



Cartagena de Indias D.T. y C., veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA. – IMPUGNACIÓN -
Radicado	13001-3333-010-2018-00005-01
Demandante	CONCEPCIÓN HERNÁNDEZ DE ARCHILA
Demandado	NUEVA EPS
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
Tema	SALUD

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la accionante, contra la sentencia de tutela del veintinueve (29) de enero de 2018, proferida por el Juzgado Décimo (10) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió conceder el amparo solicitado.

III.- ANTECEDENTES

- **Pretensiones.** (Fl. 2)

"Que se protejan los derechos fundamentales presuntamente vulnerados: derecho a la vida, salud y seguridad social."

- **Hechos** (Fl. 2)

La parte accionante manifiesta que se encuentra afiliada en la Entidad Prestadora de Salud, Nueva EPS.

Así mismo, la accionante señala que el día 5 de enero de 2018, debido a un accidente que tuvo en las playas de Barú, el médico ortopedista tratante le diagnosticó con base en radiografías, daños severos en su pierna derecha, como fractura en la meseta tibial, semidura en el hueso tibia y contusión en la pierna debajo de la rodilla.

En consecuencia de lo anterior, afirma la actora que el Médico Ortopedista tratante, Juan Conrado, ordenó que se le hiciera una operación reconstructiva con tornillos el día 05 de enero, pero el día de 15 de enero del presente año no se le ha realizado.



De igual manera, ese mismo día 05 de enero, le inmovilizaron la pierna con una férula o yeso, y señala que le quedó cubierta la contusión de la rodilla hacia abajo, la cual le permaneció así por una semana, hasta que una rasquiña le obligó a quitarse la parte superior de la férula y se encontró con una infección en la zona de la contusión por estar cubierta la férula sin limpieza o curación diaria.

Adicionalmente, la señora Concepción Hernández de Archila en su calidad de accionante, sostuvo que le han puesto a compartir una habitación con una paciente que sufre de cáncer en el colon, y que muchas veces cuando le llevan su almuerzo, la paciente con cáncer refleja su enfermedad con una diarrea que según daña el medio ambiente. Además, manifiesta que la habitación no tiene aire acondicionado y el ventilador que está ubicado de frente al accionante, está deteriorado y funciona por momentos.

Finalmente, la accionante establece que es de Bucaramanga y la manutención de su compañero, le está generando muchos gastos, porque le tiene que pagar hotel y comida, dado que es quien le ha estado sirviendo de enfermero en la clínica.

- **CONTESTACIÓN**

Nueva EPS.

La parte accionada señala en su contestación que la usuaria Concepción Hernández se encuentra activa en el régimen contributivo cotizando con dos IBC mensuales por los valores de \$2.079.702 por la razón social COLPENSIONES y 380.016 del SENA. Así mismo, la NUEVA EPS en aras de cumplir los ordenamientos médicos generó autorización de servicios No. 82736810 de los procedimientos legamentorrafia o reinserción ligamentos (una o más) y reducción abierta de fractura en platillos tibiales con fijación interna e injerto, remitido al prestador FOSCAL- Fundación Oftalmológica de Santander Clínica Ardila Lulle.

Aunado a lo anterior, la accionada señaló que a la presente acción de tutela no se anexa Orden médica en la que el médico tratante ordene traslado en avión de la paciente, por lo que no es posible acceder a lo solicitado y de igual manera los gastos de traslado, no están incluidos en el PBS. Por lo que concluye la accionada determinando que el servicio solicitado no constituye un servicio "puerta de entrada", descritos en el artículo 10 de la Resolución 5592, para los cuales es obligatorio cubrir los gastos de traslado desde el municipio de origen, hasta el lugar donde se va a prestar el servicio de salud,



por lo cual tampoco se podría generar cubrimiento de los gastos de traslado con cargo a la UPC.

Respecto a la solicitud de un tratamiento integral, la nueva EPS manifiesta que garantiza la prestación de los servicios de Salud del régimen contributivo de acuerdo con lo estipulado en la ley y al modelo de acceso a los servicios de salud. De igual manera, sostuvo que era aún incierto determinar si los tratamientos, medicamentos y demás prestaciones asistenciales que requiera en un futuro, se encuentren o no dentro del plan obligatorio de salud, más aún, no se pueden negar tratamientos que aún no se encuentran determinados.

Para concluir, la parte accionada agrega que la Nueva EPS se encuentra organizada institucionalmente por Zonales, Regionales y la Nacional, y la usuaria vive en el Departamento de Santander, siendo la responsable del cumplimiento de los fallos de la Zonal Nororiente, la Doctora Sandra Milena Vega Gómez en su calidad de Gerente Zonal Nororiente de Nueva EPS y que la tutela no debe ser concedida porque la Nueva EPS ha actuado conforme a la ley, constituyéndose una conducta legítima de cara al presente proceso. Por lo que solicita la accionada, que no se accedan a las pretensiones del accionante.

- Sentencia de Primera Instancia (Fl. 22-25)

El Juzgado Décimo (10) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 29 de enero de 2018, resolvió conceder el amparo solicitado, argumentando entre otras cosas que:

"(...) El Juzgado asumirá que la señora Concepción Hernández de Archila se encuentra en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, lo cual financia el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) debido a que cumple con uno de los presupuestos señalados en el artículo 120 de la mencionada resolución, pues la paciente requiere movilización por la patología de urgencia, desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria.

Siendo así en virtud del principio de integralidad del servicio de salud, el tratamiento que se debe proporcionar para garantizar el derecho a la salud, no tiene como único objetivo obtener la curación. Este debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integralidad y la dignidad de la persona, por tal razón se deben orientar todos los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba todos los cuidados médicos tendientes a proporcionar el mayor bienestar posible.

En ese sentido, cuando un paciente es remitido a una entidad de salud en un municipio distinto, es deber de la EPS sufragar los gastos de transporte que sean necesarios sin importar si dicha prestación fue ordenada por su médico tratante, constituye un medio para garantizar el acceso al tratamiento que requiera la persona; lo anterior no es producto del capricho sino de las pruebas regular y oportunamente allegadas a la presente acción de tutela, como ya se dijo, con el documento aportado por la accionada se pudo determinar que el accionante forma parte del régimen



contributivo, como cotizante, y lo hace en la categoría B, monto que en opinión del Juzgado resulta bajo para una persona mayor, que además de atender a su propia subsistencia, sin duda también deberá ocuparse del sostenimiento de los demás miembros de su grupo familiar

Así las cosas, se infiere de lo dicho por la entidad ya que en efecto al accionante se le están vulnerando sus derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, pues al privársele del traslado de avión o el desplazamiento en tierra por ambulancia a la ciudad de Bucaramanga con el objetivo de acudir al prestado FOSCA, puesto que, sin justificación alguna, se niega a suministrar los viáticos para su traslado a efectos de recibir la atención necesaria para sus padecimientos".

- **La impugnación.** (Fls.49-55)

La nueva EPS por intermedio de su apoderada judicial, impugnó la sentencia adoptada por el Juzgado Décimo (10) Administrativo del Circuito de Cartagena, fundamentándose en las mismas razones de hecho y de derecho que argumentó en la contestación de la acción de tutela.

A pesar de ello, la nueva EPS agregó que, en lo referente a la solicitud del servicio de transporte para acompañantes, el mismo debe negarse, por cuanto no se evidencia solicitud médica (*lex artis*), es decir, una orden médica, toda vez que la jurisprudencia ha reiterado que se desconoce el derecho a la salud, cuando el servicio médico ha sido ordenado por un galeno adscrito y no se realiza.

Así mismo, la accionada estableció que de conformidad con la resolución 5269 no se acredita que la paciente cumpla con los presupuestos establecidos en el artículo 120 para la procedencia de su solicitud de traslado aéreo o terrestre. Adicionalmente, argumenta que no se ha determinado o demostrado siquiera sumariamente que dicha suma no es suficiente para sufragar los gastos que están siendo solicitados, porque el simple hecho de informar que el usuario tiene gastos no significa que se encuentre en situación de indefensión o que no pueda sufragar el costo de los transportes, alojamiento y alimentación que son solicitados.

Ahora bien, acerca de la procedencia de otorgar o no el amparo frente a estos gastos, en particular alimentación, me permito señalar que en varios fallos de tutela se ha aclarado que dicha responsabilidad no recae en nadie distinto a cada ser humano, puesto que, independientemente de la enfermedad que desafortunadamente aqueja al usuario, este tiene el deber de autocuidado y suministrarse lo necesario para alimentación. Es por tal razón que no se encuentra fundamento alguno en solicitar que con cargo a los dineros del sistema se dé a otro alimentación, a quien de por sí debe buscar la manera de proveerse todo aquello necesario para satisfacer sus necesidades básicas.



En igual sentido, la accionada afirma que se entiende improcedente el amparo de dicho servicio para los acompañantes, que al igual que el usuario aquejado de enfermedad, requieren subsistir y alimentarse, sin importar la labor que esté desempeñando o el lugar donde se encuentre.

De acuerdo con los argumentos esgrimidos, la Nueva EPS le solicita al señor Juez, tener en cuenta la situación particular del usuario y la afectación que se hace a los recursos del sistema general de salud al otorgar amparos de tutela como los solicitados, reiterando lo establecido por la normatividad vigente, la jurisprudencia existente y la capacidad de pago del usuario.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Conforme lo prevé el artículo 207 del CPACA, se hace control de legalidad sobre el cumplimiento de las reglas del debido proceso en esta etapa del diligenciamiento, advirtiéndose por la Sala que no se evidencian vicios que puedan acarrear nulidad.

V.- CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

El Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación de la presente acción, con base en la Constitución Política y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991.

- PROBLEMA JURÍDICO.

De conformidad con lo anterior, en el caso que nos ocupa, se desprenden los siguientes problemas jurídicos, a saber:

¿Se vulneran los derechos a la vida, salud y a la seguridad social de la señora Concepción Hernández de Archila, por haber sido ubicada por la Nueva EPS en una habitación con una paciente que sufre de cáncer de colón y que por su indigestión daña el medio ambiente?

¿Se le viola el derecho a la vida, salud y seguridad social al accionante por la negativa de la EPS de cubrirle a ella y a sus dos acompañantes, el desplazamiento aéreo o terrestre a una clínica de su ciudad de origen?

¿Se violenta el derecho a la salud de la accionada por la negativa de la Nueva EPS de remitir su historia clínica a otra entidad de salud?

¿Es viable en el presente caso, emitir medidas tendientes a la atención integral a favor de la accionante?



TESIS

La Sala considera pertinente revocar la sentencia impugnada, debido a que, de conformidad con la Jurisprudencia Constitucional, la accionante teniendo la carga de probar en virtud de la "autorresponsabilidad probatoria", no demostró que lo que sostiene en la parte fáctica de su acción de tutela, corresponda con la realidad.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

Los artículos 86 de la Constitución Política y 1º del Decreto 2591, establecen que toda persona, por sí misma o por quien actúe en su nombre, podrá ejercer acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares. En este último caso, en los eventos señalados en la Ley.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiaria, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

- CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VIDA, SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL.

Para resolver el asunto debatido, se considera necesario explicar el contenido y alcance del derecho a la salud conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

• *La salud como derecho fundamental*

La Corte Constitucional ha sostenido el carácter de derecho fundamental de la salud, lo que comporta que el Estado se encuentra en la obligación de adoptar todas aquellas medidas necesarias para brindar a las personas un servicio de salud de manera efectiva e integral, de manera que, de encontrarse amenazado tal derecho, puede ser protegido por la acción de tutela¹.

La señalada obligación adquiere mayor importancia cuando se trata de sujetos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, puesto que, por sus particulares condiciones, merecen una especial protección por parte del Estado².

¹ Corte Constitucional. Sentencia T 062 de 2017. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

² Corte Constitucional. *Ibídem*



El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha manifestado que el servicio obligatorio, integral y eficiente de la salud no es ilimitado, pues se encuentran algunas prestaciones de salud que están excluidas del denominado Plan de beneficios en Salud, por el fundamento de la sostenibilidad financiera, para así propender por un adecuado manejo económico del Sistema General de Salud. Sin embargo, la Corte Constitucional aclara que:

"En principio, cuando el servicio que se requiere se encuentre excluido del POS, no es obligación de la EPS cubrirlo y, por tanto, debe ser asumido por el paciente. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional, si bien, ha aceptado las mencionadas exclusiones, como se vio en el párrafo precedente, también ha sido enfática en señalar que existen determinados casos en los que la no prestación de un tratamiento, procedimiento o medicamento, bajo el argumento de encontrarse por fuera de lo señalado en el citado plan, puede afectar gravemente el derecho fundamental a la salud de una persona, dado que existe la posibilidad de que no cuente con los recursos necesarios para asumirlo por cuenta propia y no se prevea una alternativa que permita conjurar la afectación que padece. Por lo tanto, la regla que se plantea no es absoluta". (Negritas de la Sala).

En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que para que proceda la autorización y realización de un servicio a cargo de la EPS, se deben acreditar los siguientes requisitos:

"(i) que la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;
(ii) que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;
(iii) que el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie;
(iv) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo³".
(negritas de la Sala).

- **Cubrimiento de los gastos de transporte para el paciente y sus acompañantes por parte de las EPS**

En lo que concierne al cubrimiento de los gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud, la Resolución No. 5592 de 2015 en su artículo 126, consagra que se procede a cubrir el traslado acuático, aéreo y terrestre de los pacientes, cuando se presenten patologías de urgencia o el servicio requerido no pueda ser prestado por la IPS del lugar donde el afiliado debería recibir el servicio, incluyendo a su vez, el transporte para atención domiciliaria.

De esa manera, el servicio de salud debe ser prestado de forma oportuna y eficiente, libre de barreras u obstáculos de acceso, por tanto, en aquellos casos en que el paciente requiera un traslado que no esté contemplado en la resolución, y tanto él como sus familiares cercanos carezcan de recursos

³ Corte Constitucional. Sentencia T 760 de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinoza.



económicos necesarios para sufragarlo, es la EPS la llamada a cubrir la prestación, en la medida en que se puedan generar graves perjuicios con respecto a la garantía del derecho fundamental a la salud.

Para dichos efectos, la Corte Constitucional sostuvo:

“El juez de tutela debe entrar a analizar la situación fáctica que se le presenta, pues se deben acreditar las reglas establecidas por este Tribunal, como requisito para amparar el derecho y trasladar la obligación a la EPS de asumir los gastos derivados del servicio de transporte, a saber: que (i) *ni el paciente ni sus familiares cercanos tengan los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario (Negritas de la Sala)*”.⁴

En lo que concierne a la capacidad económica del afiliado, el Tribunal Constitucional ha señalado que cuando este afirma y prueba por cualquier medio que no posee los recursos necesarios para asumir los servicios solicitados, se invierte la carga de la prueba. En consecuencia, es la EPS la que le corresponde desvirtuar tal situación, toda vez que cuenta con los medios para determinar si es verdadera o no⁵.

Por otro lado, en el tema del transporte se encuentra que pueden presentarse casos en que el paciente requiere de alguien que lo acompañe a recibir el servicio, como es el caso de personas de edad avanzada o que el tratamiento requerido causa un gran impacto en la condición de salud de la persona. Al respecto:

“(i) Si se comprueba que el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento y que requiere de “atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas” (ii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado la EPS adquiere la obligación de sufragar también los gastos de traslado del acompañante”.

Así las cosas, si bien el ordenamiento prevé los casos en los cuales el servicio de transporte se encuentra cubierto por el Plan de Beneficios en Salud, existen otros eventos en que, a pesar de encontrarse excluidos, el traslado se torna de vital importancia para poder garantizar la salud de la persona, por consiguiente, el juez de tutela debe analizar la situación y reiterar que, de evidenciarse la carencia de recursos económicos tanto del paciente como de su familia, sumado a la urgencia de la solicitud, resulta obligatorio para la EPS, cubrir los gastos que se deriven de dicho traslado, en aras de evitar imponer

⁴ Corte Constitucional, Sentencias T-006 de 1992, C-059 de 1993, T-538 de 1994, C-037 de 1996, T-268 de 1996, C-215 de 1999, C-1341 de 2000, C-1195 de 2001, C-426 de 2002, C-207 de 2003, C-1177 de 2005 y C-279 de 2013.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-426 de 2002. MP. Rodrigo Escobar Gil.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-622 de 2004. MP. Álvaro Tafur Galvis.



13001-3333-010-2018-00005-01

barreras u obstáculos a la garantía efectiva y oportuna del derecho fundamental a la salud.

- **Principio de integralidad en la prestación de los servicios de Salud.**

En cuanto al principio de integralidad en materia de salud, esta se refiere a la adopción de todas las medidas necesarias encauzadas a otorgar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas. Por lo tanto, es una obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio, propender hacia la autorización total de los tratamientos, medicamentos, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera con ocasión del cuidado de su patología y que sean considerados como necesarios por el médico tratante⁷.

Así, por regla general, los servicios que deben ser otorgados de manera integral, son aquellos que el profesional de la salud estime pertinentes para atender el padecimiento que se presente.

Bajo la anterior perspectiva, la Corte Constitucional ha reconocido que el servicio de salud debe ir orientado no solo a superar las afecciones que perturben las condiciones físicas o mentales de la persona, sino también, a sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad personal. En ese mismo sentido, es que se debe encaminar la protección constitucional del derecho fundamental a la salud, es decir que, a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que su entorno sea tolerable y digno.

- CONTENIDO Y ALCANCE DE LA AUTORRESPONSABILIDAD DEL ACCIONANTE EN UNA TUTELA

El ordenamiento procesal colombiano consagra de manera clara e inequívoca un sistema de "autorresponsabilidad probatoria", consistente en que quien alega un hecho, tiene la carga de demostrar que lo que sostiene corresponde con la realidad. En ese orden, es un sistema que se constituye como la regla general, el cual se evidencia en el nuevo Código General del Proceso al señalar en el inciso 1º del artículo 167 que "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*".

Lo anterior es una carga procesal, la cual demanda una conducta de realización facultativa, establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él, consecuencias desfavorables, como la preclusión de

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-408 de 2011. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Montero. artículo 8 de la Ley 1751 de 2015.



una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso.

Obsérvese que las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley, conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de ese modo, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo, probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa”.

De igual manera, en los procesos de tutela, la carga procesal de probar los hechos que sustentan su acusación, recae por regla general en quien alega la vulneración de un determinado derecho fundamental, en la medida en que ello sea posible⁸. Le corresponde al accionante entonces, probar aquellos hechos que estén en su posibilidad material de hacerlo, de manera que a la otra parte le corresponde desvirtuar lo alegado en su contra.

En esa línea, si bien uno de los rasgos característicos de la acción de tutela es la informalidad, la Corte Constitucional ha señalado que:

“Un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario”. (Negritas de la Sala).

Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional en Sentencia T-131 de 2007 se pronunció sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, fundamentándose en el principio “*onus probandi incumbit actori*” que rige en esta materia, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez, obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho.

No obstante lo anterior, la Corte ha señalado que existen situaciones excepcionales en las que se invierte la carga de la prueba, en virtud de las circunstancias especiales de indefensión en las que se encuentra el peticionario, teniendo la autoridad pública accionada o el particular

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C 086 de 2016. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T 702 de 2000 MP. Alejandro Martínez Caballero.



demandado, el deber de desvirtuarla. Así, se presumen ciertos los hechos alegados por el accionante hasta tanto no se demuestre lo contrario. Esto sucede por ejemplo en el caso de personas víctimas del desplazamiento forzado, en el que la Corte ha determinado presumir la buena fe e invertir la carga de la prueba en aras de brindarle protección a la persona desplazada. Igual sucede en materia de salud para el suministro de medicamentos excluidos del Plan de Beneficios en Salud, en los que se han establecido algunas reglas probatorias, como por ejemplo cuando se afirma carecer de recursos económicos por parte del actor (*negación indefinida*), situación en la que "se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario".

CASO CONCRETO.

De conformidad con lo reducidamente probado en el presente proceso, se consigna por cierto, que la señora Concepción Hernández de Archila, en calidad de accionante, se encuentra afiliada a la Nueva EPS y en virtud de un accidente que tuvo el 05 de enero de 2018, está recibiendo atención médica en la Clínica el Bosque por las afecciones en salud que padece en una de sus piernas; como consecuencia de lo anterior, la Nueva EPS le autorizó el 21 de enero de 2018, los procedimientos quirúrgicos de *Ligamentorrafia y reducción abierta de fractura en platillos tibiales remitido al prestador Foscal-fundación Oftalmológica de Santander Clínica Carlos Ardila Lulle* (folio 16).

Por lo anterior, la accionante solicita en la tutela, el traslado a la Clínica Foscal ubicada en Santander por vía aérea o terrestre junto con sus dos acompañantes (folio 2). Sin embargo, la parte accionante no acreditó que no posee capacidad económica para efectuar el pago de transporte con sus dos acompañantes hacia Bucaramanga, Santander, como tampoco demostró sumariamente que está ubicada en una habitación de la Clínica el Bosque en Cartagena, que afecta su salud y que no recibe los medicamentos y tratamientos que son indispensables para ella.

En vista de aquellos datos, se tiene que la parte accionante en el libelo de tutela, no aportó prueba alguna para sustentar los hechos que esboza en la acción, de hecho se limitó a presentar solamente el escrito de tutela y fotocopia de su cédula, como se evidencia en los folios (1-4), por consiguiente, la conducta procesal de la actora se apreciará como indicio en su contra¹⁰, ya que si bien, la aportación de pruebas es una carga de carácter facultativo, la misma acarrea consecuencias desfavorables en la medida en que se tenga que la parte accionante estaba en la posibilidad material de probar los supuestos de hecho que alega en su recurso judicial.

¹⁰ Artículo 241 del Código General del Proceso. Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016.. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.



Por su parte, la Nueva EPS en su calidad de accionada, fundamenta la contestación de la acción de tutela, allegando prueba documental que acredita la capacidad económica de la señora Concepción Hernández de Archila y así mismo aporta orden médica que autoriza procedimiento quirúrgico, la cual, permite constatar al accidente que sufrió la accionante.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala resolverá los problemas jurídicos de la siguiente manera:

En lo que respecta al primer problema jurídico formulado, la parte actora afirmó que sus derechos a la vida y a la salud, están siendo vulnerados por encontrarse en una habitación sin ventilación adecuada y con una paciente que sufre de colon y se indigesta a las horas del almuerzo, lo que a su modo de ver, es inadmisibles, porque genera afectación al medio ambiente. No obstante, la parte accionante no demostró sumariamente mediante prueba (documentación, fotografías o videos), la veracidad de tal hecho alegado, en consecuencia, no se puede ordenar la protección en esta providencia, puesto que no se tiene certeza de la acción u omisión de la EPS que amenaza o viola los mencionados derechos.

En ese sentido, es inadmisibles que para la presente causa se adopte una decisión con base en el presentimiento o la compasión, pues se debe tener certidumbre con base en la prueba, sí en efecto ha sido violado o amenazado un derecho fundamental¹¹.

Ahora bien, en lo que concierne al segundo problema jurídico, resulta improcedente el cubrimiento de los transportes a la accionante y a sus dos acompañantes por parte de la Nueva EPS, comoquiera que no se cumplen los presupuestos establecidos por la Jurisprudencia Constitucional para la procedencia de la misma, toda vez que la paciente no probó que no tenía los recursos suficientes para pagar el valor del traslado suyo y el de sus acompañantes, ni mucho menos demostró que de manera urgente necesita remisión porque se encuentra en riesgo su vida, o estado de salud¹². Por el contrario, la accionada exhibió en un documento que la señora Concepción Hernández de Archila, cuenta con un ingreso mensual superior a tres (3) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, es decir, tres veces superior a lo que el trabajador promedio recibe para cubrir sus mínimas necesidades (folio 15).

Sumado a lo anterior, no consta en el expediente, que el médico tratante haya ordenado que se preste el servicio médico a la paciente Concepción

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T 298 de 1993. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T 161 de 2013 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. "Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario".



Hernández de Archila en la ciudad de Bucaramanga, ya que de conformidad con la resolución 5269 de 2017 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el financiamiento por parte de la EPS a la paciente procedería siempre y cuando el médico tratante adscrito a la EPS lo haya ordenado.

De modo que, el Juez Constitucional no podría ordenar el reconocimiento de un servicio, en el presente caso el traslado, sin la existencia previa de un concepto profesional, ya que de hacerlo estaría invadiendo el ámbito de la competencia del profesional médico¹³.

En ese mismo orden, y por sustracción de materia, la Sala no ordenará la manutención y el transporte de los acompañantes de la accionante, dado que, la actora no prueba suficientemente que es totalmente dependiente de ellos y que los mismos le aseguran el ejercicio de sus labores adecuadas, y adicionalmente la accionante no probó que ni ella ni su núcleo familiar no cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado¹⁴.

Pese a no probar su insuficiencia económica, manifestó una negación indefinida de que no tenía capacidad económica para efectuar el pago de la manutención de sus acompañantes y sus respectivos transportes, a lo que la accionada actuando en concordancia con la inversión de la prueba, acreditó que la señora Concepción Hernández de Archila cuenta con ingresos mensuales suficientes para realizar dichos pagos (folio 15).

Por consiguiente, el Juez de Primera Instancia asumió inapropiadamente que se allegaron pruebas regular y oportunamente cuando se reitera que la parte accionante se limitó a presentar el escrito de tutela y copia de su cedula, cuando de conformidad con el *onus probandi incumbit actori*, debía probar cada uno de los hechos afirmados en el trámite de su acción, a fin de que el administrador de justicia deduzca con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.

En cuanto al tercer problema jurídico, que versa sobre la pretensión de ordenar la entrega de la historia clínica, la misma se resolverá negando tal solicitud, en virtud de que la historia clínica debe ser solicitada por el paciente o a quien este autorice para tales efectos¹⁵, por consiguiente, como no fue pedida a

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T 433 de 2014. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T 834 de 2009. MP. María Victoria Calle Correa. (i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado."

¹⁵ Resolución 1995 de 1999, 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".



través de derecho de petición en la modalidad de documentación, mal puede ser condenada la autoridad destinataria de la misma, en razón a que procesalmente no existe el presupuesto del cual se deduzca que, en tal evento, estaba en la obligación constitucional de suministrarle la epicrisis o remitir la historia clínica a la entidad de salud Foscal de Santander.

Con mayor razón no se puede ordenar la remisión de la historia clínica, puesto que la custodia no reposa en la Nueva EPS sino en la IPS Clínica del Bosque, y es a ésta a la que debió solicitársele la copia de la misma.

Finalmente, en lo que respecta a las medidas de tratamiento integral, las mismas no son viables, por cuanto, no se evidencia que la Nueva EPS le haya en algún momento negado la autorización o practica de algún procedimiento, tratamiento, medicamento o examen a la accionante¹⁶, de manera que no existe presupuesto para determinar la violación a su derecho fundamental a la salud.

De igual forma, la informalidad de la presente tutela no justifica que se utilice soportándose en conjeturas o suposiciones de que llegaría a vulnerarse por hechos o actos futuros, o que posiblemente no recibirán el servicio médico integro, pues la tutela no puede prosperar sobre la base de actos o hechos inexistentes o imaginarios, lo cual, por el contrario, conduce a congestionar la administración de justicia de modo innecesario y perjudicial para ésta." ¹⁷

Por lo tanto, no podrá concederse el amparo solicitado, porque no se coteja que la accionante se encuentre en presencia de una amenaza contundente, cierta, ostensible e inminentemente clara en materia de suministro y prestación de servicios de salud, toda vez que sustenta la tutela en hechos inciertos y futuros para que proceda la protección frente a tal amenaza.

Resueltos todos y cada uno de los problemas jurídicos formulados de manera desfavorable al accionante, la decisión que adoptará esta Agencia Judicial, no es otra que denegar las solicitudes presentadas en la acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

IV- FALLA

Ley 23 de 1981, artículo 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".

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-408 de 2011. artículo 8 de la Ley 1751 de 2015.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T 652 de 2012. MP. Jorge Ivan Palacio Palacio.



PRIMERO. REVÓQUESE la sentencia de 29 de enero de 2018, proferida por el Juzgado Décimo (10) Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. En consecuencia de lo anterior, **NIEGUESE** la acción de tutela interpuesta por la señora Concepción Hernández de Archila.

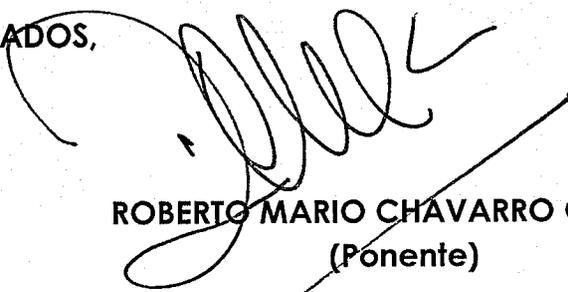
TERCERO. Notifíquese esta providencia a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

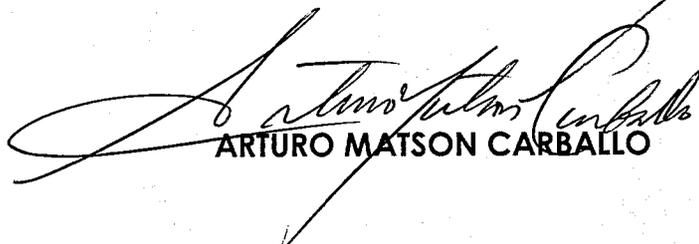
CUARTO. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

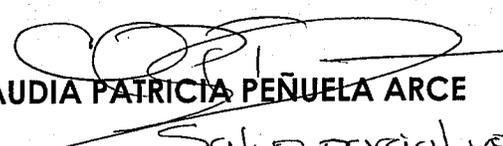
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de Sala de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)


ARTURO MATSON CARBALLO


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Salvo parcial voto