en todas las etapas de atención, para todas las enfermedades y condiciones de salud, sin que los trámites administrativos que haya a lugar constituyan una barrera de acceso al goce efectivo del derecho a la salud.

La nueva normativa fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente era objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las EPS, por cuanto este mecanismo prevé que los recursos de los servicios y tecnologías no financiados por la Unidad de Pago por Capitación se giran con anterioridad a la prestación de los servicios.

De acuerdo con la normativa anteriormente expuesta debe declararse la falta de legitimación por pasiva con relación a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, toda vez que como se demostró anteriormente, en el presente caso no le corresponde a esta entidad el manejo o suministro de las historias clínicas de los diferentes afiliados al SGSSS, mucho menos las que se encuentren a nombre de la actora.

La accionante se encuentra en estado ACTIVO por parte de FAMISANAR EPS, dentro del régimen contributivo, por lo que debe estar recibiendo el servicio de salud en condiciones normales.

De acuerdo con la normativa anteriormente expuesta, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

Respecto de cualquier pretensión relacionada con el “reembolso” del valor de los gastos que realice la EPS, no puede olvidarse que la misma constituye una solicitud antijurídica, puesto que a partir de la promulgación de las Resoluciones 205 y 206 de 2020 proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y que no se encuentren excluidos de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos.

En consecuencia, en atención del principio de legalidad en el gasto público, el Juez debe abstenerse de pronunciarse sobre la facultad de recobro ante el entonces FOSYGA, hoy ADRES, ya que la normatividad vigente acabó con dicha facultad y de concederse vía tutela, estaría generando un doble desembolso a las EPS.

Finalmente, solicita NEGAR el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de la actora, y en consecuencia DESVINCULAR a esta Entidad del trámite de la presente acción constitucional o MODULAR las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

CORVESALUD I.P.S., a través de escrito indica que se oponen a lo manifestado por MEDIMÁS E.P.S. EN LIQUIDACIÓN, toda vez que la entidad no cuenta con la historia clínica de la accionante.

MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través de **OSCAR FERNANDO CETINA BARRERA**, obrando en calidad de apoderado, quien manifiesta que:

En relación con los hechos descritos en la tutela, debe señalarse que al Ministerio no le consta nada de lo dicho por la parte accionante, el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene dentro de sus funciones y competencias dar respuesta a las peticiones interpuestas ante distintas entidades, sólo formula, adopta, dirige, coordina, ejecuta y evalúa la política Pública en materia de Salud, Salud Pública, promoción social en salud, así como, participa en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos laborales, lo cual se desarrolla a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo, razón por la cual desconoce los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas.

Sea lo primero resaltar, que la acción de tutela de la referencia en contra del Ministerio de Salud y Protección Social es improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de responsabilidad imputable a este ente ministerial, por cuanto la Cartera no ha violado, viola o amenaza violar los derechos invocados por la accionante.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud como esquema de organización multidisciplinario, tiene claramente establecidas y delimitadas las competencias y las funciones para obviar colisiones y vacíos de responsabilidad. De tal suerte que su estructura la integran organismos de Dirección, Vigilancia y Control; organismos de Administración y Financiación; Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, Públicas, Mixtas o Privadas. Competencias que para cada una de ellas se encuentran claramente determinadas en la normatividad coherente que sobre el tema ha sido proferida (Leyes 100 de 1993 y 715 de 2001, y Decreto ley 4107 de 2011).

Ahora bien, es necesario indicar que la Superintendencia Nacional de Salud ordenó mediante Resolución No. 2022320000000864-6 del 08 de marzo de 2022, la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a MEDIMAS EPS S.A.S.

La SNS, es la entidad encargada de hacer que se cumplan las normas del sistema de salud, en aras de proteger los derechos que tienen los ciudadanos respecto a su atención en salud; en tal sentido el artículo 5 del Decreto 1080 de 2021.

El procedimiento de asignación de afiliados se encuentra reglamentado en el Decreto 1424 de 2019 modificado por el Decreto 709 de 2021, incorporados en el Decreto 780 de 2016, los cuales contienen las condiciones para garantizar la continuidad de los afiliados de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) del Régimen Contributivo o Subsidiado; en este sentido, el principal objeto de este mecanismo excepcional, es garantizar la continuidad del aseguramiento y la prestación del servicio público de salud a los afiliados de las Entidades Promotoras de Salud – EPS que sean sujetos de medidas por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

Para el caso concreto, este Ministerio con el apoyo de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, efectuó el proceso de asignación de afiliados a las EPS receptoras certificadas por la Superintendencia Nacional de Salud y según las reglas establecidas en el Decreto 1424 de 2019 y 709 de 2021, el cual se hizo efectivo a partir del 17 de marzo de 2022.

Con relación a la historia clínica, debe indicarse que el artículo 34 de la Ley 23 de 1981, dispone que la información contenida en la misma goza de reserva:

“(…) ARTICULO 34. La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley. (…)”

Así mismo, el literal g) del artículo 10 de la Ley 1751 de 2015[2], prevé:

“(…) ARTÍCULO 10. DERECHOS Y DEBERES DE LAS PERSONAS, RELACIONADOS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud: (...) g) A que la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada y que únicamente pueda ser conocida por terceros, previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley, y a poder consultar la totalidad de su historia clínica en forma gratuita y a obtener copia de la misma; (...)”

De igual manera, el literal a) del artículo 1 de la Resolución 1995 de 1999[3], señala que la historia clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.

De otro lado, el artículo 14 de la precitada resolución, contempló:

“(…) Artículo 14.- ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA. Podrán acceder a la información contenida en la historia clínica, en los términos previstos en la Ley: 1) El usuario. 2) El Equipo de Salud. 3) Las autoridades judiciales y

de Salud en los casos previstos en la Ley. 4) Las demás personas determinadas en la ley. PARAGRAFO. El acceso a la historia clínica se entiende en todos los casos, única y exclusivamente para los fines que de acuerdo con la ley resulten procedentes, debiendo en todo caso, mantenerse la reserva legal. (...)"

Conforme la normativa y jurisprudencia expuesta, se tiene que aunque la regla general es que la historia clínica es un documento sometido a reserva, que en principio el paciente y/o usuario, es el único que puede tener acceso a la información contenida en ella y es él quien puede autorizar a terceros su conocimiento, no es posible predicar de ella una reserva absoluta, habida cuenta que conforme establecieron los numeral 3 y 4 del artículo 14 de la Resolución 1995 de 1999; las autoridades Judiciales y de Salud en los casos previstos en la Ley, pueden acceder a la misma, entendiéndose por tales autoridades los Jueces, Cortes, Fiscalía, Policía Judicial, Secretarías de Salud, Superintendencia Nacional de Salud, al igual que las demás personas determinadas en la ley.

Adicionalmente, la Ley 2015 del 31 de enero de 2020 “Por medio del cual se crea la historia clínica electrónica interoperable y de dictan otras disposiciones”, implementa la interoperabilidad de la Historia Clínica, a través del intercambio de información relevante de datos clínicos, que permitan facilitar y agilizar el acceso y ejercicio del derecho a la información de las personas respetando el Habeas Data. Así mismo, son los Prestadores de Salud los obligados a diligenciar y disponer los datos, documentos y expedientes de la historia clínica en la plataforma que disponga el Gobierno Nacional.

Por otra parte, una vez revisados los hechos, los fundamentos legales y las pretensiones de la presente acción den tutela, así como la orden emitida por el juzgado de conocimiento, se advierte que no existe una actuación u omisión por parte de esta entidad que vulnere o amenace los derechos fundamentales reclamados y comoquiera que este ente ministerial no tiene competencias de inspección, vigilancia y control, en los eventos en que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) no den cumplimiento en lo relacionado con prestaciones asistenciales, la vigilancia la ejercerá la Superintendencia Nacional de Salud de conformidad con el Artículo 121.1. de la Ley 1438 de 2011, por lo que respetuosamente consideramos procedente solicitar la improcedencia y desvinculación de la acción contra el Ministerio de Salud y Protección Social.

Por otra parte, en virtud de la controversia que se suscita, en particular por tratar del manejo documental de una historia clínica, se advierte que en principio los pacientes deben acudir a las instituciones prestadoras de servicios de salud - IPS que los atienden y custodian su historia clínica a solicitar la copia de esta, conforme lo señala el art. 13 de la Resolución 1995 de 1992 que fue modificado por la Resolución 839 de 2017, con el objeto de establecer el manejo, custodia, tiempo de retención, conservación y disposición final de los expedientes de las historias clínicas, así como reglamentar el procedimiento que deben adelantar las entidades del SGSSS, para el manejo de estas en caso de liquidación.

El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de dicho Decreto.

Entonces, se constituye en un requisito de procedencia para invocar la acción de tutela, la legitimación en la causa. De esta forma, es necesario que exista identidad entre la persona a la cual la Constitución y la ley faculta

para invocar la acción (legitimación en la causa por activa) e identidad frente a la persona respecto a la cual el derecho puede ser reclamado (legitimación en la causa por pasiva).

Ahora bien, en el presente caso, se evidencia que los hechos y las pretensiones se encaminan básicamente y directamente en señalar la presunta responsabilidad de E.P.S. MEDIMÁS EN LIQUIDACION, E.P.S. FAMISANAR quienes tienen competencia legal para atender la petición formulada por el accionante.

Así las cosas, no teniendo el Ministerio de Salud y Protección Social participación alguna en la relación de los hechos efectuada por la accionante, y al no existir imputación jurídica en virtud de la cual pueda asignarse algún tipo de responsabilidad, no existe legitimación en la causa por pasiva en cabeza de este ente ministerial.

Finalmente, solicita declarar la improcedencia de la presente acción contra el Ministerio de Salud y Protección Social, y en consecuencia exonerarlo de toda responsabilidad que se endilgue durante el trámite de esta acción constitucional, toda vez que no es entidad competente para resolver la solicitud del accionante.

E.P.S. FAMISANAR S.A.S, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través de **ALICIA CONSTANZA CAÑÓN**, obrando en calidad de Gerente técnico de Acceso, quien manifiesta que:

Frente al acápite de la custodia clínica manifiesta que EPS FAMISANAR es una EMPRESA PROMOTORA EN EL ASEGURAMIENTO EN SALUD.

Para solicitar la historia clínica el afiliado debe acercarse a las IPS que son INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SALUD ellas son las que tienen la custodia de la historia clínica como entidad prestadora.

Ahora bien, basta que el usuario se acerque a las IPS para de esta manera solicitar copia de su historia clínica, toda vez que este se encuentra legitimado en la causa, o su esposa, o sus hijos; Como lo establece la normatividad vigente.

Es necesario precisar que la Historia Clínica tiene información vulnerable de carácter íntimo personal y contiene datos muy sensibles. De conformidad con los artículos 15 de la Constitución Nacional.

Analizando la pretensión del accionante dentro de la Acción Constitucional evidencia que se trata de la entrega de Historias Clínicas la responsable resarcir los derechos vulnerados o quien debe dirigir la Acción Constitucional son las IPS DONDE HA SIDO VALORADO O TRATADO, toda vez que estas son las que guardan la custodia de historia clínica, por lo tanto nos encontramos en una FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA POR PARTE DE LA EPS FAMISANAR.

Con base a lo anterior se debe analizar si los actos realizados por FAMISANAR EPS, amenaza o vulnera algún derecho fundamental del ACCIONANTE, en tanto que su actuar se ajusta en estricto orden a la legislación de la materia y los parámetros que regulan el SGSSS autorizando y brindando los servicios requeridos, y la decisión judicial no puede sustentarse en argumentos al margen de la ley y la jurisprudencia constitucional al respecto.

Finalmente, solicita se DECLARE LA INEXISTENCIA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA frente a EPS FAMISANAR atendiendo a los argumentos previamente expuestos.

SECRETARÍA DE SALUD, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través de **BLANCA INÉS RODRÍGUEZ GRANADOS**, obrando en calidad de jefe de la Oficina Asesora Jurídica, quien manifiesta que:

Sea lo primero señalar que esta Entidad no tiene conocimiento alguno de los hechos narrados dentro del libelo de la acción de tutela, en virtud de lo cual, en lo que tiene que ver con la vinculación de esta Entidad con la presente Acción, me opongo a todas y cada una de las pretensiones elevadas por el Accionante, por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos que permitan demostrar la violación o trasgresión a una disposición Constitucional o legal por parte la Secretaria Distrital de Salud, habida cuenta de que no le consta ni ha tenido conocimiento alguno de ninguno de los hechos narrados en el escrito de la demanda de la acción de tutela y no es la Entidad que deba responder por la prestación de servicios de salud por prohibición expresa del artículo 31 de la Ley 1122 de 2007.

Una vez recibida la acción que nos ocupa, esta Entidad procedió a verificar la base de datos del BDUA-ADRES y en el Comprobador de Derechos de la secretaria Distrital de Salud y se pudo evidenciar que el accionante se encuentra con afiliación activa en la EPS FAMISANAR a través del régimen CONTRIBUTIVO. En virtud de lo cual todo lo que tiene que ver con procedimientos de salud, órdenes médicas, insumos y todo tipo de obligaciones que se deriven de dicha prestación de salud, son responsabilidad exclusiva de FAMISANAR EPS.

Por otro lado, es válido señalar que el deber de la EPS no solo es autorizar el servicio sino garantizarlo con observancia a los parámetros de oportunidad, continuidad y calidad, toda vez que el servicio de salud está regido por el principio de prestación eficiente estatuido en la Carta Política conforme lo ha señalado la Corte Constitucional en la Sentencia T 234-2013, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. ASÍ LAS COSAS, LA EPS FAMISANAR DEBE REALIZAR CONSULTA NEUROLOGÍA (INCLUIDA EN PBS).

Es relevante informar que de conformidad con la Resolución 1995 de 1999 la custodia de exámenes y historia clínicos está bajo cuidado de los prestadores de salud. Ahora bien, la Corte Constitucional en la Sentencia T-508 de 2019 se pronunció sobre el derecho que tiene un paciente a recibir su diagnóstico (consulta y exámenes médicos), indicando:

facultad que tiene todo paciente (...) de exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia, para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine las prescripciones más adecuadas, encaminadas a lograr la recuperación de la salud, o, al menos, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado. (...) a su vez este derecho tiene 3 dimensiones a identificación, la valoración y la prescripción. A su vez, esta garantía tiene como finalidad la consecución material, y no solamente formal, de una efectiva evaluación acerca del estado de salud de un individuo. Es decir, el derecho al diagnóstico no se satisface solamente con la realización de exámenes y la consecuente prescripción de tratamientos, sino que implica que (i) se establezca con precisión la naturaleza de la enfermedad padecida por la persona, (ii) se determine con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al ‘más alto nivel posible de salud’, y (iii) se

suministre la medicación o las terapias de forma oportuna.” Sentencia T508 de 2019.

En el mismo sentido, en el artículo 12° y 13° de la Resolución 1995 de 1999 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social “Por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica”, establece que:

“ARTÍCULO 12.- OBLIGATORIEDAD DEL ARCHIVO. Todos los prestadores de servicios de salud deben tener un archivo único de historias clínicas en las etapas de archivo de gestión, central e histórico, el cual será organizado y prestará los servicios pertinentes guardando los principios generales establecidos en el Acuerdo 07 de 1994, referente al Reglamento General de Archivos, expedido por el Archivo General de la Nación y demás normas que lo modifiquen o adicionen.

ARTÍCULO 13.- CUSTODIA DE LA HISTORIA CLÍNICA. La custodia de la historia clínica estará a cargo del prestador de servicios de salud que la generó en el curso de la atención, cumpliendo los procedimientos de archivo señalados en la presente resolución, sin perjuicio de los señalados en otras normas legales vigentes. El prestador podrá entregar copia de la historia clínica al usuario o a su representante legal cuando este lo solicite, para los efectos previstos en las disposiciones legales vigentes.

PARÁGRAFO PRIMERO. Del traslado entre prestadores de servicios de salud de la historia clínica de un usuario, debe dejarse constancia en las actas de entrega o de devolución, suscritas por los funcionarios responsables de las entidades encargadas de su custodia.

PARÁGRAFO SEGUNDO. En los eventos en que existan múltiples historias clínicas, el prestador que requiera información contenida en ellas, podrá solicitar copia al prestador a cargo de las mismas, previa autorización del usuario o su representante legal.

PARÁGRAFO TERCERO. En caso de liquidación de una Institución Prestadora de Servicios de Salud, la historia clínica se deberá entregar al usuario o a su representante legal. Ante la imposibilidad de su entrega al usuario o a su representante legal, el liquidador de la empresa designará a cargo de quien estará la custodia de la historia clínica, hasta por el término de conservación previsto legalmente. Este hecho se comunicará por escrito a la Dirección Seccional, Distrital o Local de Salud competente, la cual deberá guardar archivo de estas comunicaciones a fin de informar al usuario o a la autoridad competente, bajo la custodia de quien se encuentra la historia clínica.”

Sea lo primero manifestar que ninguna de las pruebas aportadas por el Accionante permite determinar que esta Secretaría haya vulnerado o puesto en riesgo los derechos fundamentales que se aduce están siendo transgredidos.

Y es que, en virtud de las funciones y competencias que le han sido asignadas a la Secretaría Distrital de Salud, no es posible que tenga conocimiento de los hechos que motivan la acción de tutela de la referencia. Se insiste en que esta Entidad no tiene competencia para pronunciarse frente a lo requerido por la Accionante dado que no tiene a su cargo la prestación de servicios de salud por prohibición expresa del artículo 31 de la Ley 1122 de 2007.

La Secretaría Distrital de Salud no tiene competencia para pronunciarse frente a los hechos planteados por la Accionante, pues no es la autoridad facultada para prestar los servicios de salud por lo que no debe ser sujeto procesal dentro de la presente acción de tutela.

Es importante indicar que la SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD no tiene competencia para la prestación del servicio de salud ni tampoco cuenta con profesionales de la salud para la atención al público, no se encarga del almacenamiento y dispensación de insumos o medicamentos ni cuenta con el recurso técnico e infraestructura para la práctica de procedimientos pues ello no se encuentra dentro de las facultades conferidas por el Decreto 507 de 2013 expedido por la Alcaldía Mayor, dado que los recursos que administra son para favorecer a la población pobre NO ASEGURADA, que no es el caso particular de la accionante que se encuentra afiliado a FAMISANAR EPS, Entidad que debe garantizarle la atención en salud incluida en el POS como la no contemplada en el mismo a través de la red de prestadores contratada.

En efecto, conforme a lo anteriormente expuesto, se avizora claramente que existe una FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

Finalmente, solicita se desvincule del presente trámite a la Secretaría Distrital de Salud por falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que no se encuentra probado la vulneración o la puesta en riesgo de derecho fundamental alguno por parte de esta Entidad que no es la encargada de suministrar la atención en salud requerida por el Accionante por prohibición legal expresa consagrada en el artículo 31 de la Ley 1122 de 2007. Las obligaciones que se deriven de dicha prestación de salud son responsabilidad exclusiva de la EPS FAMISANAR.

MEDIMÁS E.P.S. EN LIQUIDACIÓN, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorsar el traslado de la presente acción, a través de **GUSTAVO ENRIQUE MARTÍNEZ BENÍTEZ**, obrando en calidad de apoderado, quien manifiesta que:

Oteado el escrito tutelar por medio del cual la accionante solicita que la entrega de su historial médico se encuentra que Medimás EPS en liquidación, mediante respuesta del 18 de abril de los corrientes, informó a la accionante:

Observado el archivo en formato Excel generado de las Historias Clínicas trasladadas a Medimás EPS (hoy en liquidación) para su custodia acorde a lo expuesto en acápite No. II Pronunciamiento, me permito informar que NO fue posible encontrar registro alguno de dicha documentación de la señora LAURA KATERÍN PÁEZ RODRÍGUEZ identificada con Cédula de Ciudadanía Nro. 1033779469, toda vez que, resulta ser la IPS a la que el peticionario asistía para recibir la atención médica, la encargada de generar y custodiar dicho documento derivado de los servicios de salud prestados.

Frente a tal situación, lo primero que debe manifestarse al despacho es que tal como se le expuso a la actora, Medimás EPS en Liquidación no conserva historia clínica alguna, dado que estos soportes reposan directamente en cada IPS que materializó los servicios de salud que requirió la parte accionante. Es de precisar que cada IPS que prestó determinado servicio médico tiene a su cargo la responsabilidad de conservar el historial médico que se desprende la atención en salud prestada. Lo anterior se sustenta en el artículo 13 de la Resolución 1995 de 1999.

Así mismo, el párrafo 3 del artículo 13 de la Ley 23 de 1981, modificado por el artículo 110 del Decreto Ley 019 de 2012 “por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública” dispone que en el evento de liquidación de la entidad perteneciente al Sistema General de Seguridad Social en Salud responsable de la custodia y conservación de las historias clínicas -IPS-, la historia clínica deberá ser entregada al usuario o

a su representante legal; y ante la imposibilidad de ello, el liquidador de la empresa debe levantar un acta con los datos de quien no reclamó dichos documentos, y remitirlo a la última Entidad Promotora de Salud en la cual se encuentre afiliado el usuario, con copia a la dirección seccional, distrital o local de salud competente; quienes deberán conservarla por el término previsto en la ley. Por tanto, se precisa que, en principio, son las IPS las llamadas a diligenciar, resguardar y preservar los historiales médicos.

En suma, la presente solicitud debe ser tramitada ante las IPS donde se han materializado los servicios de salud que le fueron garantizados por Medimás EPS en liquidación y no ante esta última.

Es pertinente ilustrar a su H Despacho, cómo en un caso similar al que actualmente nos ocupa, el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Villa del Rosario mediante providencia del veintiocho (28) de octubre de dos mil veintidós (2022), confirma que la obligación en la custodia del historial clínico de los pacientes se encuentra en cabeza de las IPS que brindaron la atención, señalando además, que es insostenible imputar cualquier tipo de circunstancia que impida la entrega del historia clínica atendiendo a la liquidación de MEDIMAS EPS cuando dicha institución (IPS) fue la encargada del manejo de estos soportes médicos.

Es pertinente concluir que todo el historial médico de los usuarios que estuvieron vinculados con Medimás EPS reposa en las instituciones prestadoras de servicios (IPS) que sostuvieron relación contractual con la entidad.

Las IPS que prestaron los servicios contratados durante la vigencia de operación de Medimás EPS, son personas jurídicas totalmente distintas a las EAPB, toda vez que cada una de ellas posee autonomía administrativa, jurídica y financiera y, en consecuencia, les asisten derechos y obligaciones diferentes.

Expresado con otras palabras, las IPS que en su momento fueron contratadas por Medimás EPS para la atención de los afiliados siempre han tenido a su disposición el manejo de sistemas de información completamente independientes al de las aseguradoras en salud (EPS).

Cabe hacer una precisión y es que algunas EPS cuentan con IPS propias que atienden sus usuarios y en consecuencia sus sistemas de información se encuentran concatenados lo que posibilita a la EPS acceder a ese tipo de información.

Para el caso de Medimás EPS refulge un escenario sustancialmente diferente toda vez que, durante la vigencia de su operación, la entidad nunca tuvo una IPS propia para la atención del riesgo en salud de sus usuarios, puesto que hasta el manejo del primer nivel de atención siempre fue contratado con un tercero.

Luego es un hecho probado que absolutamente todas las consultas, desde medicina general hasta medicina especializada, exámenes diagnósticos, análisis de laboratorios y demás servicios médicos, SIEMPRE FUERON CONTRATADOS CON EXTERNOS encargados de prestar el servicio, es decir, terceros con independencia administrativa que tenían a su alcance sistemas de información propios y ajenos a Medimás EPS en el cual realizaban el registro de la historia clínica del paciente.

Al amparo de estas breves reflexiones, se arriba a la conclusión que para Medimás EPS en Liquidación existe una imposibilidad que material y jurídicamente le asiste para entregar el historial médico solicitado por la parte demandante.

Finalmente, solicita Se DECLARE que MEDIMÁS EPS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, no ha transgredido derecho fundamental alguno, especialmente los invocados mediante la presente acción constitucional.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través de **CLAUDIA PATRICIA FORERO RAMÍREZ**, obrando en calidad de subdirector Técnico, quien manifiesta que:

Frente a la vinculación de La Superintendencia Nacional de Salud, al trámite de acción de tutela de la referencia, es preciso indicar que resulta improcedente, lo anterior teniendo en cuenta que, una vez analizada la presente acción de tutela y las manifestaciones realizadas por la parte accionante en el escrito de tutela, se evidencia que el mismo pretende que la EPS accionada le garantice el servicio de salud de forma integral con la exoneración de copagos y la respuesta a sus solicitudes relacionadas con las copias de sus historias clínicas.

Ante lo expuesto, es viable considerar que el derecho solo se viola o amenaza a partir de circunstancias que han sido ocasionadas por vinculación directa y específica entre las conductas de personas e instituciones y la situación materia de amparo judicial, situación que no se ha presentado entre el accionante y La Superintendencia Nacional De Salud, de manera que se evidencia que esta entidad no ha infringido los derechos fundamentales aquí deprecados a la accionante.

De conformidad a lo antes expuesto, es evidente que esta Superintendencia Nacional de Salud, NO es la responsable de la presunta vulneración a los derechos fundamentales alegados por la aquí accionante, pues se reitera que es la entidad accionada, quien se encuentra legitimada en la causa para pronunciarse respecto a lo pretendido por la parte accionante.

Es importante indicar al despacho judicial que la Ley 1122 de 2007, en su artículo 36, creó el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema de General de Seguridad Social en Salud, siendo la Superintendencia Nacional de Salud la cabeza de este, y estas deben ser ejercidas dentro de los Ejes del Sistema, contenidos en el artículo 371 de la misma Ley.

Sumado a lo anterior es de resaltar que la Superintendencia Nacional de Salud, es un organismo de carácter técnico, que como máximo órgano de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud debe propugnar por que los agentes del mismo cumplan a cabalidad con las obligaciones y deberes asignados en la ley, y demás normas reglamentarias para garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados, mediante una labor de auditoría preventiva y reactiva, esta última a través de las quejas de los usuarios del Sistema.

Informan que, que la Superintendencia Nacional de Salud no es superior jerárquico de las Empresas Promotoras de Salud ni de los actores que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Salud; esta entidad ejerce funciones de Inspección, Vigilancia y Control, y efectúa las averiguaciones con el fin de sancionar los incumplimientos de las vigiladas, mediante el agotamiento de un proceso administrativo.

Al respecto, es importante señalar que, desde la órbita de las funciones y las competencias, las IPS son las entidades competentes para materializar la prestación de servicios de salud; esto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, se puede concluir, que las entidades encargadas de la prestación de los servicios de salud que requieran las personas vinculadas a una EPS, generar diagnósticos, procedimientos, rehabilitación, programación de procedimientos, exámenes, consultas, dispensación y entrega de medicamentos e insumos y prevención, son las IPS, de conformidad con las normas que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Es importante tener en cuenta que la EPS accionada, opera como Entidad Promotora de Salud, razón por la cual NO es la Entidad encargada de materializar la prestación del servicio de salud a sus afiliados, sino que de conformidad con el artículo 178 de la ley 100 de 1993, ostenta funciones tales como:

“(…) 3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las Empresas Promotoras de Salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de Ley. 4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia. 5. Remitir al Fondo de Solidaridad y Compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios. 6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (…)”.

Ahora bien, el decreto que es responsabilidad del profesional de salud tratante y que hace parte de la red definida por la EPS o EOC, hacer el reporte de la prescripción de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC así como de servicios complementarios, a través de la plataforma establecida por el ministerio para tal propósito, así mismo son responsables de realizar el reporte de la prescripción de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC así como de servicios complementarios las EPS, EOC y las IPS cuando estos sean ordenados mediante fallos de tutela, entre otros casos enunciados en la citada norma.

De otro lado, respecto a la atención y tratamiento integral que requiera el paciente, es menester precisar que su autorización debe ser sustentada en ordenes emitidas por el médico tratante, pues corresponde a aquel determinar el destino, el plan de manejo a seguir, y la prioridad del mismo, teniendo como fundamento las condiciones de salud del paciente, por ser quien posee el conocimiento técnico científico y la experticia necesaria para decidir el tratamiento, de conformidad con lo establecido en la Ley 23 de 1981, mediante la cual se dictaron normas en materia de ética médica y los artículos 104 y 105 de la Ley 1438 de 2011, los cuales versan sobre la autonomía y la autorregulación de los profesionales de la salud, por lo que se sugiere muy respetuosamente que se solicite al médico tratante de dicho paciente, cuál es el tratamiento que requiere para el manejo de la enfermedad que padece.

De conformidad con el numeral tercero del artículo 160 de la Ley 100 de 1993, y el parágrafo del artículo 3° del Acuerdo 260 del CNSSS, es deber del afiliado cotizante y de los beneficiarios cancelar las cuotas moderadoras y los copagos correspondientes.

Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los

demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud. Y, en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres.

En cuanto a los registros que reposan en la historia clínica es necesario relacionar lo establecido en el artículo 2.8.1.5.4 del Decreto Único 780 de 2016, mediante el cual se define la Historia Clínica como un “registro obligatorio de las condiciones de salud de la persona, y como tal es un documento privado sometido a reserva, por lo tanto únicamente puede ser conocido por terceros, previa autorización de su titular o en los casos previstos por la ley”, y continúa estableciendo que “la historia clínica pertenece a la persona y la institución cumple un deber de custodia y cuidado”.

En concordancia con lo anterior, el artículo 13 de la Resolución 1995 de 1998, relata lo referente a la custodia de la historia clínica, Por último se establece que este órgano de supervisión no es superior jerárquico de las Empresas Promotoras de Salud ni de los actores que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Salud; ésta entidad ejerce funciones de Inspección, Vigilancia y Control, y efectúa las averiguaciones con el fin de sancionar los incumplimientos de las vigiladas, mediante el agotamiento de un proceso administrativo y no es su función responder los derechos de petición que los usuarios instauran en contra de las entidades vigiladas.

De conformidad con el numeral 6° del artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Agente Especial Interventor designado, tiene la condición de auxiliar de la justicia, actúa como representante legal de la intervenida y en tal calidad desarrolla todas las actividades necesarias para la administración de la entidad objeto de intervención y ejecuta todos los actos pertinentes para el desarrollo del objeto social, correspondiéndole adelantar bajo su directa responsabilidad los procesos de intervención ordenados por la Superintendencia Nacional de Salud, quien por expresa disposición legal, es considerado auxiliar de la justicia y no puede refutarse trabajador, empleado, contratista o subordinado de la Superintendencia Nacional de Salud.

En los documentos anexos al escrito de tutela presentado por la señora LAURA KATERÍN PÁEZ RODRÍGUEZ se evidencia que radicó ante este ente de control un requerimiento, relacionado con las fallas en la prestación de servicios de salud por parte de la entidad accionada.

De lo informado se colige que este ente de control dio respuesta al requerimiento radicado por parte de la accionante, prueba de ello se aportan los mencionados documentos.

No obstante, es importante señalar a su despacho que, esta Subdirección Técnica de Defensa Jurídica, dio traslado nuevamente por competencia de la presente actuación con destino a la Dirección de Inspección y Vigilancia Para la Protección Al Usuario, lo anterior con el fin de que continúen con las respectivas acciones de inspección y vigilancia en contra de la entidad aquí accionada e informe oportunamente a esta Subdirección las mismas, es importante señalar su despacho que una vez allegada la referida información se dará alcance al presente escrito.

Finalmente solicita, DECLARAR LA INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD, entre la presunta vulneración de los derechos fundamentales incoados por la parte accionante y la Superintendencia Nacional de Salud, en razón a lo expuesto en el presente escrito. DECLARAR LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA de la Superintendencia Nacional de Salud, en el presente asunto, en virtud de los argumentos presentados.

DESVINCULAR de la presente acción de tutela a la Superintendencia Nacional De Salud, en consideración a que la entidad competente para realizar un pronunciamiento de fondo sobre el presente asunto corresponde a la Entidad Administradora del Plan de Beneficios en Salud (EAPB).

TRÁMITE PROCESAL

La mencionada acción fue admitida por auto del once (11) de mayo de 2023, en el que se ordenó la notificación a la entidad accionada y se le concedió el termino perentorio de dos (2) días, para que se pronuncie sobre los hechos sustento de la presente tutela.

Se encuentra el presente asunto para decidir y a ello se procede, observándose que no se ha incurrido en causal de nulidad que invalide lo actuado, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES :

1. Teniendo en cuenta las normas de reparto previstas en el Decreto 333 de abril de 2021 y lo señalado en el Decreto 2591 de 1991, gravita la competencia en este Despacho para pronunciarse sobre la presente demanda de tutela, atendiendo igualmente la calidad de las partes.

2.- La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando los mismos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades o particulares en ciertos casos.

La finalidad última de esta causa constitucional es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculcado o impida que la amenaza que sobre él se cierne se configure.

3.- Se encuentra que las exigencias de la petitum se centran en que se ordene a la E.P.S. MEDIMÁS EN LIQUIDACIÓN y a la E.P.S. FAMISANAR le entreguen todas sus historias clínicas a fin de no empezar de ceros su tratamiento respecto de su enfermedad denominada EPILEPSIA, ARTRITIS REMATOIDEA, FIBROMIALGIA, HIPERTENSIÓN, ANSIEDAD y DEPRESIÓN, por cuanto requiere que la E.P.S. donde se encuentra afiliada le formule cuanto antes los medicamentos que debe tomarse y aunado a ello se le conceda el tratamiento integral con ocasión a la enfermedad que le fue diagnosticada por el galeno.

A propósito de este caso, el máximo tribunal de lo constitucional en Sentencia T-058 de 2018, estableció:

“Mediante el ejercicio del derecho fundamental de petición resulta posible solicitar “el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y **requerir copias de documentos**, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos” (resaltado propio). Existen algunos documentos que tienen carácter reservado, entre estos, por ejemplo, las historias clínicas. Sin embargo, el Legislador previó la posibilidad de que, en casos como estos, tales documentos puedan ser solicitados por su titular (numeral 3º y parágrafo del artículo 24 Ley 1437 de 2011). En cualquier caso, el ejercicio de este derecho es gratuito, no requiere de representación a través de abogado y, puede presentarse de forma verbal o escrita, a través de cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos.

Particularmente, en relación con la respuesta a la petición, se ha advertido en reiteradas oportunidades que, so pena de ser inconstitucional, esta debe cumplir con los requisitos de (i) oportunidad; (ii) ser puesta en conocimiento del peticionario y (iii) resolverse de fondo con claridad, precisión, congruencia y consecuencia con lo solicitado.

(...)

Ahora bien, la obligación de resolver de fondo una solicitud no significa que la respuesta sea aquiescente con lo solicitado, sino el respeto por el ejercicio del derecho fundamental de petición, es decir, se debe emitir una respuesta clara, precisa, congruente, de fondo, sin que ello signifique necesariamente acceder a lo pretendido. Debe recordarse que es diferente el derecho de petición al derecho a lo pedido: “el derecho de petición se ejerce y agota en la solicitud y la respuesta. No se decide propiamente sobre él [materia de la petición], en cambio si se decide por ejemplo sobre el reconocimiento o no del derecho subjetivo invocado (...)”. **Es decir, la entidad o particular al que se dirija la solicitud está en la obligación de resolver de fondo la solicitud, lo que no significa que deba acceder necesariamente a las pretensiones que se le realicen.**

5. El derecho fundamental de petición y su relación con el acceso a la historia clínica, la obligación de organización, manejo y custodia, el derecho fundamental de habeas data, acceso a la información y a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia.

El derecho fundamental de petición tiene carácter instrumental, pues por su conducto “se busca garantizar la efectividad de otros derechos constitucionales”, entre estos, el derecho de acceso a la información y a documentación pública o privada (salvo reserva legal) -artículos 15, 20 y 54 CP-, como sucede con la historia clínica.

La historia clínica es un documento privado, de obligatorio diligenciamiento para el cuerpo de salud, contentivo de todos los datos sobre la salud física y psíquica del paciente, estructurados de manera ordenada, detallada y cronológica. Su acceso, según el artículo 34 de la Ley 23 de 1981, “(p)or la cual se dictan normas en materia de ética médica”, es reservado y, por consiguiente, puede ser conocido únicamente por su titular y, excepcionalmente, por terceros -en los casos previstos por la ley o previa autorización del usuario-. Por ende, este documento constituye prueba idónea sobre los tratamientos médicos recibidos por el usuario, al punto que se ha descrito como “el único archivo o banco de datos donde legítimamente reposan, todas las evaluaciones, pruebas, intervenciones y diagnósticos realizados al paciente”.

A continuación se hace énfasis en la organización, manejo y custodia de la historia clínica y en algunos lineamientos jurisprudenciales sobre el acceso este documento para sus titulares a través del ejercicio del derecho fundamental de petición.

Particularmente, respecto a la custodia (artículo 13), se determinó que esta es una obligación a cargo del prestador del servicio de salud que generó la historia clínica, entidad que “podrá entregar copia (...) al usuario o a su representante legal cuando este lo solicite”.

Conforme se enunció, la historia clínica es un documento contentivo de todos los datos sobre la salud física y psíquica del paciente, estructurado de manera ordenada, detallada y cronológica. En consecuencia, acceder a este documento implica la posibilidad de conocer información privada contenida en una base de datos y, por consiguiente, la jurisprudencia constitucional ha relacionado el derecho de acceder a este documento con el derecho fundamental de Habeas Data (artículo 15 CP) y de acceso a información privada (artículo 20 CP).

(...)

Siguiendo el contenido de la Resolución 1995 de 1999, el Consejo de Estado, en Sentencia del 23 de febrero de 2011, estudió el caso de una persona quien solicitó la copia de su historia clínica al Ejército Nacional, a lo cual respondió la Dirección Naval informando que “los documentos solicitados no reposan en esa dependencia por lo que no fue posible expedir las copias, más aún si éstas se encuentran bajo la custodia del archivo de historias clínicas de los Establecimientos de Sanidad donde el accionante recibió atención médica”.

El Alto Tribunal advirtió que a pesar de que se contestó la petición “la respuesta no resolvió de fondo lo pedido y en consecuencia no puede existir carencia actual de objeto por hecho superado” (Resalta la Sala), al respecto, explicó que la Resolución 1995 de 1999, expedida por el Ministerio de Salud permite concluir que es responsabilidad de los prestadores del servicio de salud tener un archivo único de las historias clínicas de todos los usuarios, el cual tiene como finalidad recopilar toda la información del estado de salud de los pacientes, con el objeto de poder brindar información oportuna de las mismas cuando así se requiera. En este orden de ideas, el Consejo de Estado determinó que existían razones suficientes para concluir que en el caso sub lite se vulneró el derecho fundamental de Petición del actor, en el entendido de que la respuesta dada a la solicitud contiene fórmulas evasivas o elusivas que no resuelven en nada lo pretendido por el petente.

El usuario del sistema de salud tiene derecho a que se le garantice la disponibilidad de la historia clínica y, por ende, a saber en los archivos de cuál entidad reposa. En concordancia, la Resolución 1995 de 1999 estableció el procedimiento que se debe desarrollar para la custodia de este documento en caso de traslado de EPS y de liquidación de las entidades prestadoras del servicio de salud, entre otros. En relación con el traslado se especificó que se debe dejar constancia de ello en los correspondientes registros de entrega o devolución, suscritos por los funcionarios responsables de las entidades encargadas de su custodia. Respecto de la liquidación, se estableció que la “institución prestadora de servicios de salud” debe entregar al usuario o a su representante legal el documento y, ante la imposibilidad de ello, el liquidador debe designar a cargo de quien está la custodia, hecho que se debe comunicar a la Dirección Seccional, Distrital o Local de Salud competente “la cual deberá guardar archivo de esas comunicaciones a fin de informar al usuario o a la autoridad competente, bajo la custodia de quien se encuentra la historia clínica”. (negrilla y subrayado por el Despacho).

De la anterior cita jurisprudencial se tiene que las solicitudes que impliquen copia de algún documento, en especial las historias clínicas, involucran derechos como los aquí conculcados por la actora tales como, HABEAS DATA, IGUALDAD, SALUD EN CONEXIDAD CON LA VIDA, por cuanto todas las personas tienen derecho a que se les garantice la disponibilidad de su historia clínica conforme la Resolución 1999 de 1995, artículo 3°, inciso 5° y en este caso, considera esta Falladora que la E.P.S. MEDIMÁS EN LIQUIDACIÓN, si le esta vulnerando los derechos reclamados a la accionante, pues si bien, le dio respuesta al derecho de petición que le había radicado la señora LAURA KATERÍN, lo cierto es que, la entidad encartada no sólo tenía el deber de contestar sino que además, tenía la obligación de contestar de manera congruente con lo que se le había solicitado, pues basta con revisar la respuesta emitida por la E.P.S. MEDIMÁS, para darse cuenta que la entidad accionada únicamente le informa al usuario que no posee los documentos que integran la historia clínica solicitada y que, le corresponde acercarse a los dispensarios donde fue atendido conforme lo establece el Art. 13 de la nombrada Resolución 1999, para obtenerlos, sin embargo, la entidad omite lo ordenado en el Art. 12 de la nombrada resolución, pues allí también se indica que, es

responsabilidad de las entidades prestadoras de salud, tener un archivo único de las historias clínicas de todos sus usuarios con el objeto de poder brindar información oportuna de las mismas cuando así se requiera.

Por tanto, la respuesta emitida a la actora en esta oportunidad no es una respuesta de fondo, clara y congruente, pues por el contrario y con base en el análisis jurisprudencial aquí citado, es una respuesta evasiva, tesis que se reafirma con lo indicado por el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez De Páez. Bogotá, D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011), así:

"No se entiende porque la entidad accionada afirmó que es obligación y responsabilidad del actor realizar un sin número de oficios solicitando a los distintos Establecimientos de Sanidad donde fue atendido la expedición de copias de su historia clínica, más aún si existen normas que estipulan todo lo contrario, haciéndose equivocada la apreciación hecha por la Dirección de Sanidad de la Armada Nacional, al precisar que como las historias clínicas están bajo la custodia de las entidades que prestan el servicio de salud, es a ellas a las que se debe acudir para solicitar los documentos aludidos.

Así las cosas si el accionante perteneció a las Fuerzas Armadas de Colombia y el Ejército Nacional le proporcionó el servicio de salud en diferentes Establecimientos de Sanidad, no le asiste razón a la accionada en afirmar que no es la competente para realizar el consolidado de la historia clínica a ella solicitado, negándole la posibilidad al actor de acceder a esos documentos cuando legalmente es el único que puede conocerlos y que son necesarios para determinar el estado actual de salud.

Advierte la Sala que es responsabilidad de la Dirección de Sanidad Naval de la Armada Nacional hacer el consolidado de la historia clínica y no trasladársela al actor, requiriéndolo para informar en cuantos establecimientos fue atendido, ya que lo ordenado por el A-quo fue que la entidad accionada realizara el consolidado y entregárselo al accionante.

En consecuencia como existe vulneración del derecho fundamental de petición el fallo impugnado que concedió la acción de tutela debe ser confirmado".

Basta con todo lo anteriormente expuesto para indicarle a las partes que el amparo constitucional deprecado saldrá avante, por cuanto es deber de la entidad encartada realizar el consolidado de la historia clínica de la accionante y emitirle la documental respectiva para ello, pues al trasladarle esa carga a la señora LAURA KATERÍN, le está vulnerando sus derechos y está yendo en contravía con las normas que estipulan todo lo contrario a lo actuado por la E.P.S. MEDIMÁS EN LIQUIDACIÓN, pues aunado a ello no se puede dejar de lado que la actora padece una enfermedad catastrófica denominada EPILEPSIA, ARTRITIS REMATOIDEA, FIBROMIALGIA, HIPERTENSIÓN, ANSIEDAD y DEPRESIÓN, situación que pone en estado de debilidad manifiesta a la tutelante, pues a las voces de a H. Corte Constitucional en Sentencia T- 014 de 2017:

"Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro del POS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión (como la falta de capacidad económica, graves padecimientos en enfermedad catastrófica o se trate de discapacitados, niños y adultos mayores) son circunstancias que han de ser consideradas para decidir sobre la concesión del correspondiente amparo. Por lo tanto, obligan al juez constitucional a no limitarse por

barreras formales en un caso determinado, por el contrario, en aras de la justicia material su función constitucional es proteger los derechos fundamentales.” (resalto por el despacho).

Siendo así, que la decisión que tome esta instancia judicial sea completamente ajustada a los parámetros dados por la H. Corte Constitucional, pues no es justo que a la actora se le impongan cargas que le quedan imposibles de cumplir, pues además de que padece una enfermedad que requiere de un tratamiento inmediato y especial, desorbitaría que también se le obligue a que debe ir de I.P.S. en I.P.S. de donde fue atendida para reconstruir su historia clínica y así poder exigirle a la E.P.S. FAMISANAR de donde es afiliada ahora, que se le continúe con su tratamiento, máxime cuando ni siquiera le informan a que I.P.S. debe ir, ni los datos de contacto de las mismas, pues únicamente le dicen que ellos no poseen la historia clínica y que es su deber solicitarla donde fue atendida, pero ni siquiera realizan la búsqueda en su base de datos para indicarle a la usuaria cuales son las entidades a donde debe dirigirse, ocasionando un claro perjuicio a la actora que por su situación de salud debería tener contar con la solidaridad de su antes E.P.S. MEDIMÁS EN LIQUIDACIÓN.

4. Finalmente, sobre el *tratamiento integral* esta sede constitucional advierte que en el caso de la señora **LAURA KATERÍN PÁEZ RODRÍGUEZ**, no se evidencia que la E.P.S. FAMISANAR no se le esté prestando los servicios médicos adecuados para el tratamiento de sus padecimiento de salud, pues una cosa es que no cuente con la historia clínica que la E.P.S. MEDIMÁS EN LIQUIDACIÓN deberá remitir a FAMISANAR y otra muy distinta que no se le esté brindando la atención en salud que requiere, por tanto en cuanto a esta pretensión le será negado, pues es pertinente indicar que la H. Corte Constitucional en Sentencia T-707 de 2016 expresó que:

“Asimismo, en lo que concierne al suministro del tratamiento integral, cabe resaltar que el principio de integralidad en el acceso a los servicios de salud se exterioriza en la autorización, práctica o entrega de las tecnologías a las que una persona tiene derecho, siempre que el galeno tratante los considere necesarios para el tratamiento de sus patologías. De lo anterior, se desprende que “la atención en salud no se restringe al mero restablecimiento de las condiciones básicas de vida del paciente, sino que también implica el suministro de todo aquello que permita mantener una calidad de vida digna”¹.

En este sentido, siempre que exista claridad sobre el tratamiento a seguir según lo dispuesto por el médico tratante², el juez constitucional debe ordenar la entrega de todos los servicios médicos necesarios para conservar o restablecer la salud de la persona cuando la entidad encargada de ello no haya actuado con diligencia, poniendo así en riesgo sus derechos fundamentales³.

Por lo anterior, se ha considerado que el suministro del tratamiento integral a través del amparo constitucional se debe sujetar: (i) a que la EPS haya actuado negligentemente en la prestación del servicio, y (ii) a que exista una orden del médico tratante especificando las prestaciones necesarias para la recuperación del paciente⁴”.

¹ Sentencia T-469 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

² Ello significa, por una parte, que no es posible para el juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables; y por otra, que en caso de no puntualizarse la orden, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados. Cfr. Sentencia T-469 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³ Sentencias T-702 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería y T-727 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴ Sentencias T-320 de 2013 y T-433 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. No sobra aclarar que estos requisitos deben ser examinados con menor rigurosidad en aquellos casos en que una persona padezca enfermedades catastróficas.

Es así, que, frente al tratamiento integral, el juez constitucional debe verificar que, en efecto, una solicitud de este tipo tenga sustento en los presupuestos fácticos y que esté involucrada la responsabilidad de la accionada. Las órdenes dirigidas a las entidades deben corresponder a sus acciones u omisiones, pero en el caso de la referencia no se precisa cuál es la conducta de la EPS que se reprocha, máxime cuando esta más que claro que quien debe suministrar la historia clínica no es la EPS FAMINASAR y que además, esta E.P.S. requiere de esa historia clínica para continuar con el tratamiento que ya le había ordenado el galeno con anterioridad. De ahí que, el tratamiento integral en este evento no prospere, pues no es que la E.P.S. FAMISANAR no este prestando un servicio en salud adecuado, sino es que no ha podido continuar con el tratamiento debido a que no cuenta con la historia clínica completa de la tutelante para ordenar y prestar toda la atención en salud con ocasión a su padecimiento.

Así las cosas, es claro que el fallo de tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración actual e inminente de los derechos, pues con ello se desbordaría su alcance y en estos términos se incurrirá en el error de obligar por prestaciones que aún no existen, puesto que, la obligación de un servicio de la EPS solo inicia una vez la dolencia en salud ocurre y por ello acceder a conceder un tratamiento integral para la señora LAURA KATERÍN, sería dar por sentado que la EPS no está cumpliendo con sus obligaciones sin tener un sustento fáctico que permitiera inferir ello.

Ha de precisarse que, no resulta procedente tutelar hechos futuros e inciertos, anticipándonos de esta manera a intuir el incumplimiento de las funciones legales y estatutarias de la E.P.S. FAMISANAR, lo que equivale a presumir la MALA FÉ en la prestación de los servicios que llegase a requerir el paciente, situación atentatoria del principio de la buena fé, que bien lo consagra la Constitución.

Por último, es importante indicarle al accionante que, el Juez Constitucional no puede irrumpir en la esfera de los trámites ordinarios para sustraer competencias que ni la Constitución, ni la legislación le han conferido, pues el amparo constitucional solo es dable ante la amenaza inminente de derechos fundamentales, razón por la cual no hay lugar a acceder al tratamiento integral, en tanto la acción de tutela no es un medio para sustituir los procedimientos respectivos o alterar competencias de las entidades.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL JUZGADO TREINTA Y TRES DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

R E S U E L V E:

PRIMERO: TUTELAR LOS DERECHOS de DEBIDO PROCESO, SALUD EN CONEXIDAD CON LA VIDA, HABEAS DATA E IGUALDAD incoados por **LAURA KATERIN PÁEZ RODRÍGUEZ** en contra de la **E.P.S. MEDIMÁS EN LIQUIDACIÓN.**

SEGUNDO: ORDENAR a la E.P.S. MEDIMÁS EN LIQUIDACIÓN que a través de su representante legal o quien haga sus veces, y en el término de DIEZ (10) DÍAS, si aún no lo ha hecho, proceda a COMPILAR y ENVIARLE a la actora y a FAMISANAR E.P.S., la HISTORIA CLÍNICA completa de las diferentes especialidades de la señora LAURA KATERÍN PÁEZ RODRÍGUEZ, para que pueda continuar su tratamiento con ocasión a sus enfermedades denominadas EPILEPSIA, ARTRITIS REMATOIDEA, FIBROMIALGIA, HIPERTENSIÓN, ANSIEDAD y DEPRESIÓN.

TERCERO: ORDENAR a FAMISANAR E.P.S. para que una vez cuente con la HISTORIA CLÍNICA completa de la accionante LAURA KATERÍN PÁEZ RODRÍGUEZ, le programe de manera inmediata las CITAS y/o EXÁMENES necesarios con los especialistas requeridos para que la actora pueda continuar con su tratamiento referente a sus enfermedades denominadas EPILEPSIA, ARTRITIS REMATOIDEA, FIBROMIALGIA, HIPERTENSIÓN, ANSIEDAD y DEPRESIÓN.

CUARTO: Comuníquesele a las partes, en forma rápida y por el medio más expedito, de conformidad a lo consagrado en el Art.16 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Si este fallo no es impugnado envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE,
LA JUEZ;**

GLORIA VEGA FLAUTERO

YPEM

Firmado Por:
Gloria Vega Flautero
Juez
Juzgado De Circuito
De 033 Familia
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: **5c82f95ea90f34889ca5141d72efccd4ed3b7dd2f38099891a58e2269b82d247**

Documento generado en 25/05/2023 04:00:55 PM

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