REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001310502920210016300

ACCIONANTE: **CARMENZA ARCHILA RUIZ**
C.C. No. 28.487.023

ACCIONADAS: **NUEVA EPS-SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintiuno (2021)

ANTECEDENTES

La señora **CARMENZA ARCHILA RUIZ** identificada con cédula de ciudadanía No. 28.487.023 actuando en nombre propio, interpone Acción de Tutela en contra de la **NUEVA EPS S.A**, la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** y el **MINISTERIO DE SALU Y PROTECCIÓN SOCIAL** por considerar que se le están vulnerando los derechos fundamentales a la salud y a la atención integral, con ocasión a que el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cimitarra Santander suspende el principio de integralidad que fue tutelado en primera instancia y revocado por el superior jerárquico, de acuerdo con lo siguiente;

HECHOS RELEVANTES

- Manifiesta la accionante que es una adulta mayor de 67 años de edad, natural de Sogamoso (Boyacá) con importantes afecciones de salud en el sistema vascular y circulatorio, hipotiroidismo y sincope colapso.

- Señala que presento una acción de tutela en contra de la EPS FAMISANAR, con ocasión al traslado efectuado a la NUEVA EPS, con el fin de que se ampararan sus derechos fundamentales a la salud y la vida, así como los principios atribuidos por la normatividad vigente para la atención integral en salud.

- Refiere que, en razón a lo anterior, el Juzgado Promiscuo Municipal de Landazuri otorgo la viabilidad de la tutela y mediante providencia del 10 de mayo de 2016, con número de radicado 2016 00047, se resolvió:

> *ARTICULO PRIMERO: - TUTELAR los derechos fundamentales a la vida, la dignidad, derecho a la libertad de escogencia y el principio de Atención Integral de la señora CARMENZA ARCHILA RUIZ, por las razones anotadas en la parte motiva de este proveído.*
>
> *ARTICULO SEGUNDO: - ORDENAR a la EPS FAMISANAR, que dentro de las 48 horas, siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a la afiliación de la señora CARMENZA ARCHILA RUIZ, del Plan Obligatorio de Salud.*
>
> *ARTICULO TERCERO: - ORDENAR a la E.P.S., FAMISANAR que dentro del término de ocho (8) días, siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a realizar citas médicas con médico general y especializada, exámenes y entrega de drogas.*
>
> *ARTICULO CUARTO: - ORDENAR a la NUEVA EPS, para que desafilie al servicio de salud a la señora CARMENZA ARCHILA RUIZ, en un término de veinticuatro (24) horas.*

ARTICULO QUINTO: - DESVINCULAR de la presente acción a la IPS CONSUBSIDIO, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de este proveído.
ARTICULO SEXTO: - NOTIFIQUESE el presente fallo a las partes, conforme a los parámetros consagrados en el Articulo 30 del Decreto 2591 de 1991.

- La acción de tutela fue impugnada por la NUEVA EPS S.A. y correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Cimitarra-Santander.

- Anuncia que, mediante providencia de 27 de junio de 2016, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cimitarra-Santander suspende el principio de integralidad, entre otros aspectos primordiales para garantizar su servicio de salud optimo, oportuno, eficiente, eficaz consecuente, sucesivo y continuo, pues según sentencia proferida, resolvió:

"PRIMERO: REVOCA los numerales segundo, tercero y cuarto de la Sentencia del 10 de mayo de 2016, proferida por el Juzgado promiscuo municipal de Landázuri.

SEGUNDO: MODIFICA el numeral primero de la Sentencia del 10 de mayo de 2016, proferida por el juzgado Promiscuo Municipal de Landázuri.

TERCERO: TUTELA los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana de la accionante CARMENZA ARCHILA RUIZ.

CUARTO: ORDENA al represente legal de la NUEVA EPS, o a quien haga sus veces, proceda a afiliar a la accionante CARMENZA ARCHILA RUIZ, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo.

QUINTO: ORDENA al representante legal de la NUEVA EPS o quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, entregue todos los medicamentos e insumos que hayan sido ordenados por la EPS FAMISANAR, EPS de la cual fue cedida la accionante CARMENZA ARCHILA RUIZ, quien podrá recobrar ante el FOSYGA el monto que sea del plan de beneficios.

SEXTO: ORDENA al representante legal de la NUEVA EPS o quien haga sus veces, que dentro de los 30 días calendario siguientes a la notificación de esta Sentencia, reprograme todos los procedimientos autorizados por la EPS FAMISANAR, siempre y cuando no se ponga en riesgo la vida de la accionante, caso en el cual deberá garantizar la oportuna atención a CARMENZA ARCHILA RUIZ, quien podrá recobrar ante el FOSYGA el monto que exceda en el Plan de beneficios.

SEPTIMO: DEVUELVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor"

- Pone de presente que es una persona que tiene una especial protección por ser de la tercera edad, ello según como lo indica la sentencia T-111 de 2003

- Indica que el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cimitarra derogo y/o revocó toda la esencia que debe contemplar un fallo de tutela para que surta el efecto que conlleva a la responsabilidad de las Entidades Promotoras de Salud, en la atención integral de los pacientes en el sentido de un buen servicio de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

- Refiere que por lo anteriormente descrito es improcedente presentar un desacato a la tutela, pues el fallo proferido por el Juez de segunda instancia no contiene un fundamento legal, pues omite la integralidad y los demás principios contemplados en la Ley 1751 de 2015, artículos 8 y 15.

- Arguye que mediante derecho de petición de fecha 10 de febrero de 2021 a la NUEVA EPS, entre otras comunicaciones dirigidas a la Superintendencia de Salud de Bogotá y de Bucaramanga, solicitó que le brindaran atención especializada en medicina vascular, circulatoria y en urología, sin que a la fecha le hayan dado contestación alguna o le hayan dado solución algún, razón por la cual considera que no se le ha garantizado el debido proceso ni los procedimientos requeridos.

- La accionante reseña que cada día se ha ido incrementando el dolor en los miembros inferiores deteriorando su salud y bienestar.

- Con ocasión a la pandemia generada por el COVID-19 ha tenido que acudir a médicos particulares en diferentes sitios (Vélez y Bucaramanga)

- Depreca la promotora de la acción que ha presentado solicitudes de reembolso y cuentas por cobrar ante la NUEVA EPS S.A los días 15 y 30 de marzo del presente año sin que a la fecha haya recibido respuesta alguna.

- Finalmente pone de presente que la encartada está incumpliendo con brindar un servicio de atención integral.

ACTUACIÓN PROCESAL Y CONTESTACIONES

Mediante auto del 19 de abril de 2021 se dispuso la admisión de la presente acción de tutela, ordenando la notificación a la **NUEVA EPS,** a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y a las vinculadas **JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE LANDAZURI**, al **JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO DE CIMITARRA SANTANDER**, a **IDIME**, a **CAFAM** y a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES.**

Se REQUIRIÓ a la parte accionante para que manifestara bajo la gravedad de juramento que no ha presentado otra acción constitucional en contra de la parte demandada, por los mismos hechos y derechos (art. 37, Decreto 2591 de 1991)

La **NUEVA EPS,** por conducto del Dr. Andrés Felipe Castro Galvis en su calidad de apoderado especial rindió informe indicando que en el caso que hoy nos ocupa se han asumidos todos los servicios médicos que ha requerido la peticionaria, claro está haciendo la salvedad que siempre y cuando los mismos se encuentren dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad que el Sistema General de Seguridad Social ha impartido para el efecto.

Refieren en su escrito defensor que la acción de tutela resulta improcedente, cuando se pretende la prestación del servicio de salud, sin que haya una orden del médico tratante, pues no se puede reemplazar el criterio medico por el criterio jurídico.

Reseña que respecto la vigencia de autorizaciones los plazos allí plasmados propenden por un equilibrio, bajo el entendido de que se permite que no se abuse del sistema cuando el usuario afiliado ya no requiera el respectivo servicio.

Aducen que respecto la atención la EPS accionada brinda los servicios que se encuentren financiados por la UPC y que cubren, promoción, educación y prevención, información, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, suministro de medicamentos, citas etc.

Refieren que han contratado con diferentes IPS a fin de atender a cada uno de sus afiliados evitando en lo posible desplazamientos y facilitando el acceso a los afiliados, por ende, no es posible circunscribir la prestación a una IPS en particular y mucho menos solicitar un lugar o médico específico, pues hay casos en los cuales el médico no labora para la EPS sino para determinada IPS y de acuerdo con el tratamiento o situación específica es que se asigna la IPS.

Anuncian que en lo que hace a la capacidad económica no basta solo con afirmarlo, sino que por el contrario debe probarla para que el juez determine si le asiste o no razón al petitor.

Del informe rendido, en cuanto a las reglas para reconocer elementos que están excluidos en el POS, depreca el opositor que deben concurrir varios supuestos, para ser mas precisos que el servicio, intervención, procedimiento o medicina no pueda ser sustituido por otro y la falta de capacidad económica del usuario o de lo contrario el sistema puede estar afectado de manera desproporcionada.

Fundamentan su defensa que si en el eventual caso de encontrar vulneración alguna, en lo que hace a los medicamentos no financiados con recursos de la UPC se solicita que se ordene a comité científicos y se tramite por MIPRES para así descartar si el medicamento solicitado puede ser reemplazado por otro.

En su réplica, reseñan que no hay expediente de cartas donde se haya negado servicios de salud a la accionante.

En lo que hace al transporte con cargo a la UPC, deprecan que no se dan los presupuestos para acceder a tal medida según como así lo indico el área técnica respectiva y que en lo referente al transporte, alojamiento y alimentación para la peticionaria y un acompañante no hay lugar a reconocerlo en pro del principio de solidaridad de contribuir de la peticionaria en el sistema y por cuanto es deber de cuidado de la familia de la accionante en consonancia con el principio de corresponsabilidad.

Ahora bien, en lo que hace al insumo de pañales requerido, afirman que el mismo no se encuentra contemplado como un servicio que este financiado por la UPC (Resolución 2481 de 2020) y se encuentra excluido, pues es un insumo de aseo y señala que por el contrario tal carga recae sobre la familia de la paciente, en consonancia con el principio de solidaridad.

En lo que hace al servicio de enfermería, afirma que el mismo debe ser autorizado por el médico tratante y que el servicio a prestar según la jurisprudencia emitida por la alta corte es el de auxiliar de enfermería según la necesidad del paciente y de conformidad con criterios específicos.

Respecto la asignación de un cuidador, deben consolidarse requisitos previstos en la ley y en el caso objeto de disputa dichos presupuestos no están demarcados en los criterios normativos y por ende hay una improcedencia para asignar.

En cuanto a la pretensión de tratamiento integral difieren con la accionante, pues reseñan que la peticionaria cuenta con los servicios de urgencias o a través de la IPS primaria que tenga asignada para acudir a lo que bien necesite. Lo anterior con ocasión a que, según lo manifestado, el fallo no puede ir a prevenir hechos futuros. Siendo, así las cosas, solicitan denegar la presente acción de tutela.

Respecto la petición de reembolso, la tutela no es procedente para reconocer derechos de carácter económico, pues la misma se creo para la protección de derechos fundamentales.

Finalmente refieren que frente al tratamiento integral se configura la COSA JUZGADA, en atención a que según como lo manifestó la peticionaria ya hay una decisión anterior, la cual se negó y ante ello debe declararse la improcedencia del mecanismo y en consecuencia denegar el amparo solicitado.

Por otro lado, la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR-CAFAM, señala que, no han vulnerado derecho fundamental alguno y que los servicios solicitados por la paciente son responsabilidad exclusiva de la **NUEVA EPS.** Para mayor información aportan la historia clínica de la peticionaria.

El **JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE LANDÁZURI-SANTANDER**, por conducto de la Dra. Claudia Yaqueline Goyeneche Amaya, en su calidad de Juez-Titular del Despacho, rindió informe indicando que de las partes y hechos aquí suscitados reposa en ese estrado judicial la acción de tutela número 683852042001 2016 00047, la cual reportó las siguientes actuaciones:

"Por auto de fecha 26 de abril de 2016 este despacho avoco conocimiento de la acción de tutela instaurada por la señora CARMENZA ARCHILA RUIZ, en contra de FAMISANAR EPS Bogotá y COLSUBSIDIO Bogotá por la presunta vulneración a los derechos a la Salud, a la Seguridad Social en concordancia con la Vida e Integridad física.

Concluido el trámite de la acción de tutela, el diez (10) de mayo de ese mismo año, se procedió a dictar sentencia por este Juzgado

El 20 de mayo de 2016 la gerente de EPS FAMISANAR, impugno la sentencia de primera instancia.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Cimitarra el 27 de junio de 2016 revoco parcialmente los numerales 2, 3 y 4 y se modificó el numeral 1 en el fallo de tutela resuelta por este Juzgado."

Para un mejor proveer aportaron copia de la acción de tutela interpuesta en ese Juzgado y las sentencias de primera y segunda instancia.

El **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL,** indica que no se ha conculcado derecho fundamental alguno y que se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva.

En si escrito defensor, precisan que de lo pedido por la parte activa, respecto agendar citas con médicos especialistas se encuentra incluido en el PBS.

En lo que hace al insumo de pañales solicitado no esta incluido en el PBS y tampoco lo está el servicio de enfermería o atención domiciliaria. Los servicios de transporte se deben verificar lo previsto en la ley y la jurisprudencia.

La exoneración de copagos y/o cuotas moderadoras, se debe verificar si el servicio esta sujeto o no a ello.

A su turno, en lo referente al tratamiento integral es una pretensión vaga y genérica pues es un mandato futuro e incierto.

Así las cosas, fundan si causa petendi en la exoneración de cualquier responsabilidad frente al Ministerio.

Dentro del término, **IDIME**, señala que en la actualidad y a la fecha se le han practicado y cumplidos con los procedimientos que han sido ordenados y como consecuencia de ello no procede la acción de tutela en lo que a ellos refiere y deben ser desvinculados.

Ahora bien, la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, informo a este Despacho que hay falta de legitimación en la causa por pasiva pues no han incurrido en acción u omisión que pueda predicar la vulneración de los derechos fundamentales.

No obstante, indican que debe existir concepto del medico tratante, por cuanto es este quien determina la enfermedad o síntomas que padece el paciente y que en lo que hace a la atención integral su autorización debe estar sustentada en órdenes por el galeno. El servicio de salud no puede estar antecedido por trabas administrativas.

El **JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO CIMITARRA SANTANDER,** indicaron que en lo que a ellos respecta no se ha vulnerad ningún derecho fundamental y por ende no tienen injerencia alguna en la presente acción

Finalmente la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES**, en su escrito de contestación señalo que es la EPS quien tiene la obligación de garantizar que la prestación del servicio sea continua y

oportuna y además refieren "*en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.*"

Reseñan que en cuanto a la facultad de recobro que puede ejercer la EPS se niegue la misma, en tanto los cambios normativos y reglamentarios que se han venido presentando

CONSIDERACIONES

La Constitución Política de Colombia en el artículo 86 consagra la acción de tutela como un mecanismo sui generis para que todo ciudadano acuda cuando detecte que se le han vulnerado derechos constitucionales fundamentales o que estos estén siendo amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad o por particulares en los casos determinados por la ley. Se trata entonces de un procedimiento preferente, sumario, específico y directo que solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, pero excepcionalmente se autorizará como mecanismo transitorio si existe de por medio un perjuicio irremediable.

Así pues, acudió a la acción de amparo constitucional la señora **CARMENZA ARCHILA RUIZ**, por considerar que la **NUEVA EPS S.A.** le está vulnerando los derechos fundamentales a la salud y a la atención integral, con ocasión a que el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cimitarra Santander suspende el principio de integralidad que fue tutelado en primera instancia y revocado por el superior jerárquico.

Como prueba de lo anterior aporta formato de solicitud de reembolso médico, cuenta de cobro, fotocopia de la cédula de ciudadanía, órdenes médicas, historia clínica, exámenes y procedimiento efectuados, reclamación respecto cancelación de procedimiento quirúrgico (cirugía venosa), certificación de cuenta del Banco Agrario, información afiliación ADRES, declaración juramentada, facturas particulares, órdenes medica particulares, historia particular, certificación de pago de arriendo, certificación de servicios de aseo, derechos de petición entre otros.

Al punto, precisa el Despacho que, la acción de tutela no es un mecanismo principal sino subsidiario y procede cuando no se cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, para la protección de los derechos o cuando se está frente a una circunstancia, que haga visible su reconocimiento de manera transitoria, para evitar un perjuicio irremediable, de tal manera, que la tutela no es un mecanismo discrecional, sino que la misma ley ha previsto las circunstancias bajo las cuales procede[1].

Así las cosas, planteadas las posiciones de las partes, en consideración del Despacho, inicialmente se hace imperativo el análisis riguroso del requisito de subsidiariedad necesario por regla general para viabilizar el amparo constitucional. Este presupuesto hace referencia al carácter residual de la acción de amparo constitucional, que la hace viable solo cuando a favor del solicitante no exista otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, o cuando existiendo, se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, debiendo éste aparecer acreditado y por contera despuntar, sin mayor dificultad, la urgencia y necesidad de adoptar medidas para conjurar la situación de vulneración alegada.

[1] *Decreto 2591 de 1991. Artículo 6°.*

En relación con el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.

En cuanto al segundo supuesto, la Corte Constitucional ha establecido que cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, debido a que existe un medio judicial principal, se debe demostrar que la intervención del juez constitucional es necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Tal perjuicio se caracteriza: "*por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.*"[2]

Así las cosas, hecha la precisión que antecede, se han previsto por vía jurisprudencial algunas excepciones, atendiendo a las especiales circunstancias del caso concreto, en las cuales es viable que el juez de tutela ampare los derechos fundamentales, no obstante, la existencia de otros mecanismos a favor del accionante, por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia T-036 de 2017, recordó la línea jurisprudencial en torno a la **procedencia de la acción de tutela**, cuando se protegen derechos en torno a la salud así:

> *"Para asegurar la accesibilidad al mecanismo jurisdiccional, la norma dispuso, entre otros, (i) la posibilidad de ejercer la acción sin formalidad ni autenticación, (ii) la posibilidad de actuar directamente, es decir, sin necesidad de actuar a través de apoderado, (iii) un término supremamente corto para el fallo, de 10 días, (iv) la prevalencia de la informalidad en el procedimiento. Tanto el mecanismo, como los requisitos de procedibilidad han sido entendidos por la Corte "dados los derechos involucrados en este tipo de controversias, la Ley 1437 de 2011 revistió de mayor celeridad e informalidad al trámite en aras de una protección eficaz de los derechos de los usuarios"[3].*
>
> *(…)*
>
> *A partir las anteriores bases normativas, la jurisprudencia en las mencionadas sentencias ha establecido con claridad que el mecanismo principal para exigir prestaciones a cargo de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud es aquel regulado por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011. No obstante, en consideración de la naturaleza residual y subsidiaria que caracteriza la acción de tutela (art. 86 Superior), precisó: "(…) Con todo, la existencia de una vía ordinaria principal, en este caso la acción ante la Superintendencia de Salud, no descarta de forma absoluta la acción de tutela, pues ésta, como se estableció desde su previsión en la Carta Política, procede directamente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando el instrumento ordinario, en concreto, no resulte idóneo para la protección y restablecimiento de derechos constitucionales fundamentales amenazados o afectados"[4].*
>
> *Conforme con lo anterior, si bien es cierto que existe un mecanismo judicial, principal, ordinario, informal y sumario que se ejerce ante la Superintendencia de Salud para la efectiva protección del derecho a la salud, también lo es que, procede excepcionalmente la acción de tutela para garantizar la salvaguarda de dicho derecho, cuando a partir del análisis de las circunstancias del caso concreto, el juez de tutela considere que debe proceder para evitar un perjuicio irremediable. En ese evento,*

---

[2] *Sentencia T-098 de 2016.*
[3] *Ver, sentencia T-603/2015. Al respecto, estableció la Corte que: "(…) En armonía con lo expuesto, en esta oportunidad se reitera el criterio de la Corte sobre la prevalencia de la vía judicial que se adelanta ante la Superintendencia de Salud expuesto en la sentencia C-119 de 2008, en atención a: i) los principios que irradian el trámite: celeridad, eficacia, economía y prevalencia del derecho sustancial; ii) la sencillez del proceso, que exige una petición que cuente con unas indicaciones mínimas respecto a la identidad del accionante y la afectación del derecho, de acuerdo con las competencias que se le asignaron a la referida superintendencia; iii) las vías a través de las que se ejerce la acción: por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito; iv) la especialidad de los jueces, v) la celeridad del trámite y vi) la promoción y difusión del mecanismo como vía principal de solución de los con flictos suscitados en torno a la prestación del servicio de salud. Dichos elementos, en conjunto, develan un mecanismo ordinario, adecuado y eficaz para la protección del derecho a la salud y de las demás prerrogativas que puedan resultar afectadas en el marco de la prestación de los servicios de salud".*
[4] *Ibidem.*

prima facie, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio hasta tanto el actor acuda a la jurisdicción ordinaria y en ella se resuelva el problema planteado. Sin embargo, excepcionalmente, será posible que se conceda la protección definitiva del derecho vulnerado, cuando, entre otros factores, las circunstancias del caso concreto y el sentido de la orden de amparo lo justifiquen."

Habida cuenta del caso objeto de estudio dilucida esta operadora judicial que de las documentales aportadas al interior del plenario la accionante se encuentra afiliada a la **NUEVA EPS** en el régimen contributivo, es pensionada, en la actualidad cuenta con 67 años de edad y que a lo largo ha sido diagnosticada con HIPOTIROIDISMO, NO ESPECIFICADO; SINCOPE Y COLAPSO; HIPERLIPIDEMIA; APNEA DEL SUEÑO; ENFERMEDAD VENOSA, OSTEOPOROSIS POSMENOPAUSICA; MAREO Y DESVANECIMIENTO; INSUFICIENCIA VENOSA CRÓNICA y de manera particular fue diagnosticada con VENAS VARICOSAS DE LOS MIEMBROS INFERIORES CON INFLAMACIÓN (I831).

Así las cosas, previo a realizar el análisis de la presente acción resulta pertinente indicar por este estrado judicial que en lo referente a la acción de tutela impetrada en el Juzgado Promiscuo Municipal de Landázuri-Santander, con número de radicado **683852042001 2016 00047**, la misma verso respecto las siguientes peticiones:

- Procedencia de traslado de la EPS FAMISANAR a la NUEVA EPS
- Ordenar todos los procedimientos necesarios de atención integral para mejorar el estado de salud
- Ordenar la entrega de medicamentos que sean formulados por el médico tratante y que los mismos sean enviados mensualmente a su domicilio
- Ordenar el pago de todos los transportes y traslado que debe realizar e Bogotá
- Ordenar a la EPS FAMISANAR continuar con la prestación de los servicios médicos
- Ordenar a la EPS FAMISANAR el servicio de ambulancia cuando sea autorizado por el medico tratante en cualquier ciudad del país sin cancelación de copago.
- Ordenar la entrega formal de los medicamentos ordenados por el médico tratante de la IPS COLSUBSISIO y solicitados mediante derecho de petición del 24 de noviembre de 2015 de los cuales para esa fecha solo había recibido 1 entrega y son 6

En ese sentir, procedió el Juzgado Promiscuo Municipal de Landázuri a proferir sentencia de fecha 10 de mayo de 2016, providencia que fue impugnada y fue parcialmente modificada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cimitarra-Santander mediante sentencia del 27 de junio de 2016.

JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE LANDÁZURI-SANTANDER 10 de mayo de 2016	**JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO DE CIMITARRA SANTANDER 27 de junio 2016**
PRIMERO: TUTELAR el derecho a la vida, dignidad, libertad de exigencia y principio de atención integral	PRIMERO: REVOCAR los numerales segundo, tercero y cuarto de la sentencia del 10 de mayo de 2016
SEGUNDO: ORDENAR a la EPS FAMISANAR que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda con la afiliación de la accionante	SEGUNDO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia del 10 de mayo de 2016.
TERCERO: ORDENAR a la EPS FAMISANAR que dentro del término de 8 días proceda a realizar citas médicas con médico general y especializada, exámenes y entrega de drogas.	TERCERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana de la accionante.
CUARTO: ORDENAR a la NUEVA EPS que desafilie al servicio de salud a la accionante en un término de 24 horas	CUARTO: ORDENAR al representante legal de la NUEVA EPS o a quien haga sus veces proceda a afiliar a la accionante.

	QUINTO: ORDENAR al representante legal de la NUEVA EPS o a quien haga sus que entregue todos los medicamentos e insumos que hayan sido ordenados por la EPS FAMISANAR
	SEXTO: ORDENAR al representante legal de la NUEVA EPS o a quien haga sus veces, reprograme todos los procedimientos autorizados por la EPS FAMISANAR siempre y cuando no se ponga en riesgo la vida de la accionante

De tal manera, corresponde al Despacho indicar que, para esa fecha, esto es 2016, las afecciones que padecía la peticionaria eran otras, diferentes a las de hoy día y en igual sentido además puede denotarse que las providencias que en su momento se profirieron versaron únicamente respecto los procedimientos que para la fecha fueron ordenados por la EPS FAMISANAR y que en lo referente a los autorizados se dispuso reprogramación de los mismos siempre y cuando no se pusiera en riesgo la vida de la accionante.

Respecto el principio de integralidad, cabe resaltar que el mismo fue objeto de estudio se reitera bajo el diagnóstico que en su momento padecía la peticionaria, que es uno completamente diferente al que hoy se presenta y en ese sentir, mal haría este estrado judicial en indicar que se presenta una cosa juzgada frente a este, pues valga aclarar que la COSA JUZGADA se presenta cuando, según como lo señala la sentencia C-100 de 2019:

> *"Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere:*
>
> *- Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.*
>
> *- Identidad de causa petendi, esto es, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento**. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.***
>
> *- Identidad de partes, lo que implica que al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada."*

Así como la sentencia T-089 de 2019, que refiere:

> *En virtud de lo anterior, esta Corte ha señalado que, el juez constitucional deberá analizar cada caso desde lo material y no solo ceñirse a lo formal, toda vez que en el detalle de las circunstancias fácticas puede estar la razón por la que el accionante se encuentre presentando una nueva acción de tutela. De manera que la autoridad judicial podrá pronunciarse nuevamente cuando se evidencie alguna de las siguientes hipótesis: "**(i)** la persistencia de la vulneración de derechos que se solicitan sean amparados; **(ii)** el asesoramiento errado de los abogados para la presentación de varias demandas; **(iii) el surgimiento de nuevas circunstancias fácticas o/y jurídicas;** o **(iv) la inexistencia de una decisión de fondo en el proceso anterior**"[20]. (Negrilla fuera de texto)*
>
> *Ahora bien, la cosa juzgada se configura cuando existe la triple identidad mencionada, es decir, de partes, hechos y pretensiones, sin que se evidencie la configuración del elemento subjetivo que es la intención de buscar engañar a las autoridades judiciales y abusar del ejercicio de la acción de tutela. Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que un fallo de tutela hace tránsito a cosa juzgada, en el evento en que esta Corporación se pronuncia sobre una determinada acción de tutela ya sea mediante fallo o a través del auto de selección que notifica la no selección de la misma. Lo anterior, deconformidad con el artículo 243 de la Constitución Política de Colombia[21]. La figura de cosa juzgada constitucional prohíbe"(…) que se profiera un nuevo pronunciamiento sobre el mismo asunto, pues ello desconocería la seguridad jurídica que brinda este principio de cierre del sistema jurídico"[22].*

Sin embargo, aún cuando estos tres supuestos se evidencien, el juez constitucional deberá hacer un análisis material entre las acciones de tutela presentadas, con el fin de identificar si existen nuevos elementos que llevaron al actor a presentar la solicitud de amparo y que habiliten al juez para realizar un nuevo pronunciamiento

En ese orden y dado que se configuran nuevos presupuestos sería un yerro indicar una identidad de hechos, de partes y de pretensiones, pues de lo aportado es claro que son nuevos los padecimientos de la promotora de la acción y son otros los argumentos que la motivan a presentar la tutela, pues para ese momento quien incumplió con su deber fue la EPS FAMISANAR, que si bien es cierto trasladó a la peticionaria a la NUEVA EPS por no tener cobertura, para esa fecha los medicamentos, insumos y procedimientos fueron ordenados en vigencia de la afiliación que tenía la actora con FAMISANAR, que luego paso a ser parte de la NUEVA EPS y esta última fue quien quedó a cargo de la prestación del servicio. Por tal razón y de cara a lo aquí pedido entrara este estrado judicial a evaluar todo lo solicitado.

Ante lo indicado, procedió el Despacho a comunicarse con la accionada al abonado telefónico 318 332 9306 para contar con mayores elementos de juicio y la misma indicó que para la calenda en que se profirieron las providencias la enfermedad que padecía no era similar a la que hoy día adolece, pues refiere tener problemas vasculares que le acarrean grandes afecciones, indica que es una persona pensionada, que percibe como pensión $900.000 mil pesos y que en su caso debido a las dolencias que le aquejan, ha tenido que acudir a medico particular para que le traten su caso pues la NUEVA EPS no le brinda el servicio que ella requiere.

A su turno indica que, dado el diagnostico proferido por el medico tratante, que valga aclarar fue emitido por un médico particular, EL Dr. OSCAR DAVID RUBIO BERMEO, quien indicó que la accionante padece el diagnostico de VENAS VARICOSAS DE LOS MIEMBROS INFERIORES CON INFLAMACION (I831), esto a fecha del 25 de marzo de 2021, el cual ya había sido plenamente identificado, pues anterior a tal calenda, el 19 de noviembre de 2020 se efectuó PROCEDIMIENTO DE CIRUGÍA VASCULAR CON RADIOFRECUNACIA MAS ENOF MAS VARIVECTOMIA ABIERTA MIEMBRO INFERIOR DERECHO, sin embargo mediante orden emitida por el galeno mencionado (Cirujano Vascular y endovascular) refirió en fecha del 17 de diciembre de 2020 que el paso a seguir era CONSULTA DE CONTROL O SEGUIMIENTO POR MEDICINA ESPECIALIZADA (en 3 meses) y ONCLUSION DE VENAS DE MIEMBROS INFERIORES, VIA ENDOVASCULAR (PROCEDIMIENTO DE VARICOSAFENECTOMIA POR ABLACION TERMINA+ABLACION QUIMICA+ VARICECTOMIA EN MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO.

Ante lo indicado resulta pertinente señalar, que la sentencia T-508 de 2019, es clara en plasmar que hay ciertas reglas especificas para determinar la vinculatoriedad del concepto emitido por un médico tratante que no este adscrito a la EPS, así:

"La vinculatoriedad del concepto emitido por un médico tratante no adscrito a la EPS

20. La Corte Constitucional ha señalado que, en principio, la opinión del médico tratante adscrito a la EPS constituye el principal criterio para determinar los insumos y servicios que requiere un individuo, en tanto esta es la "(…) persona capacitada, con criterio científico y que conoce al paciente"[119], aun cuando este no se encuentre adscrito a la entidad promotora de salud[120]. No obstante, esta Corporación también ha señalado que ese criterio no es exclusivo, pues en ciertos eventos lo prescrito por un galeno particular puede llegar a ser vinculante para las entidades prestadoras del servicio de salud[121].

21. En este sentido, este Tribunal ha sostenido que "(…) para que proceda esa excepción se requiere, como regla general, que exista un ***principio de razón suficiente*** *para que el paciente haya decidido no acudir a la red de servicios de la entidad a la que se encuentre afiliado"[122]. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de puntualizar cuáles son los parámetros optativos que determinan la vinculatoriedad de las órdenes*

proferidas por un profesional de la salud que no hace parte de la entidad a la que se encuentra afiliado el usuario. Veamos[123]:

(i) La EPS conoce la historia clínica particular de la persona y al conocer la opinión proferida por el médico que no está adscrito a su red de servicios, no la descarta con base en información científica.

(ii) Los profesionales de la salud adscritos a la EPS valoran inadecuadamente a la persona que requiere el servicio.

(iii) El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la EPS.

(iv) La EPS ha valorado y aceptado los conceptos rendidos por los médicos que no están identificados como "tratantes", incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

De ese modo, cuando se configura alguna de esas hipótesis el concepto médico externo vincula a la entidad promotora de salud y la obliga a "(…) confirmarlo, descartarlo o modificarlo con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto[124]. Tal resultado también puede darse como resultado (sic) del concepto de uno o varios médicos adscritos a la EPS"[1]

22. Bajo esa perspectiva, este Tribunal ha concluido que una EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de una persona cuando niega el acceso a un servicio o a un procedimiento médico tan solo bajo el argumento de que fue prescrito por un profesional de la salud que no integra su red de servicios, y a pesar de que:

"(i) Existe un concepto de un médico particular; || (ii) Es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud; || (iii) La entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas. Por ello debe estudiarse cada caso específico, momento en el cual el juez de tutela debe someter a evaluación profesional dicho concepto a fin de establecer su pertinencia desvirtuándolo, modificándolo o corroborándolo"[126].

Así entonces, es claro y dado lo aportado al interior del plenario, precisamente las guías de radicados *CU000449925CO* y *CU000449939CO*, mediante las cuales de oficio el Despacho procedió a validar si fueron entregadas y efectivamente el día 29 de marzo de 2021[5] tienen cotejo de entrega a la dirección física Carrera 85K No. 46ª-66 Piso 2 Complejo Industrial San Cayetano. Ante ello la peticionaria refiere que en ellas aportó derecho de petición, solicitud de reembolso, así como demás documentales referentes a las cirugías tanto la efectuada, como la pendiente por realizar en lo que hace a su pierna izquierda; prueba de ello lo constatan las *observaciones del cliente* que indican en la primera guía: cirugía de pierna izquierda y en la segunda, reclamación reembolso cirugía pierna derecha.

Al punto memórese que de lo portado respecto el derecho de petición presentando se depreca que no se puede proceder a amparar el mismo, en atención a que en la actualidad y como quiera que estamos bajo el amparo de las normas COVID-19 la entidad se encuentra en término a la fecha para proceder a dar contestación, esto tomando como base que la petición radicada se remitió con entrega el 29 de marzo por 472, pues la misiva enviada por correo electrónico no fue remitida al correo electrónico propio de la entidad.

Así las cosas, en tal dirección evidentemente se está ante una de las hipótesis estimadas por el H. Tribunal Constitucional en cuanto a que la EPS ya conoce la historia clínica particular de la persona y no ha sido controvertida ni descartada y en ese tenor tal concepto debe ser aplicado por la NUEVA EPS, valga aclarar que es **obligación** de la prestadora del servicio confirmar, descartar o modificar el concepto basado en consideraciones suficientes, razonables o científicas y a la fecha ello no ha sucedido, por ende no puede someterse a una espera injustificada o al tiempo que a bien tenga la accionada proporcionar.

De igual forma razón suficiente para no haber acudido a la NUEVA EPS obedeció a que la accionante presento peticiones a la entidad solicitando la atención prioritaria sin obtener una respuesta satisfactoria y ante ello y con ocasión a sus afecciones opto por acudir al médico particular.

Por tal razón y en aplicación de lo indicado por la sentencia T-235 de 2018:

[5] *Documento digital 016 Certificado de entrega 472.*

"En cuanto a la tercera subregla, esto es que el servicio haya sido ordenado por un galeno de la EPS, para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta Corporación ha sostenido que:

i. Es el profesional médico de la EPS quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar la necesidad o no de los elementos, procedimientos o medicamentos solicitados.

ii. Cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, la EPS no puede restarle validez y negar el servicio únicamente por el argumento de la no adscripción del médico a la entidad prestadora de salud. De esta forma, sólo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también pueden tener validez, a fin de propiciar la protección constitucional de las personas.

iii. Esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso –bien sea la historia clínica o algún concepto médico– la plena necesidad de suministrar lo requerido por el accionante.

Por ejemplo, la ***Sentencia T-899 de 2002***[129]*, tuteló los derechos a la salud y a la vida digna de quien sufría incontinencia urinaria como causa de una cirugía realizada por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), y se concedió el otorgamiento de pañales que no habían sido formulados médicamente. En el fallo se ordenó la entrega de los referidos elementos, dada la necesidad de esos implementos para preservar la dignidad humana y la carencia de recursos de la peticionaria para pagarlos.*

En este mismo sentido, recientemente se han proferido sentencias como la ***T-226 de 2015***[130]*. En esta oportunidad, se ampararon los derechos a la salud y a la vida digna de una persona que tenía comprometida su movilidad, autonomía e independencia y se encontraba en estado de postración. Por lo anterior, ante la evidente necesidad y su circunstancia particular se consideró que era posible prescindir de la orden médica para ordenar la entrega de pañales y se indicó la cantidad y periodicidad hasta que un médico tratante valorara a la paciente y determinara la cantidad precisa a entregar.*

Así mismo, la ***Sentencia T- 014 de 2017***[131]*, reiteró la jurisprudencia constitucional en los casos en que se reclaman servicios e insumos sin orden médica, cuya necesidad configura un hecho notorio. Bajo esta línea se ampararon los derechos de una persona adulta mayor que solicitó pañales sin prescripción médica en razón a que de la historia clínica se podía concluir la necesidad de dichos insumos.*

Igualmente, la ***Sentencia T-120 de 2017***[132]*, con respecto a la solicitud de pañales, expuso que aunque los pañales, pañitos húmedos y la crema antipañalitis no están incluidos dentro de los servicios o elementos que deben garantizar las EPS, en ese caso concreto se evidenció que eran necesarios en virtud del diagnóstico médico del menor de edad. Por tanto, se protegió el derecho a la vida digna del niño.*

Se ordena que se realice el procedimiento medico ONCLUSION DE VENAS DE MIEMBROA INFERIORES, VIA ENDOVASCULAR (PROCEDIMIENTO DE VARICOSAFENECTOMIA POR ABLACIÓN TERMICA+ ABLACION+QUIMICA+VARICECTOMIA EN MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO, esto no obedece a un querer infundado sino a reglas jurisprudenciales emitidas. De igual forma, es de indicar que si la peticionaria acudió ante un médico particular lo hizo en pro de su vida, de su bienestar y con ocasión a la pandemia y los altos contagios, ello por cuanto es una persona de la tercera edad que no puede estar sometida a trámites injustificados pues además de ser un desgaste puede traer consigo consecuencias aún más graves, esto en atención a que según como ella refirió el dolor era bastante fuerte.

En este punto es menester traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional en relación con el derecho a la salud, al cual hizo referencia en la Sentencia T-098/16, indicando que este se encuentra consagrado en el artículo 49 de la constitución y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples ámbitos, tales como la vida, la dignidad humana y la seguridad social, entre otros.

Además, en cuanto al derecho a la salud, indicando la procedencia y el ámbito de aplicación al derecho ya mencionado, la alta corte ha indicado en sentencia T-171 de 2018:

*"**Naturaleza jurídica y protección constitucional del derecho a la salud***

La consagración normativa de la salud como derecho fundamental es el resultado de un proceso de reconocimiento progresivo impulsado por la Corte Constitucional y culminado con la expedición de la Ley 1751 de 2015, también conocida como Ley Estatutaria de Salud. El servicio público de salud, ubicado en la Constitución Política como derecho económico, social y cultural, ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia –con sustento en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)– en diversos pronunciamientos. Estos fallos han delimitado y depurando el contenido del derecho, así como su ámbito de protección ante la justicia constitucional, lo que ha derivado en una postura uniforme que ha igualado el carácter fundamental de los derechos consagrados al interior de la Constitución.

3.1. La naturaleza de la salud: servicio público esencial y derecho fundamental autónomo

3.1.1. La salud fue inicialmente consagrada en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado y concebida como derecho económico, social y cultural por su naturaleza prestacional. Si bien se reconocía su importancia por el valor que tenía para garantizar el derecho fundamental a la vida –sin el cual resultaría imposible disfrutar de cualquier otro derecho–, inicialmente se marcaba una división jerárquica entre los derechos de primera y segunda generación al interior de la Constitución: los primeros de aplicación inmediata y protección directa mediante acción de tutela (Capítulo I del Título II); los segundos de carácter programático y desarrollo progresivo (Capítulo II del Título II).

3.1.2. Esta división fue gradualmente derribada por la jurisprudencia constitucional para avanzar hacia una concepción de los derechos fundamentales fundada en la dignidad de las personas y en la realización plena del Estado Social de Derecho. De esta manera, pese al carácter de servicio público de la salud, se reconoció que su efectiva prestación constituía un derecho fundamental susceptible de ser exigido a través de la acción de tutela. A continuación se hará una breve reseña de los pronunciamientos cruciales que desarrollaron la concepción de la salud como derecho fundamental en sí mismo.

Derecho fundamental por conexidad

3.1.3. Una de las primeras sentencias en ampliar la concepción de la salud como servicio público y avanzar hacia su reconocimiento como derecho fundamental fue la sentencia T-406 de 1992. En ella, se consideró que los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser considerados como fundamentales en aquellos casos en que sea evidente su conexión con un derecho fundamental de aplicación inmediata: probada esta conexión, sería posible su protección en sede de tutela. En ese sentido, en un primer momento la postura de la Corte Constitucional giró en torno a la posibilidad de intervenir y proteger el acceso a la salud de las personas por su "conexidad" con el derecho fundamental a la vida.

3.1.4. Es decir, según el criterio de "conexidad", bajo ciertas circunstancias el acceso al servicio público de salud era susceptible de ser exigido por vía de tutela si se evidenciaba que su falta de prestación podía vulnerar derechos fundamentales, como la vida y la dignidad humana. El principal mérito de esta sentencia fue su aporte en la construcción de un verdadero Estado Social de Derecho al igualar, con fines de protección, los derechos económicos, sociales y culturales con los derechos fundamentales.

Dignidad humana como base de los derechos fundamentales

3.1.5. Más adelante, en la sentencia T-227 de 2003, la Corte Constitucional en un esfuerzo por sistematizar su postura en torno a la definición de derechos fundamentales, señaló:

"Es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que valor central del sistema y principio de principios. Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella".

3.1.6. La Corte sostuvo en este pronunciamiento que el entendimiento de la persona y de la sociedad en clave del Estado Social de Derecho debe girar en torno de su dignidad humana y no principalmente en torno de su libertad. Es decir, se pone la libertad al servicio de la dignidad humana como fin supremo de la persona y de la sociedad. En ese contexto, la salud adquiere una connotación fundamental como derecho esencial para garantizar a las personas una vida digna y de calidad que permita su pleno desarrollo en la sociedad. Por ello, los derechos económicos, sociales y culturales, no serán un mero complemento de los derechos de libertad, sino que serán en sí mismos verdaderos derechos fundamentales.

3.1.7. Esta postura marcó un nuevo avance en la concepción de la salud, pues determinó que el elemento central que le da sentido al uso de la expresión derechos fundamentales es el concepto de dignidad humana, el cual está íntimamente ligado al concepto de salud.

La salud como derecho fundamental autónomo

3.1.8. La anterior postura, basada en la dignidad del individuo como eje de los derechos fundamentales, contribuyó a superar la argumentación de la "conexidad" como estrategia para proteger un derecho constitucional. Esta nueva concepción advirtió que más allá de la discusión académica, no existe una verdadera distinción entre derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales. La Corte Constitucional fue clara al señalar en la sentencia T-016 de 2007 lo siguiente:

"Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos –unos más que otros– una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental".

3.1.9. Finalmente, la sentencia central en el reconocimiento del acceso a los servicios de salud como derecho fundamental autónomo fue la sentencia T-760 de 2008. En este pronunciamiento la Corte se apoyó en los desarrollos internacionales y en su jurisprudencia precedente para trascender la concepción meramente prestacional del derecho a la salud y elevarlo, en sintonía con el Estado Social de Derecho, al rango de fundamental. En ese sentido, sin desconocer su connotación como servicio público, la Corte avanzó en la protección de la salud por su importancia elemental para la garantía de los demás derechos.

3.1.10. La mencionada sentencia señaló que todo derecho fundamental tiene necesariamente una faceta prestacional. El derecho a la salud, por ejemplo, se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, esta Corporación indicó que "la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela".

3.1.11. En síntesis, el derecho fundamental a la salud integra tanto la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud

que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona.

3.1.12. Hechas las anteriores consideraciones, es importante hacer una breve referencia a los instrumentos internacionales que han sustentado y guiado el desarrollo del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

(…)".

Así las cosas, por ser Colombia un país que se rige por los principios democráticos de un estado social de derecho obligado constitucionalmente a proteger la vida y la dignidad de sus ciudadanos, y en mayor medida tratándose de una persona con graves afectaciones en su salud y peor aun siendo una persona de la tercera edad, se encuentra protegida de manera especial por la constitución se hace inconcebible que tenga que pasar por estas tribulaciones y vicisitudes en desmedro precisamente de dos valores de altísimo carácter ético y jurídico como lo son la vida y la dignidad humana, haciéndose palpable a juicio del Despacho, la configuración de las circunstancias que dan lugar al prejuicio irremediable.

De otra parte, debe recordarse el contenido del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, según el cual el Gobierno Nacional tenía dos años a partir del 16 de febrero de 2015, fecha de expedición de la norma para garantizar: "*…el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas*"

Ahora bien, en otro giro, según sentencia T-014 de 2017 señaló:

"6. Los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas. Reiteración de jurisprudencia

En virtud del principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce a obtener la curación. Este, debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, por tal razón, se deben orientar los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible.

Al respecto, en Sentencia T-617 de 2000, esta Corporación manifestó:

"En este orden de ideas, el desconocimiento del derecho a la salud no se circunscribe únicamente a la constatación del peligro inminente de muerte, dado que su ámbito de protección se extiende a la prevención o solución de eventos en los cuales el contenido conceptual básico de los derechos fundamentales involucrados puede verse afectado, de esta forma, no solo el mantenimiento de la vida, previsto en el artículo 11 de la Constitución política, se protege como fundamental, sino la materialización del derecho a la existencia en condiciones dignas" (Negrilla por fuera del texto).

De la misma manera, este tribunal constitucional mediante Sentencia T-224 de 1997, reiteró que:

"el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando se presentan anomalías en la salud, aun cuando no tengan el carácter de enfermedad, pero que afecten esos niveles y se ponga en peligro la dignidad personal, el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar el alivio a sus dolencias y a buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad" (Negrilla por fuera del texto).

Lo anterior, obedece a que la enfermedad no solo debe tratarse desde el punto de vista médico sino desde una perspectiva integral, que abarca todos los elementos y tratamientos necesarios para optimizar las habilidades funcionales, mentales y sociales del paciente.

De esa manera, en aquellos casos en los que científicamente no se pueda obtener la recuperación del estado de salud del paciente por el complejo cuadro clínico que presenta, se debe propugnar, por todos los medios, a garantizar el nivel de vida más óptimo a través de la totalidad de los elementos y tratamientos que se encuentren disponibles, pues con ocasión de sus enfermedades son fácilmente expuestos a afrontar situaciones que atentan contra su dignidad humana, los cuales, aunque no persigan el completo y eficaz restablecimiento del paciente, sí resultan paliativos para sus difíciles condiciones, pues por medio de ellos se les brinda una calidad de vida con un mínimo de dignidad.

En ese sentido, el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, estableció que los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. Así, en caso de existir duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

Conforme a lo expuesto, resulta claro que se deben suministrar todos los implementos, accesorios, servicios, insumos y tratamientos que requiera el paciente, cuando por su insolvencia económica no pueda asumir su costo y con su falta, se vea expuesto a afrontar, además de sus complejas enfermedades, una serie de situaciones que atentan contra su dignidad humana. Una actuación contraria desconoce los postulados constitucionales y los pronunciamientos de esta Corte en los que se ha indicado que no se debe prestar un servicio que permita la mera existencia de la persona, sino que, además, le asegure unas condiciones de dignidad a pesar de sus irreversibles padecimientos.

Al punto precisa el Despacho que la accionante tiene capacidad de pago, pues según como ella lo refirió la misma ostenta los medios y es una persona pensionada, que está afiliada al régimen contributivo y tiene capacidad de pago, pues de lo probado mal haría el Juzgado en desconocer lo afirmado por la misma accionante, esto en virtud de la sentencia T-597 de 2016 que precisa:

9.3. *En todo caso, se precisa, será el juez constitucional el encargado de verificar, en cada caso, si el pago de las cuotas de recuperación exigidas por la ley, obstaculiza el acceso al servicio de salud y si, como consecuencia de ello, se genera una vulneración de los derechos fundamentales. Al respecto, la jurisprudencia ha trazado unas* ***reglas probatorias específicas*** *para establecer la capacidad económica de los pacientes que aducen no tenerla. Se ha dicho que la EPS siempre cuenta con información acerca de la condición económica de la persona, lo que le permite inferir si puede o no*

cubrir el costo. Por tal razón, uno de los deberes de las EPS, consiste en valorar con la información disponible o con la que le solicite al interesado, si éste carece de los medios para soportar la carga económica.

De este modo, de presentarse una acción de tutela, las EPS deben aportar la información al juez de amparo constitucional, para establecer la capacidad económica de los pacientes que requieren servicios de salud no incluidos en el POS o frente a los cuales se alegue la imposibilidad de asumir el valor de los pagos moderadores. Se trata de una presunción que puede ser desvirtuada con la información que sea aportada al proceso. En caso de no hacerlo, el operador judicial, debe presumir la buena fe de toda persona, por lo que debe suponer la veracidad de los reclamos que exponen los ciudadanos respecto a cuál es su situación económica.

Las reglas aplicables han sido fijadas por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos:

***a.** La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos.[43] Esta Corporación ha establecido que, en la medida que las EPS tienen en sus archivos, información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, estas entidades están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas se tengan como prueba suficiente.*

***b.** Ante la ausencia de otros medios probatorios, hechos como el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante,[44] pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad…"*

Así como lo deprecado en sentencia citada líneas atrás[6]:

51. Finalmente, en torno a la cuarta subregla, referente a la capacidad del paciente para sufragar los servicios, esta Corte ha insistido que debido a los principios de solidaridad y universalidad que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías-FOSYGA- hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, sólo puede asumir aquellas cargas que, por real incapacidad, no puedan costear los asociados.

*En cuanto a la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos o elementos, que no es una cuestión de cantidad sino de calidad, toda vez que depende de las condiciones socioeconómicas específicas en las que el interesado se encuentre y de las obligaciones que sobre él recaigan. Al respecto, la ya citada **Sentencia T-760 de 2008**, señaló que, dado que el concepto de mínimo vital es de carácter cualitativo, y no cuantitativo, se debe proteger el derecho a la salud cuando el costo del servicio "afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona".*

Para el caso es claro que se tienen elementos probatorios suficientes de los cuales se pueda colegir que la accionante si tiene capacidad económica, prueba de ello son los comprobantes de pago aportados al interior del dosier respecto ordenes, citas, medicamentos entre muchos otros de los cuales no se puede deprecar la incapacidad económica. Aunado a que es una persona que se encuentra como cotizante al régimen contributivo y se reitera es pensionada.

Respecto la exoneración de copagos y cuotas moderadoras valga la pena indicar que no hay lugar a concederlo, toda vez que del diagnóstico proferido por el galeno particular, no se tiene juicio científico respecto del mismo, ello por cuanto el juez constitucional no es quien tiene conocimiento de causa de los padecimientos y lo que ellos puedan requerir, entonces se estaría ante una imprecisión falaz si se exonera copagos, máxime cuando se desconocen las consecuencias del padecimiento, pues se reitera lo aquí estudiado obedece únicamente al diagnóstico referido líneas atrás y no a los demás diagnósticos. Se precisa que la orden aquí estudiada apunta única y exclusivamente al diagnóstico proferido por el galeno particular, pues lo referente al HIPOTIROIDISMO Y TIROIDES, ya fue estudiado previamente en sentencia anterior de calenda 2016, pues en el caso que esta juzgadora emitiera pronunciamiento alguno frente a ello estaría invadiendo la órbita de un suceso que ya fue

[6] *Sentencia T-235 de 2018.*

objeto de debate, que fue controvertido y que ya no hay lugar a estudiar, pues se cercena la seguridad jurídica del sistema.

En igual sentido y para abundar en razones es claro que la jurisprudencia, en sentencia T-178 de 2017, ha sido renuente en deprecar que para que aplique la exoneración de copagos:

> *"…procederá esa exoneración **(i)** cuando la persona que necesita con urgencia[45] un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de los pagos moderadores, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a este, asumiendo el 100% del valor[46] y **(ii)** cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que este sea suministrado, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de pago al afectado, para lo cual podrá exigir garantías adecuadas, sin que la falta de pago pueda convertirse en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio[47]."*

En ese sentir, es claro que no se cumple ninguno de los presupuestos antes descritos, principalmente cuando se ha traído al presente caso, proveídos jurisprudenciales referentes a la capacidad económica.

Ahora bien, en cuanto a la solicitud de tratamiento integral, y su procedencia, se ha pronunciado la H. Corte Constitucional en la sentencia anteriormente descrita, en la cual previo los casos en los cuales se hace procedente, indica:

> *"6. Principio de integralidad predicable del derecho a la salud. Casos en los que procede la orden de tratamiento integral*
>
> *6.1. Con relación al principio de integralidad en materia de salud, esta Corporación ha estudiado el tema bajo dos perspectivas, la primera, relativa al concepto mismo de salud y sus dimensiones y, la segunda, a la totalidad de las prestaciones pretendidas o requeridas para el tratamiento y mejoría de las condiciones de salud y de la calidad de vida de las personas afectadas por diversas dolencias o enfermedades.*
>
> *Así las cosas, esta segunda perspectiva del principio de integralidad constituye una obligación para el Estado y para las entidades encargadas de brindar el servicio de salud pues les obliga a prestarlo de manera eficiente, lo cual incluye la autorización total de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, terapias, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera y que sean considerados como necesarios por su médico tratante.*
>
> *Luego, es posible solicitar por medio de la acción de tutela el tratamiento integral, debido a que con ello se pretende garantizar la atención en conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes, que han sido previamente determinadas por su médico tratante. Cuando la atención integral es solicitada mediante una acción de tutela el juez constitucional debe tener en cuenta que esta procede en la medida en que concurran los siguientes supuestos:*
>
> *(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.*
>
> *6.2. Con todo, se torna preciso aclarar que este Tribunal ha identificado una serie de casos en los que se hace necesario otorgar una atención integral al paciente, independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren dentro de la cobertura del PBS-, cuales son aquellos en los que están involucrados sujetos de especial protección constitucional, vale decir, los que guardan relación con, entre otros, menores de edad, adultos mayores, desplazados, personas con discapacidad física, o que padezcan de enfermedades catastróficas.*
>
> *Finalmente, debe destacarse que la protección deprecada ha ampliado su cobertura, en tanto que en la actualidad también se ha reconocido la existencia de otros casos excepcionales en los cuales cuando las personas exhiben condiciones de salud extremamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones límites que los agobian.*
>
> *En efecto, en el artículo 10º de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, se definen los derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Específicamente, su literal q establece que las personas tienen el derecho a "agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de su enfermedad". Al respecto, en el control previo de constitucionalidad al proyecto de ley estatutaria, esta Corporación reiteró que la efectividad del servicio, tecnología,*

suministro etc., depende del paciente y su entorno; encontrando exequible, la inclusión del principio de integralidad (artículo 8º) en la referida ley estatutaria, al resultar importante para la realización efectiva del derecho al servicio a la salud, consagrado en los artículos 2 y 49 de la Carta".

De esta suerte, aunque la peticionaria allega evidencia de estar afectada en su salud, no es posible acceder a la orden de tratamiento integral, pues no se tiene certeza en cuanto a los medicamentos, tratamientos, procedimientos, exámenes y posibles terapias que pueda llegar a requerir para su recuperación y en esa medida, la orden en esos términos sería muy general, vaga e imprecisa.

En otro giro y respecto a la solicitud referida a ordenar a la accionada el reembolso, por concepto de atención médica prestadas por médicos particulares, se trae a colación la sentencia T-650 de 2011 la cual refiere:

"LA ACCIÓN DE TUTELA PARA SOLICITAR EL REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela, en razón de su naturaleza subsidiaria y residual, no es el mecanismo adecuado para solicitar el reembolso de prestaciones de naturaleza económica. A continuación, se realizará un recuento de ciertos casos jurisprudenciales que corroboran la consolidación de este precedente constitucional ante diferentes supuestos fácticos.

En la sentencia T-080 de 1998, el accionante se afilió a Colsanitas para que le fueran prestados los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios a través de la modalidad de medicina prepagada. Con la interposición de la acción de tutela pretendió que, en aras de la protección de sus derechos a la salud y a la seguridad social, se ordenara a la compañía COLSANITAS cancelarle la suma de $30.000.000, los cuales, según el actor, tuvo que sufragar en el Hospital Militar Central, para la práctica de la "prótesis valvular en la válvula aórtica".

Con relación a esta hipótesis de hecho, la Corte indicó lo siguiente:

"A juicio de la Corte y con fundamento en su jurisprudencia, la acción de tutela no procede como acertadamente lo resolvieron los jueces de instancia, cuando está de por medio una controversia de carácter contractual y económica que escapa a la competencia del juez de tutela, pues el particular dispone de otro medio de defensa judicial, como lo es el de acudir a la jurisdicción ordinaria.

Como dicha atención médica ya se prestó, garantizándose con ello la protección de sus derechos, no es factible tutelar los derechos a la salud y a la seguridad social, menos aún si la petición se concreta en la reclamación de una suma de dinero que además no se encuentra probada. No existe tampoco perjuicio irremediable, pues la intervención ya se efectuó.

Así entonces, si lo que se pretende mediante la tutela es obtener el reembolso de una suma determinada de dinero, cuando el demandante realmente ha efectuado el pago y asumido los costos pertinentes, este cuenta con otro medio de defensa judicial idóneo, como lo es el de acudir ante la jurisdicción ordinaria, situación que hace improcedente la tutela."

Esta línea jurisprudencial se siguió construyendo con la sentencia T-104 de 2000. El criterio establecido en esta providencia sería reiterado en otras decisiones de la Corte Constitucional. En este caso, una señora que se encontraba afiliada a la Caja de Previsión Social en el régimen contributivo en salud, desde hacía más de 20 años, fue internada en el Hospital San Rafael de Tunja, con un diagnóstico de insuficiencia cardíaca congestiva, insuficiencia aórtica, pulmonar, triscupidea HTP severa, hipotiroidismo y fue considerada como paciente tipo 4 en estado terminal. Durante el tiempo que permaneció internada en dicho centro asistencial no se le suministró ninguno de los medicamentos que requirió. Su hijo asumió los gastos. Los médicos tratantes habían ordenado con urgencia un examen "ecodopier venoso arterial" que se debía realizar en la ciudad de Bogotá. Aparte de otras pretensiones, la actora solicitó que la entidad demandada le reembolsara a su hijo los gastos ocasionados por el tratamiento médico.

En esta ocasión el argumento central de la Corte fue el siguiente:

"2.5. En cuanto a la pretensión relacionada con el reembolso de dineros gastados por el hijo de la afiliada en el tratamiento de su madre, en repetidas oportunidades la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, en casos como en el presente la tutela sólo procede cuando la acción u omisión de la entidad encargada de prestar el servicio público de salud, amenaza o vulnera derechos fundamentales, en manera alguna para definir obligaciones en dinero, cuyo

pronunciamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, no es posible obtener por vía de tutela el pago de dichas sumas, dado que existe un mecanismo alternativo de defensa judicial, al cual deberá acudir Ferney Vargas Herrera, si considera que tiene derecho a dicho reconocimiento."

Luego, la sentencia T-525 de 2007, el accionante era afiliado a la Administradora de Riesgos Profesionales Bolívar, como trabajador de la empresa Brinks de Colombia. El actor sufrió, accidentes de trabajo, lesionándose el hombro izquierdo. Un ortopedista traumatólogo le ordenó cirugía de acromoplastia y reparación y acreliloplastia reparación manguito rotador. La ARP Bolívar le negó tal cirugía, enviándolo a la EPS SUSALUD para que se le realizara pues aduce que su enfermedad es congénita. La EPS le otorgó la autorización de la cirugía. El actor consideró que la cirugía la debía cubrir la ARP por los accidentes de trabajo que sufrió. La principal razón por la cual exige la realización de dicha cirugía por parte de la ARP "es el pago de la prestación social en referencia a la incapacidad y lo que conlleve al futuro para el tratamiento de mi problema de salud".

Ante estos presupuestos fácticos, la Corte señaló lo siguiente:

"Para esta Sala, al observar que la cirugía de "ACROMOPLASTIA Y REPARACION Y ACRELILOPLASTIA REPARACION MANGUITO ROTADOR" ya fue autorizada al accionante y es éste quien no ha querido la efectivización (sic) de la misma, se encuentra que no hay vulneración de derechos fundamentales y por tanto lo que persigue el peticionario son prestaciones económicas y que se emitan decisiones de índole legal, las cuales escapan a la órbita del juez de tutela. Si el actor desea que su padecimiento se califique como un accidente de trabajo o enfermedad profesional, no es esta la vía que debió ejercer, ya que el legislador ha otorgado medios para la búsqueda y realización de tal tarea."

En la sentencia T-050 de 2008 a un señor de 62 años de edad se le diagnosticó cáncer en la vejiga, por lo que debió efectuarse una cirugía para salvar su vida. Como consecuencia de la cirugía se hizo necesario realizarle una serie de controles, curaciones, exámenes y toma de medicamentos. No obstante, las entidades demandadas no autorizaron el tratamiento integral. Solicitó que se ordenara a la Secretaría de Salud Departamental del Tolima y/o Hospital Federico Lleras Acosta autorizar el suministro del tratamiento integral. Con el fin de que se le realizara la cirugía, los hijos del señor se comprometieron con el Hospital Federico Lleras Acosta, mediante pagarés, a cancelar el costo de la misma, motivo por el cual solicitó que se extinguiera la obligación que se originó en las primeras remisiones que se llevaron a cabo para la realización de la intervención quirúrgica.

Para resolver este caso la Corte Constitucional indicó el siguiente argumento:

"Por tanto, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, la acción de tutela es improcedente para proteger derechos de rango legal, pues para obtener su protección, existen medios ordinarios de defensa judiciales. En este sentido, la jurisprudencia Constitucional ha sido clara en indicar que la acción de tutela no está diseñada para declarar derechos litigiosos, menos aun cuando de éstos se predica su carácter legal o patrimonial.

Al respecto, en la sentencia T-163 de 2007, esta Corte precisó:

´De esta forma, se tiene como regla general que en materia de reconocimiento de derechos patrimoniales o legales al juez de tutela no le corresponde señalar el contenido de las decisiones que deben tomar las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, porque además de carecer de competencia para ello, por el propio mandato constitucional precitado, no cuenta con los elementos de juicio indispensables para resolver sobre los derechos por cuyo reconocimiento y efectividad se propende, siendo de esta forma excepcional la competencia del juez de tutela para entrar a hacer un estudio de fondo en un caso de estos.´

Resumidamente, la acción de tutela es un mecanismo judicial que busca exclusivamente la protección inmediata de los derechos fundamentales. Con fundamento en lo dispuesto en la Constitución Política para el efecto, así como en las normas que regulan la materia y en la jurisprudencia constitucional, en virtud del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta es improcedente para obtener la protección de derechos de rango patrimonial, pues para este fin existen mecanismos ordinarios de defensa judicial."

Finalmente, en la sentencia T-067 de 2009 se sostuvo un criterio semejante, a partir de los siguientes hechos. Al actor le fue diagnosticada una cirrosis hepática. Por esta razón fue intervenido en la clínica de Saludcoop de Santa Marta. Debido a que esta clínica no tenía los medios tecnológicos y el personal idóneo para atender la patología, se ordenó su traslado a la ciudad de Bogotá, para ser atendido en la Fundación Cardio Infantil. El tratamiento completo fue realizado en la ciudad de Bogotá, lo cual implicó que la familia del accionante adquiriera un préstamo para su manutención y alojamiento. Solicitó al juez que ordenara a la entidad

demandada, aparte de otras peticiones, el reintegro de los costos en que incurrió tanto en el desplazamiento como en la estadía en Bogotá.

Al respecto la Corte indicó:

"Así, en sentencia T-104 de 2000 la Corte señaló:" En cuanto a la pretensión relacionada con el reembolso de dineros gastados, en repetidas oportunidades la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, en casos como en el presente la tutela sólo procede cuando la acción u omisión de la entidad encargada de prestar el servicio público de salud, amenaza o vulnera derechos fundamentales, en manera alguna para definir obligaciones en dinero, cuyo pronunciamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, no es posible obtener por vía de tutela el pago de dichas sumas, dado que existe un mecanismo alternativo de defensa judicial, al cual [se] deberá acudir, si considera que tiene derecho a dicho reconocimiento (…)"..

Por consiguiente, esta Sala de Revisión reitera una vez más que la tutela no procede para resolver controversias sobre derechos prestacionales u obligaciones dinerarias. Frente a éstas debe acudirse ante la jurisdicción ordinaria para que sean resueltas."

Del recuento jurisprudencial precitado se concluye que el propósito de la acción de tutela es la salvaguarda de los derechos fundamentales ante eventuales vulneraciones o amenazas ocasionadas por la acción u omisión de entidades, públicas o privadas, que tienen el deber constitucional y legal de prestar el servicio público de salud. Cuando la debida atención médica ya ha sido suministrada, garantizándose con ello la protección de los derechos en conflicto, en principio no es factible tutelar los derechos a la salud y a la seguridad social, en tanto que la petición se concreta en la reclamación de una suma de dinero. El camino constitucional y legal adecuado para tramitar este tipo de controversias es la jurisdicción ordinaria."

Por lo manifestado en líneas precedentes, se evidencia que las aspiraciones de la actora no se encuentran llamadas a prosperar en relación con la devolución de gastos, toda vez que como se menciona la Corte Constitucional ha señalado en múltiples pronunciamientos que la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento y pago de acreencias económicas, respecto de los reembolsos que deben hacer las E.P.S., siempre que existan otros medios de defensa judicial, a menos que se demuestre que dicho medio no es idóneo, situación que no se presenta en el caso que se examina pues el procedimiento ordinario no conlleva una dilación injustificada en el tiempo, por el contrario, se trata de un proceso breve en el cual las partes cuentan con todas las garantías procesales que no pueden brindarse de manera definitiva al interior del presente trámite.

En lo que hace a la pretensión de servicio de enfermería se indica que dicha pretensión no es pertinente ni procedente su autorización por cuanto no tiene orden médica y que las actividades que refiere la accionante para ser atendidas por la enfermera no corresponden a servicios de enfermería sino de un cuidador, así como tampoco la atención medico-domiciliaria en atención a que no ha sido ordenada y mal haría esta operadora en inmiscuirse en la órbita de los profesionales de la salud. En relación con los gastos de transporte para la asistencia a citas médicas, tampoco es procedente por cuanto no corresponden a servicios de puerta de entrada al sistema; y que el lugar en el cual habita la paciente no corresponde a una zona especial por dispersión geográfica.

De igual manera en lo que respecta a la pretensión de alojamiento y alimentación para la promotora de la acción y un acompañante valga recalcar que ello no ha sido ordenado y mucho menos se considera necesario en atención a lo aportado y sustento de ello es la sentencia T-259 de 2019:

***"4.2. Alimentación y alojamiento**. La Corte Constitucional reconoce que estos elementos, en principio, no constituyen servicios médicos, en concordancia, cuando un usuario es remitido a un lugar distinto al de su residencia para recibir atención médica, los gastos de estadía tienen que ser asumidos por él o por su familia. No obstante, teniendo en consideración que no resulta posible imponer barreras insuperables para asistir a los servicios de salud, excepcionalmente, esta Corporación ha ordenado su financiamiento.*

Para ello, se han retomado por analogía las subreglas construidas en relación con el servicio de transporte. Esto es, (i) se debe constatar que ni los pacientes ni su familia cercana cuentan con la capacidad económica suficiente para asumir los costos; (ii) se tiene

que evidenciar que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente; y, (iii) puntualmente en las solicitudes de alojamiento, se debe comprobar que la atención médica en el lugar de remisión exige "más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento"[33].

4.3. Transporte, alimentación y alojamiento para un acompañante. *En algunas ocasiones el paciente necesita un acompañante para recibir el tratamiento médico. Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado que las EPS deben costear los gastos de traslado de un acompañante cuando (i) se constate que el usuario es "totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento"; (ii) requiere de atención "permanente" para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y (iii) ni él ni su núcleo familiar tengan la capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado[34].*

4.4. Falta de capacidad económica. *En relación con el requisito consistente en demostrar la carencia de recursos económicos para cubrir los gastos de alimentación, alojamiento y transporte para un acompañante debe precisarse que la ausencia de capacidad financiera puede constatarse con los elementos allegados al expediente, cuando el paciente afirme la ausencia de recursos, la carga de la prueba se invierte y le corresponde a la EPS desvirtuar lo dicho[35] pero, en caso de guardar silencio, la afirmación del paciente se entiende probada[36] y, puntualmente, respecto de las personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud mediante el Régimen Subsanado o inscritas en el SISBEN "hay presunción de incapacidad económica (…) teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población"[37].*

Se reitera que en gracia de discusión se indico a lo largo del fallo la comprobación de capacidad económica de la parte activa.

Ahora bien, del caso objeto de estudio si bien la Corte[7] ha indicado que cuando a luces se observe la necesidad de un insumo o de un procedimiento, se ordene sin necesidad de orden previa, situación que aquí no pasa para otorgar la entrega de pañales, pues de lo aportado no se han requerido y mal haría en ordenarse cuando no se evidencia su necesidad.

En los términos anteriores tal como se ha venido anunciando, se dispondrá el amparo de los derechos a la salud, a la vida en condiciones dignas de **CARMENZA ARCHILA RUIZ** ordenando a la **NUEVA EPS S.A.** que a través de su representante legal y/o quien haga sus veces en el término perentorio e improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de éste proveído proceda a programar citas con especialistas en cirugía vascular y endovascular, sin que ello quiera decir que no se practique el procedimiento ordenado correspondiente a OCLUSION DE VENAS DE MIEMBROS INFERIORES, VIA ENDOVASCULAR (PROCEDIMIENTO DE VARICOSAFENECTOMIA POR ABLACIÓN TÉRMICA+ABLACIÓN+QUIMICA+VARICECTOMIA EN MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO, en razón al diagnóstico VENAS VARICOSAS DE LOS MIEMBROS INFERIORES CON INFLAMACIÓN (I831), prescritos y ordenados por el médico tratante el Dr. OSCAR DAVID RUBIO BERMEO, el cual debe llevarse a cabo en un término improrrogable de quince (15) días contados a partir de las citas efectuadas con los especialistas en cirugía vascular y endovascular. Asimismo, se ordena que posterior al procedimiento ya enunciado se programe cita de control en 3 meses, esto es una vez se realice el procedimiento.

En lo que hace a las demás pretensiones incoadas por la promotora de la acción, las mismas serán negadas de conformidad con lo expuesto.

---

[7] *Sentencia T-528 de 2019: Es por lo anterior que se ha señalado que existen situaciones en las que el juez de tutela debe abstenerse de exigir la misma, cuando sea evidente la necesidad de brindar el servicio deprecado, ya que de no hacerlo las consecuencias negativas para el accionante serían apenas obvias[62]. Tal es el caso que sin existir prescripción del médico tratante se pueda inferir de alguno de los documentos aportados al expediente, -sea la historia clínica o algún concepto del galeno-, la obligación de que se conceda lo requerido con necesidad, momento en el que deberá el juez de tutela emitir la orden en tal sentido[63].*

No sobra advertir, en relación con la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, el **JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE LANDÁZURI**, el **JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO DE CIMITARRA SANTANDER**, **IDIME**, **CAFAM** y a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES.,** serán desvinculados de la presente acción por carecer de legitimación en la causa por pasiva en atención a que dentro del trámite se evidencia que la llamada a responder es **la NUEVA E.P.S. S.A,** y dado que no aparece que hayan vulnerado o amenazado los derechos fundamentales del accionante.

Finalmente, en relación con la facultad de recobro de la EPS, ello corresponde a un trámite administrativo que se encuentra regulado en la norma y que escapa por completo a la competencia constitucional, como quiera que la presente acción persigue el amparo del derecho a la salud y vida digna, los cuales están siendo vulnerados por la EPS, única entidad que tiene la obligación de realizar el procedimiento ordenado por el médico tratante, y que eventualmente deberá efectuar el recobro si a bien lo tiene, lo cual, en todo caso, no puede constituirse en una barrera para la conservación de la salud de la accionante y en general para la prestación de los servicios de salud en su favor.

Por lo aquí expuesto, el **JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA, D.C**., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - AMPARAR los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas de la señora **CARMENZA ARCHILA RUIZ** identificada con cédula de ciudadanía No. 128.487.026, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. - ORDENAR a la **NUEVA EPS** que a través de su representante legal y/o quien haga sus veces en el término perentorio e improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de éste proveído proceda a programar citas con especialistas en cirugía vascular y endovascular a la señora **CARMENZA ARCHILA RUIZ** identificada con cédula de ciudadanía No. 128.487.026.

TERCERO. - ORDENAR a la **NUEVA EPS** que a través de su representante legal y/o quien haga sus veces en el término perentorio e improrrogable de quince (15) días contados a partir de las citas efectuadas con los especialistas en cirugía vascular y endovascular proceda a practicar el procedimiento ordenado correspondiente a OCLUSION DE VENAS DE MIEMBROS INFERIORES, VIA ENDOVASCULAR (PROCEDIMIENTO DE VARICOSAFENECTOMIA POR ABLACIÓN TÉRMICA+ABLACIÓN+QUIMICA+VARICECTOMIA EN MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO, en razón al diagnóstico VENAS VARICOSAS DE LOS MIEMBROS INFERIORES CON INFLAMACIÓN (I831), prescrito y ordenado por el médico tratante el Dr. OSCAR DAVID RUBIO BERMEO.

CUARTO. - ORDENAR a la **NUEVA EPS** que a través de su representante legal y/o quien haga sus veces proceda a programar cita de control en tres (3) meses, contados a partir del día siguiente de la práctica de procedimiento OCLUSION DE VENAS DE MIEMBROS INFERIORES, VIA ENDOVASCULAR (PROCEDIMIENTO DE VARICOSAFENECTOMIA POR ABLACIÓN TÉRMICA+ABLACIÓN+QUIMICA+VARICECTOMIA EN MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO, en razón al diagnóstico VENAS VARICOSAS DE LOS MIEMBROS INFERIORES CON INFLAMACIÓN (I831), prescrito y ordenado por el médico tratante el Dr. OSCAR DAVID RUBIO BERMEO.

QUINTO. - NEGAR las demás pretensiones incoadas por la peticionaria en contra de la NUEVA E.P.S S.A.

SEXTO. - DESVINCULAR a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, el **JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE LANDÁZURI**, el **JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO DE CIMITARRA SANTANDER**, **IDIME**, **CAFAM** y a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES**, por las razones expuestas en el presente proveído.

SÉPTIMO. - NOTIFÍQUESE a las partes de la presente determinación. Contra la presente providencia procede el recurso de **IMPUGNACION**, el cual debe ser interpuesto dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

OCTAVO. - En caso de no ser impugnada, **REMÍTASE** el expediente a la **H. CORTE CONSTITUCIONA**L para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La Juez,

NANCY MIREYA QUINTERO ENCISO