

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PROMISCO MUUNICIPAL DE PUERTO SANTANDER – N.S.
Puerto Santander, dos (2) de mayo de dos mil veintidós (2022)

MARIA OLINDA FONCE QUINTERO, quien actúa en causa propia, acude a la acción de tutela, en contra de la **NUEVA EPS**, domiciliada en la ciudad de Cúcuta, con el fin de obtener la protección inmediata y eficaz de sus derechos fundamentales, en especial el de la salud, la vida y la igualdad, en tanto que no le han autorizado uno examen médico y unos gastos de transporte.

ANTECEDENTES:

Efectuado el trámite administrativo del recibido vía mensaje de datos, de la acción constitucional de la referencia por parte de este ente judicial, mediante la generación de tutela en línea No. 786011, se procedió mediante auto adiado el 19 de abril del año en curso a admitir la misma, a no acceder a la medida provisional solicitada, como a integrar el contradictorio con el INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL NORTE DE SANTANDER – I.D.S. N.S., la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, la ALCALDIA MUNICIPAL DE PUERTO SANTANDER N.S.; la ESE HOSPITAL REGIONAL NORTE con domicilio en el Municipio de Tibú N.S. y la IPS CLINICA SAN DIEGO con domicilio en el Municipio de Cúcuta N.S., ordenando comunicar al Representante Legal de la entidad accionada y de los entes integrados, para que en un término no superior a los tres (3) días siguientes contados al recibo de la respectiva comunicación, se pronunciaran mediante escrito si lo estimaban pertinente, sobre los hechos y las pretensiones de la presente acción constitucional, para lo cual se les envió copia del escrito de tutela.

Como hechos deprecados por la accionante, tenemos los que se transcriben a continuación en idénticos términos:

1. Que vivo en el municipio de Puerto Santander y soy una persona adulta mayor, como quiera que en la actualidad cuento con 69 años de edad y no cuento con apoyo económica por parte de ningún familiar.
2. Además de lo anterior mi estado de vulnerabilidad se acrecienta al ser víctima de Desplazamiento Forzado y tener a mi cargo a mi nieta de 4 años de edad pues los progenitores la dejaron a mi cargo y en la actualidad no se conoce el paradero de ellos.
3. Que actualmente me encuentro categorizada en el Grupo B1 del SISBEN, grupo que refiere un muy bajo nivel económico que allí se refleja.

4. Que tengo problemas médicos, los cuales han sido valorados por distintos médicos de la EPS-S Nueva EPS a la cual me encuentro afiliada y de la misma me han remitido para distintos exámenes e intervenciones que se ejecutan en la ciudad de Cúcuta, lugar distinto a donde se encuentra mi lugar de residencia (Puerto Santander), citas o remisiones que en mis condiciones socioeconómicas son imposibles de cumplir quedando así en eminente riesgo mi salud y por tanto mi vida digna.
5. Que el 04 de marzo del presente año, el medico de la IPS de Puerto Santander me dio orden de **“ecografía Doppler de vasos venosos de miembros inferiores”** y desde esa fecha solicite me fuera autorizada y asignada cita para realizarme la espera y la única respuesta de la Nueva EPS es que esperara la llamada por parte de ellos, esta misma respuesta recibo cuando me acerco a la oficina a preguntar por la cita para realizar el examen ordenado por el médico, dejando en vilo mi estado de salud y sin solución. Es decir no me dan solución para poder seguir con el tratamiento que ordenaron los médicos.
6. Que además de lo anterior tengo problemas visuales, de lo que se desprendió las ordenes valoraciones y procedimientos de: Reconstrucción de párpados con injerto OI, Plastia de órbita con reconstrucción de fondos de saco con injertos OI, Injerto demograso NCOC + OI, Valoración por anestesia.
7. Los exámenes, procedimientos, valoraciones o intervenciones se deben ejecutar en la ciudad de Cúcuta, municipio distinto al de residencia (Puerto Santander), situación que pone en eminente riesgo mi salud porque mis condiciones económicas como atrás lo dije no dan para cubrir ese tipo de gastos.
8. Que me he acercado a la Nueva EPS a solicitar de manera verbal a solicitar el pago del transporte para mi y acompañante y los viáticos y alojamiento de ser necesario y la respuesta fue negativa.
9. Que los hechos atrás relatados tienen en riesgo mi salud y por tanto mi vida y de ahí la necesidad de la protección del señor Juez Constitucional.

PETICIONES

La accionante solicita como peticiones, la que se transcribe a continuación, en idénticos términos:

1. Que en uso del poder constitucional Juez Ordene a la Nueva EPS, cumplir con sus obligaciones y en consecuencia:
 - a. Autorizar y asignar la cita para la práctica de la **“ecografía Doppler de vasos venosos de miembros inferiores”** ordenada por el medico el día 04 de marzo de 2022 y hasta la fecha no me han dado respuesta.
 - b. Que se suministre previo al cumplimiento de las citas médicas los recursos necesarios para mi y mi acompañante para cubrir lo correspondiente viáticos, alojamiento (de ser necesarios), transporte para mí y mi acompañante para el cumplimiento de las citas médicas, a las intervenciones, valoraciones u/o practica de exámenes necesarios para el cumplimiento de mis tratamientos que se deban ejecutar en municipio distinto al de mi residencia (Puerto Santander)
 - c. Que el suministro para mi y mi acompañante de viáticos, alojamiento (de ser necesarios), transporte y otros se provean con antelación o previamente hasta el final de mi tratamiento o las ordenes sobrevinientes de citas, evaluaciones, diagnósticos, intervenciones u otros procedimientos médicos o incluso de presentarse la necesidad de solicitar las autorizaciones en lugar distinto al municipio de mi residencia.
2. Que el señor Juez en uso de su poder constitucional ordene el cubrimiento de manera integral de lo aquí solicitado e incluso abarque en sucesivas ordenes de los galenos.
3. Que el señor Juez en uso de su poder constitucional ampare cualquier derecho que no se haya solicitado u ordene las medidas para garantizar integralmente mis derechos fundamentales.

► **RESPUESTA NUEVA EPS**

La entidad accionada NUEVA EPS, mediante memorial de fecha 22 de abril de 2022, enviado vía mensaje de datos el mismo día a las 12:20 p.m. y suscrito por el apoderado judicial, debidamente acreditado, procedió a dar respuesta al requerimiento efectuado por el despacho, el cual se transcribe en los siguientes términos:

CONSIDERACIONES

Como primera medida, para que exista el reconocimiento de un Derecho como Fundamental dentro del trámite de una acción de tutela, el mismo debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Constitución Nacional, que al tenor manifiesta:

Artículo 86.- Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales

fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

(...)

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...) (Las subrayas fuera de texto)

Sabido es que la acción de tutela consagrada en el art. 86 de la Constitución Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, es un mecanismo subsidiario al cual toda persona, natural o jurídica, puede acudir cuando quiera que sus derechos constitucionales fundamentales se encuentran amenazados o han sido vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o por los particulares, en los casos expresamente previstos por el legislador.

EN CUANTO A SU ESTADO DE AFILIACIÓN

Verificando el sistema integral de NUEVA EPS, se evidencia que la accionante está en estado activa para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO

FONCE QUINTERO MARIA OLINDA						
Consultas Herramientas Certificado de Incapacidades						
CC	37249568	ACTIVO EN REGIMEN SUBSIDIADO EN LA EPS	Ultimo Periodo Pagado: /			
Traslados sa	Recobro aportes otras	Ctas de Cobro Cotiza	Cta de cobro Emplea	Solicitudes No	Devolucion de A	
Incapacidades	Hist duplicidad	Radificaciones	Documentos	Imágenes	Traslados Entran	
Movilidad Régimen	Afiliados	Pagos Empl	Empleador	Información para IPS	Pagos Empl Anteriores	
Afiliado	Grupo Familiar	Fui	Pagos	Empleos	Ips	
DATOS PERSONALES DEL AFILIADO						
Primer Apellido	Segundo Apellido	Nombres	Fecha Nacimiento	Tipo Afiliado	Sexo	
FONCE	QUINTERO	MARIA OLINDA	10/03/1953	Cotizante	F	
Dirección de Residencia		Teléfono	Departamento	Municipio		
CARRERA 1 N 4 55 BARRIO EL BOSQUE		3107304189	NORTE DE SANTANDER	PUERTO SANTANDER		
DATOS DE LA AFILIACION RÉGIMEN SUBSIDIADO						
F. Afil Contr	F. Inicio Sub	F. Final Sub	Categoría	Causal		
01/01/2016	01/01/2016	00/00/0000	SIBSEN-1	ACTIVO EN REGIMEN SUBSIDIADO EN LA EPS		
Actual EPS	Total	Estado	Tipo Población Especial Subsidiado			
0	26	ACTIVO SUB	POBLACION EN CONDICIONES DE DESPLAZAMIENTO FORZADO			
RÉGIMEN:	Subsidiado					

SU SEÑORÍA, NUEVA EPS LE HA BRINDADO A LA PACIENTE LOS SERVICIOS REQUERIDOS DENTRO DE NUESTRA COMPETENCIA Y CONFORME A SUS PRESCRIPCIONES MEDICAS DENTRO DE LA RED DE SERVICIOS CONTRATADA. ES IMPORTANTE RESALTAR QUE NUEVA EPS GARANTIZA LA ATENCIÓN A SUS AFILIADOS A TRAVÉS DE LOS MÉDICOS Y ESPECIALISTAS ADSCRITOS A LA RED PARA CADA ESPECIALIDAD, y acorde con las necesidades de estos, teniendo en cuenta el modelo de atención y lo dispuesto en la normatividad vigente; buscando siempre agilizar la asignación de citas y atenciones direccionándolas a la red de prestadores con las cuales se cuenta con oportunidad, eficiencia y calidad.

HONORABLE, ACTUALMENTE EL ÁREA DE SALUD DE NUEVA EPS, ESTÁ REALIZANDO LA GESTIÓN REFERENTE AL PETITUM DE LA ACCIONANTE EN CUANTO A LOS SERVICIOS DE SALUD QUE ESTÁN CONTEMPLADOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD (RESOLUCIÓN 2292 DE 2021 – por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de Salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación UPC - Plan de Beneficios en Salud).

Conforme lo anterior, se solicita respetuosamente al Despacho, se proceda a dar suspensión o en su defecto la ampliación del término con la finalidad de aportar, solicitar pruebas, y hacer las aclaraciones pertinentes, demostrando las acciones positivas que realiza Nueva Eps.

Lo anterior fundamentado en la Sentencia C 367 del 2014 M.P Mauricio González Cuervo:

“En casos excepcionalísimos, (i) por razones de necesidad de la prueba y para asegurar el derecho de defensa de la persona contra la cual se promueve el incidente de desacato, (ii) cuando exista una justificación objetiva y razonable para la demora en su práctica y (iii) se haga explícita esta justificación en una providencia judicial, el juez puede exceder el término del artículo 86 de la Constitución, pero en todo caso estará obligado a (i) adoptar directamente las medidas necesarias para la práctica de dicha prueba respetando el derecho de defensa y (ii) a analizar y valorar esta prueba una vez se haya practicado y a resolver el trámite incidental en un término que sea razonable frente a la inmediatez prevista en el referido artículo”.

Menester indicar respecto al procedimiento ecografía doppler de vasos venosos de miembros inferiores, se asigna cita para el día martes 26 de abril a las 7 am en las instalaciones de la clínica uba vihonco. Lo anterior ha sido notificado a la usuaria al número de teléfono 3138556930, acepta día y hora.

Ahora bien, se precisa que la Ley 1751 de 2015 en su artículo 15, expresamente desconoce por completo y por tanto prohíbe la financiación con recursos de la salud los servicios y tecnologías suministradas a los usuarios que están excluidos del Plan de beneficios o los que sin de financiación con recursos públicos asignados a la salud.

Esta norma, entre otras, no tienen otro propósito que el de estandarizar los criterios científicos y técnicos de orden de servicios y suministro de insumos en el sistema de salud colombiano consciente de que estos constituyen un recurso terapéutico de gran importancia, pero solo con **seguridad para el paciente y uso adecuado** fundamentalmente se puede proteger, promover y restablecer la salud.

Las complejas secuencias de acción que se relacionan con la prescripción y administración de servicios médicos involucran serios reparos al momento de buscar el responsable en ante un evento adverso o falta de resultado terapéutico que agraven la situación del paciente, errores e imprecisiones que a través de la adopción del esquema de respaldo científico se pueden minimizar o prevenir.

En efecto, considerando que el Estado debe garantizar el derecho fundamental a la salud mediante la adopción de políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a los servicios de salud para todas las personas, y de conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, el Ministerio de Salud y Protección Social en el marco de las facultades otorgadas en el artículo 15 de la Ley 1751.

Igualmente, se encuentra expresamente excluido no solo del Plan Básico de Salud sino de aquellos que no pueden ser financiados con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que ni siquiera su formulación permite al profesional tratante registrarlo en la plataforma MIPRES.

Así, se ha de ver que todo derecho, tiene como correlativo un deber, lo cual implica la existencia de un obligado y de una prestación que se debe satisfacer. Estos son los elementos que se deben identificar en el proceso de tutela. En términos generales el Estado es el garante de la satisfacción de los derechos fundamentales, de allí que precisamente existan diversas disposiciones previstas en la Constitución, leyes, decretos o en diversos actos administrativos que contienen políticas públicas en aras de satisfacer estas necesidades.

Ahora bien, para el caso concreto, es posible determinar el contenido de la obligación constitucional y legal y el sujeto obligado, que, para el caso concreto, se recurre a lo previsto en la Resolución 2273 de 2021, dictada en el marco de lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y Decreto 330 de 2019 antes aludidos

En efecto, mediante la Resolución 2273 de 2021 “por la cual se adopta el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”, con fundamento en el artículo 15 de la Ley 1751 en el cual se fijaron los criterios para que el Ministerio de Salud y Protección Social excluyera los servicios o tecnologías que no deberán financiarse con recursos públicos asignados al sector salud.

Para definir esta exclusión, el Ministerio de Salud y Protección Social debió adelantar un procedimiento técnico - científico, que le permitiera evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión, conforme lo prevé la Resolución 330 de 2019.

Por lo que no puede legítimamente la EPS asumir la responsabilidad de suministrar lo solicitado por la Accionante, pues por expresa prohibición legal no puede ser asumido con cargo a los recursos de salud, so pena de incurrir en UNA DESVIACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS, POR SER DE DESTINACIÓN ESPECÍFICA, al ser utilizados en un servicio NO CUBIERTO Y POR ENDE EXPRESAMENTE PROHIBIDO SER ASUMIDO CON RECURSOS DE LA SALUD.

Se considera con lo expuesto que la Acción de Tutela impetrada por la Accionante para solicitar un servicio e insumos cuya financiación por expresa prohibición legal, se encuentra EXCLUIDA, resulta IMPROCEDENTE, pues no se cumplen los presupuestos mínimos para su solicitud y mucho menos se pueden invocar por vía de esta acción constitucional.

INDEBIDA DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

El Gobierno Nacional a través de la expedición de la ley del Plan Nacional de Desarrollo¹ definió y delimitó aquellas prestaciones que no pueden ser financiadas con recursos SGSS, para lo cual tuvo en cuenta aquellas prestaciones suntuarias, cosméticas de forma exclusiva, experimentales, las que se ofrecen fuera del territorio colombiano **y las que no son propias del ámbito de la salud.**

En tal virtud, desde la Constitución Política una de las reglas básicas de operatividad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, consiste en que **los recursos del sistema que son asignados a las EPS tengan una destinación exclusiva a la prestación única de los servicios de salud de sus afiliados.** En tal sentido lo ha señalado la Contraloría General de la República, al darle a estos recursos el tratamiento de parafiscales y someterlos al régimen de la función pública y de gestión fiscal, de lo cual se desprende que los titulares de su manejo y quienes pueden ordenar su disposición, como es el caso de las autoridades judiciales, tienen bajo su responsabilidad el buen uso y correcto manejo, como es la destinación adecuada de estos

El Ministerio de Salud y Protección Social por su parte ha establecido que el Sistema General de Seguridad Social en Salud es reglado y sus actores solo pueden hacer lo que expresamente ha determinado la ley, y con los recursos que manejan su ejecución e inversión se limita a lo que se encuentra expresamente permitido, como es su destinación a la prestación de los servicios de salud

En este punto particular de la destinación apropiada de los recursos de la salud, y la limitación a que estos financien los servicios que cubre el sistema, por su carácter parafiscal la Corte Constitucional en Sentencia SU-480 de 1997, reafirmó que estos rubros solo pueden ser invertidos en la atención de las necesidades de salud de los afiliados del sistema. **Así mismo, que las EPS no pueden considerar tales recursos como parte de su patrimonio, ni destinarlos a fines diferentes de los descritos.**

Es así como, las EPS tienen una responsabilidad por el manejo de los recursos encomendados para la atención en salud, y por tanto, ante una prohibición expresa como la contenida en el artículo 154 de la Ley 1450 de 2015, consistente en la no financiación de prestaciones o servicios que no son propios del ámbito de la salud.

En otra sentencia la Corte Constitucional², estableció que el imperativo consistente en la destinación específica de los recursos en salud significa que la inversión de estos no se hace

de manera individual en quien efectuó el aporte, sino que se debe entender de manera global en el sistema, en beneficio de todos los que se favorecen de este. Por tal razón no es de recibo constitucional, el que **los recursos del sistema sean invertidos en la financiación de prestaciones que no son propias de la salud, pues dichos servicios deben ser sufragados directamente por los afiliados o sus familias en observancia del principio de solidaridad** o en su defecto se hace necesario que el mismo Estado defina cuál será su fuente de financiación, sin que la misma se confunda con unos recursos cuya destinación está predefinida y con servicios específicos a cubrir dentro del entorno de la salud.

Ahora bien, la Ley 1955 del 2019, Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "*Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad*", observa en su Artículo 240 que los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC, serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). Lo anterior quiere decir, palabras más palabras menos, en ningún caso la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), podrá reconocer y pagar servicios y tecnologías en salud no financiados con los recursos de la UPC, cuando estos sean superiores a los techos máximos que establezca el Ministerio de Salud, con el fin de promover el uso eficiente de los recursos.

Los insumos NO PBS, de acuerdo a normatividad vigente, el medico tratante debe solicitar autorizacion al **MINISTERIO DE SALUD por la pagina de MIPRES**. Ahora bien, la reglamentación VIGENTE EN SALUD establece (**ART 5 Resolución 1885 de 2018**) que **ES EL MEDICO TRATANTE el responsable del registro en aplicativo MIPRES de las tecnologías (incluidos medicamentos) no incluidos en PBS.**

Este registro REEMPLAZA LA FORMULA MEDICA y permite que la EPS **realice el proceso de autorización y entrega de lo ordenado por el médico tratante**. En mérito, el médico está sujeto al cumplimiento de la norma; igualmente la Clínica u Hospital debe brindarle las herramientas y la capacitación necesaria para hace efectivo dicho reporte

Los medicamentos y demás insumos NO PBS, de acuerdo a normatividad vigente, el medico tratante debe solicitar autorizacion al **MINISTERIO DE SALUD por la pagina de MIPRES**

En ese sentido es válido acotar que de conformidad con la Ley 1438/2011 el médico tratante es quien a través de su autonomía profesional define el plan de manejo más idóneo de acuerdo con su criterio y teniendo en cuenta la medicina basada en la evidencia.

Por lo anterior, solicitamos vincular al médico tratante a fin de que informe los motivos por los cuales no se está realizando la formulación de acuerdo a lo establecido por la nueva normatividad, lo que garantizaría la entrega efectiva y oportuna al usuario, no se pueda autorizar.

Para la solicitud de insumos no incluidos en el PBS (SERVICIO DE TRANSPORTE Y VIÁTICOS – TRATAMIENTO INTEGRAL), el médico deberá hacer la radicación a través del Mipres de acuerdo a lo establecido en la Resolución 1885 de 2018.

DE MANERA PRELIMINAR, EL DESPACHO DEBE ADVERTIR QUE, AL EFECTUAR EL ESTUDIO DEL CASO, NO EXISTEN ELEMENTOS DE JUICIO NECESARIO QUE PERMITAN ACREDITAR LOS SUPUESTOS DE HECHO QUE ORIGINARON LA PRESENTE ACCIÓN, YA QUE LOS SERVICIOS SOLICITADOS NO HAN SIDO ORDENADOS POR EL MÉDICO TRATANTE Y SÓLO SON PRETENDIDOS POR EL ACCIONANTE DE FORMA ESCRITA SIN CONSIDERACIÓN DE LA LEX ARTIS DE LOS GALENOS.

Referirnos a la *lex artis*, se considera que la responsabilidad médica está ligada directamente a la salud y, en este contexto, la salud puede adquirir diferentes connotaciones que van desde la salud mirada como un derecho que encuadra dentro de los denominados Derechos Económicos Sociales y culturales y la salud como un servicio esencial. La obligación de medios que tiene el médico tratante está relacionada directamente con la *lex artis ad hoc* que ha de servir para determinar si en cada caso concreto se han utilizado los medios idóneos para prescribir ordenes médicas.

Dentro del contexto y como es bien sabido, la acción de tutela es procedente únicamente cuando se **vulneran o amenazan Derechos Fundamentales**, es decir aquellos derechos que se encuentran consagrados en nuestra Carta Magna en el Título II, Capítulo 1 y todos aquellos que sin estar dentro de esta ubicación la ley le ha dado esta connotación de Fundamental, como tal, concretamente, el Derecho Fundamental a la Salud.

Honorable, la **Corte Constitucional**, mediante **SENTENCIA T-154 DE 2014**, con ponencia del H. Magistrado Luis Guillermo Guerrero, **impuso los parámetros que deben ser tenidos en cuenta por el Juez de Tutela para que, sólo cumplidos estos, prosperen las acciones de tutela contra las E.P.S.** para cubrir procedimientos, medicamentos e insumos no comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud y evitar así, la desviación de los recursos de la Seguridad Social y preservar la filosofía del Sistema. De los parámetros impuestos, aplicables al caso sub lite, a saber:

“Existen ciertos servicios, procedimientos y medicamentos que han sido excluidos del POS debido a las limitaciones de los recursos del sistema de seguridad social en salud. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha advertido que tales exclusiones son admisibles, ya que buscan proteger la sostenibilidad económica del sistema. De esta manera, se ha afirmado que “la existencia de exclusiones y limitaciones al Plan Obligatorio de Salud (POS) es también compatible con la Constitución, ya que representa un mecanismo para asegurar el equilibrio financiero del sistema de salud, teniendo en cuenta que los recursos económicos para las prestaciones sanitarias no son infinitos (...).

*Existen ciertos servicios, procedimientos y medicamentos que han sido excluidos del POS debido a las limitaciones de los recursos del sistema de seguridad social en salud. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha advertido que tales exclusiones son admisibles, ya que buscan proteger la sostenibilidad económica del sistema. De esta manera, se ha afirmado que “la existencia de exclusiones y limitaciones al Plan Obligatorio de Salud (POS) es también compatible con la Constitución, ya que representa un mecanismo para asegurar el equilibrio financiero del sistema de salud, teniendo en cuenta que los recursos económicos para las prestaciones sanitarias no son infinitos.
(...).*

Así entonces, excepcionalmente esta colegiatura ha considerado que los usuarios del sistema de seguridad social en salud pueden solicitar a la Entidad Prestadora de Salud la provisión de medicamentos, insumos o servicios excluidos del POS, y en caso de que su suministro sea negado, podrán acudir a la acción de amparo, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

*“(i) que la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;
(ii) que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;
(iii) que el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie;³
(iv) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”* (Negrilla del suscrito)

Ahora bien, el médico tratante es la persona calificada y con conocimiento tanto médico científico como específico del caso, para emitir la orden de servicios, más aún cuando brinda la atención a nombre de la EPS. De manera que al Juez de tutela le corresponde acudir en primer lugar ha dicho concepto, como quiera que sea fuente de carácter técnico primordial e idóneo, para lograr establecer qué tipo de tratamiento médico requiere el tutelante en aras de restablecer o mejorar su estado de salud.

Sobre el particular, la Jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa en señalar que la Acción de Tutela procede, cuando se pruebe que se quebranta el Derecho Fundamental a la Salud cuando la entidad encargada de garantizar su prestación se niega a brindarle al paciente todo medicamento, procedimiento, tratamiento, insumo y, en general, cualquier servicio de salud que requiera con necesidad para el manejo de una determinada patología, **según lo ordenado por el médico tratante.**

En este orden de ideas, Señor juez, la Jurisprudencia Constitucional ha señalado, de manera enfática, que el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, aunque no es exclusivo. Ello, en consideración a que por sus conocimientos científicos es el único llamado a disponer sobre las necesidades médico-asistenciales del paciente.

Señor Juez, existen unos criterios determinados para que NO proceda la prestación de servicios NO PBS o que estén dentro del plan de beneficios, **MÁXIME CUANDO NO SE EVIDENCIA ORDENES MÉDICAS RECIENTES QUE SUSTENTEN LO SOLICITADO EN LA ACCIÓN DE TUTELA (SERVICIO DE TRANSPORTE Y VIÁTICOS – TRATAMIENTO INTEGRAL).**

REFERENTE A LA SOLICITUD DEL SERVICIO DE TRANSPORTE

DE MANERA IMPORTANTE, INDICARE EN CUANTO A LA SOLICITUD DE TRANSPORTE, VIÁTICOS, NO SE EVIDENCIA SOLICITUD MÉDICA (LEX ARTIS) ESPECIAL DE TRANSPORTE.

Es necesario traer a colación la posición Jurisprudencial reiterada tantas veces por la Honorable Corte Constitucional, en tratándose de los requisitos que se deben observar para la procedencia e inaplicación de las normas de rango legal para conceder las acciones de tutela por concepto de medicamentos y/o procedimientos FUERA DEL PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD. Al respecto ha dicho la Corte a través de sentencia T - 760 de 2008, cuyo Magistrado Ponente es el Doctor Manuel José Cepeda, lo siguiente:

*“...Con el tiempo, la jurisprudencia constitucional fue precisando los criterios de aplicación la regla de acceso a los servicios de salud que se requerían y no estaban incluidos en los planes obligatorios de salud. Actualmente, la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando
“(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;*

(ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;

(iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y

(IV) EL SERVICIO MÉDICO HA SIDO ORDENADO POR UN MÉDICO ADSCRITO A LA ENTIDAD ENCARGADA DE GARANTIZAR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO A QUIEN ESTÁ SOLICITÁNDOLO...” (Negrillas y subrayas fuera del texto)

Se debe entonces señalar que esta solicitud **NO SE ENCUENTRA INCLUIDA EN LOS SERVICIOS DE SALUD QUE ESTÁN EN EL PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD (RESOLUCIÓN 2292 DE 2021 – por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de Salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación UPC - Plan de Beneficios en Salud)**, por lo que no corresponde a la entidad promotora de salud proporcionarlas a sus afiliados. La normatividad vigente del Plan de beneficios de Salud no cubre dichos transportes y erogaciones de alimento, hospedaje, por cuanto estos no cumplen con los requisitos en la norma, tal y como se observa de la lectura de la Resolución **2292 DE 2021. “TRANSPORTE O TRASLADOS DE PACIENTES”**

Ahora bien, la normatividad actual del presente caso, se otea en la Resolución **2292 DE 2021** que **el servicio de traslado cubrirá el medio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente y que el traslado NO INTERINSTITUCIONAL, es decir entre domicilio e IPS para cita programada, no está contemplado en el PBS, SIEMPRE Y CUANDO EL MÉDICO LO PRESCRIBE, así lo establece la Resolución 2292 DE 2021,** contempla al respecto:

Artículo 107: Transporte o traslados de pacientes. Los Servicios y tecnologías de Salud financiados con recursos de la UPC incluyen el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos:

1. Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en ambulancias.
2. Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente, para estos casos está financiado con recursos de la UPC el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

Asimismo, se financia el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe.

Artículo 108. Transporte del paciente ambulatorio. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención financiada con recursos de la UPC no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.

Aunado a lo anterior, respecto al tema de transporte de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Honorable Corte Constitucional mediante **Sentencia T-212 de 2008** Magistrado Ponente JAIME ARAUJO RENTERIA ha expuesto:

"En tal contexto, el intérprete constitucional ha establecido los requisitos que deben cumplirse para que sean las E.P.S o el Estado, quienes asuman los costos de los gastos de transporte que eventualmente se generen para un paciente, los cuales en principio están a cargo del usuario o usuaria del Sistema General de Seguridad Social en Salud o de sus familiares más cercanos, en virtud del principio de solidaridad, siempre que (i) el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la integridad, en conexidad

con la vida de la persona; (ii) que el paciente y sus familiares cercanos no cuenten con los recursos económicos para atenderlos y (iii) que de no efectuarse la remisión, se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del afectado".

REQUISITOS PARA INAPLICAR LAS NORMAS DEL PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD

En caso de que la prestación solicitada no esté dentro del Plan de Beneficios de Salud **(RESOLUCIÓN 2292 DE 2021 – por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de Salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación UPC - Plan de Beneficios en Salud)**, corresponderá al juez de tutela efectuar un estudio pormenorizado de las circunstancias particulares, para determinar su eventual inaplicabilidad, velando siempre por evitar la desviación de los recursos de la seguridad social, preservar la filosofía y la viabilidad del sistema, y sobre todo, garantizar el respeto de los principios constitucionales del Estado Social de Derecho y de la prevalencia del interés general.

Dentro de tales pautas, indicadas primeramente en la sentencia SU-480 de 1997 y precisada por la sentencia SU-819 de 1999, se cuentan, entre otras:

- a) *Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado.*
- b) *Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger la vida del paciente.*
- c) *Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico de la entidad prestadora de Servicios de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.*
- d) **que el paciente no pueda sufragar el costo del medicamento**

De contera que, en el caso concreto, y como los principios del Derecho son comparados y axiológicos –haciendo una comparación del costo del medicamento y peculio de los gastos de transporte – será menester que previo a la decisión del amparo, el juez ejerza su facultad de instrucción para verificar que se configuran todas y cada una de las hipótesis que a juicio de la Corte Constitucional permiten inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio, en particular la consagrada en el literal d) por lo que **le corresponde al Juez de instancia probar la falta de capacidad económica del accionante antes de tomar una decisión que implique erogaciones extras para el sistema de seguridad social en salud** pues como lo ha manifestado por el Consejo de Estado, los recursos del sistema son dineros del Estado.

Como ya se expuso, en el escrito de la tutela no haya determinado o demostrado siquiera sumariamente que dicha suma no es suficiente para sufragar los gastos que están siendo solicitados. Y es que **el simple hecho de informar que el usuario tiene gastos no significa que se encuentre en situación de indefensión o que NO PUEDA SUFRAGAR EL COSTO** de los transportes, alojamiento y alimentación que son solicitados.

Por tal razón, se solicita al señor Juez, tener presente que las decisiones del juez de tutela deben ser proporcionales a las particularidades del caso concreto, pero también deben preservar dichos recursos, pues las obligaciones que sean impuestas con cargas a los mismos involucran la utilización de recursos públicos. Por ello, la extralimitación que sobre

estos pueda recaer con un fallo de tutela debe ser restringida a las verdaderas necesidades que con temas involucrados con la salud tengan los usuarios y no a simples caprichos de éstos, como son los casos en los cuales los requerimientos no están soportados en justificaciones médicas lo que implica la existencia de verdaderas causas para inaplicar las normas vigentes. Esta labor es entonces facultad del juez de tutela, quien tiene bajo su responsabilidad efectuar un estudio cuidadoso de todas estas circunstancias antes de emitir órdenes que afecten los recursos antes mencionados.

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

Es entonces claramente improcedente y perjudicial para el equilibrio financiero del sistema además de ser a todas luces inequitativo, emitir órdenes para el suministro de alimentación más aún cuando dicha obligación no guarda relación directa con la prestación del servicio de salud que se está solicitando. En igual sentido **SE ENTIENDE IMPROCEDENTE EL AMPARO DE DICHO SERVICIO PARA LOS ACOMPAÑANTES**, que al igual que el usuario aquejado de enfermedad, requieren subsistir y alimentarse, sin importar la labor que esté desempeñando o el lugar donde se encuentre.

De acuerdo con los argumentos esgrimidos, solicito señor Juez tener en cuenta la situación particular del usuario y la afectación que se hace a los recursos del sistema general de salud al otorgar amparos de tutela como los solicitados, reiterando que, de acuerdo con la normatividad vigente, la jurisprudencia existente y la capacidad de pago del usuario, **NO ES PROCEDENTE ACCEDER A ESTA PRETENSION**.

A su vez, la Corte Constitucional en sus providencias habla de "ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos", pues en la **Sentencia T-834 de 2009**, con ponencia de la doctora María Victoria Calle, manifestó:

"También ha expresado esta Corporación que las EPS tienen la obligación de asumir el transporte y la manutención de las personas que necesitan acceder a los servicios de salud que se prestan en una ciudad diferente a la de su residencia, en los casos en que: "(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario."

Así mismo, las EPS deben garantizar la posibilidad de que se brinden los medios de transporte y traslado a un acompañante cuando este es necesario

La regla jurisprudencial aplicable para la procedencia del amparo constitucional respecto a la financiación del traslado del acompañante ha sido definida en los siguientes términos. "(i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado."

Negrillas y subrayado fuera de texto

Ahora bien, en este caso el servicio requerido no es prestado en el municipio de residencia del usuario el cual es PUERTO SANTANDER y dicho municipio **NO SE ENCUENTRA CONTEMPLADO** en los que reciben UPC diferencial y a los cuales la EPS si está en la obligación de costear el transporte del paciente.

"Se reconocerá una prima adicional del 10% en los departamentos de Amazonas, Arauca, Casanare, Caquetá, Chocó, Guajira, Guainía, Guaviare, Meta, Putumayo, San Andrés y Providencia, Sucre, Vaupés, Vichada y la región de Urabá." "Se exceptúan de este incremento las ciudades de Arauca, Florencia, Riohacha, Sincelejo, Villavicencio, Yopal y sus respectivas áreas de influencia, en las cuales se aplicará la Unidad de Pago por Capitación – UPC-C del resto del país."

GASTOS DE ALIMENTACION.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA – SALA CIVIL FAMILIA, con ponencia de la Dra. CLAUDIA YOLANDA RODRIGUEZ RODRIGUEZ en sentencia de tutela del 31 de mayo de 2017:

*"referente a la **alimentación** independiente del lugar donde se encuentre el paciente y su acompañante – en caso de ser necesario –, estos deben proveer su **alimentación**, dado que nada tiene que ver ésta con la prestación del servicio a la salud del afiliado, teniendo en cuenta que dichos gastos son del resorte personal y uso diario, no derivados con ocasión al servicio médico que requiera en el lugar donde será remitido por el médico tratante para el control médico de su patología.....no siendo pertinente que tales servicios sean erogaciones que deban salir del patrimonio de la entidad prestadora de salud"* - Negrita fuera del texto.

Respecto a la ALIMENTACIÓN,

Se ha aclarado en varios fallos de tutela que dicha responsabilidad no recae en nadie distinto que cada ser humano, puesto que independientemente de la enfermedad que desafortunadamente aqueja al usuario, éste tiene el deber de autocuidado y suministrarse lo necesario para alimentación. Es por tal razón, que no se encuentra fundamento alguno en solicitar que con cargo a los dineros del sistema se otorgue alimentación a quien de por sí debe buscar la manera de proveerse todo aquello necesario para satisfacer sus necesidades básicas. Es entonces claramente improcedente y perjudicial para el equilibrio financiero del sistema además de ser a todas luces inequitativo, emitir órdenes para el suministro de alimentación más aún cuando dicha obligación no guarda relación directa con la prestación del servicio de salud que se está solicitando dentro de las autorizaciones e Historia Clínica no se observa que la paciente requiera alimentación especial toda vez que el juez de tutela no está facultado para ordenar prestación de servicios en salud sin que exista orden del médico tratante ni el servicio resulta imprescindible para la vida del paciente, por tal razón, SE DEBE NEGAR, so pena de que exista una orden médica que indique que la paciente requiere de alguna dieta especial y deba ser suministrada por la accionada.

FRENTE AL TRATAMIENTO INTEGRAL

El Preámbulo de la Ley 100 de 1993, define la Seguridad Social Integral como *"el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad."*

Así en el ámbito del Sistema de Seguridad Social en Salud, la integralidad es un principio general, obligación del estado colombiano y de las entidades encargadas de la prestación del servicio, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 y el artículo 3 de la Resolución 2292 de 2021, entendiéndose que corresponde a los servicios y tecnologías de salud que son suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, se entenderá, además, que este comprende todos los elementos esenciales para lograr el objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

Al respecto, se aclara que Nueva EPS tiene un modelo de acceso a los servicios y la entrada a ellos es a través de los servicios de Urgencias o a través de la IPS Primaria asignada a cada afiliado donde puede acceder a los servicios ambulatorios programados.

Así las cosas, y en consonancia con la pretensión del tratamiento integral, se debe mencionar que se entiende como el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, lo especificado en la Resolución 2292 de 2021 "por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de Salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación UPC - Plan de Beneficios en Salud" en su artículo 2 y 3 el cual reza:

Artículo 2. Estructura y naturaleza de los servicios y tecnologías de salud. Los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC, se encuentran contenidos en el presente acto administrativo y están estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluye la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento,

rehabilitación y paliación de la enfermedad y que se constituye en un mecanismo de protección al derecho fundamental a la salud para que las EPS o las entidades que hagan sus veces, garanticen el acceso a dichos servicios y tecnologías bajo las condiciones previstas en esta resolución.

(...)

Artículo 3 Principios generales para la prestación de los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC. Sin perjuicio de los principios contenidos en la Ley Estatutaria de Salud (1751 de 2015), para la prestación de los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC, se tendrán en cuenta los siguientes principios:

- 1. Integralidad. Todos los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC para la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, deben incluir lo necesario para su realización, de tal forma que se cumpla con la finalidad del servicio, según lo prescrito por el profesional tratante.*

Es entonces en aplicación de lo anterior, que los servicios que son ordenados al usuario por parte de los Médicos de la Red de Nueva EPS son y serán cubiertos con base en la normatividad vigente, incluyendo el acceso al Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC de que habla la Resolución 2292 de 2021, de acuerdo con lo establecido en el mismo acerca de los procedimientos y requisitos para ello, teniendo en cuenta pues, sin ser repetitivo, el derecho a la salud tiene una doble connotación: (i) es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable cuyo contenido y alcance ha sido definido por el legislador estatutario⁵, y por la jurisprudencia constitucional⁶, (ii) es un servicio público que, de acuerdo con el principio de integralidad⁷ debe ser prestado de “*manera completa*”, vale decir, con calidad y en forma eficiente **atribuibles a asuntos de salud** y oportuna⁸.

De acuerdo con lo anteriormente explicado, debe señalarse que la Integralidad que solicita el usuario se da por parte de Nueva EPS de acuerdo con las necesidades médicas y la cobertura que establece la Ley para el Plan de Beneficios de Salud.

Ahora bien, adicional a lo anterior, debe señalarse señor Juez, que exceder los lineamientos de la normatividad vigente no es conducente, por lo que al evaluar la procedencia de conceder **TRATAMIENTO INTEGRAL** que implique hechos futuros e inciertos respecto de las conductas a seguir con el paciente, es conveniente mencionar lo previsto en la **Sentencia T-760 de 2008**, la cual resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están a cargo del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

“(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”. (Negrilla del suscrito)

La Corte ha señalado en relación con la primera subregla que se desprende de la sentencia en mención, atinente a la amenaza a la vida y la integridad por la falta de prestación del servicio, que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no sólo para sobrevivir, sino para desempeñarse adecuadamente y con unas condiciones mínimas que le permitan mantener un estándar de dignidad, propio del Estado Social de Derecho.

En torno a la segunda subregla, referente a que los servicios no tengan reemplazo en el PBS, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se debe demostrar la calidad y efectividad de los medicamentos o elementos solicitados y excluidos del Plan de Beneficios en Salud. En relación con esto, ha señalado la Corte que, si el medicamento o servicio requerido por el accionante tiene un sustituto en el plan de beneficios que ofrezca iguales, o mejores niveles de calidad y efectividad, no procederá la inaplicación del PBS.

En cuanto a la tercera subregla, esto es que **el servicio haya sido ordenado por un galeno adscrito a 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 experiencia 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 con base en 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) La 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.*

Finalmente, en torno a la cuarta subregla, referente a la capacidad del paciente para sufragar los servicios, la 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 incapacidad real, no puedan costear los asociados.**

En suma, las exclusiones del Plan de Beneficios de Salud son admisibles constitucionalmente siempre y cuando no atenten contra los derechos fundamentales de las personas. Empero, en aquellos casos excepcionales en que la denegación del suministro de un servicio o tecnología por fuera del PBS afecte de manera decisiva el derecho a la salud o la dignidad de las personas, el Juez de tutela deberá intervenir para su protección. En tales casos, el Juez constitucional podrá ordenar la entrega de prestaciones no cubiertas por el PBS cuando el suministro: (i) sea imprescindible para garantizar la supervivencia o la dignidad del paciente; (ii) sea insustituible por lo cubierto en el PBS; (iii) sea prescrito por los médicos adscritos a la EPS de afiliación del paciente; y (iv) no pueda ser cubierto con la capacidad económica del paciente.

Por lo tanto, no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera es presumir la mala actuación de esta institución por adelantado. No puede presumir el fallador que en el momento en que el usuario requiera servicios no les serán autorizados.

Respecto de la improcedencia de la acción de tutela en materia de protección de hechos inciertos y futuros o tratamiento integral, la Honorable Corte Constitucional a través de sentencia T-247 de 2000, expresamente ha sostenido:

"(...) A juicio de la Corte, carece de objeto la tutela instaurada contra alguien por hechos que constituyen apenas una posibilidad futura remota, en cuanto están atados a otros todavía no ocurridos. En realidad, sólo puede brindarse protección respecto a violaciones presentes y actuales, o para prevenir amenazas ciertas y contundentes, pero de ninguna manera cabe la solicitud de amparo en relación con sucesos futuros e inciertos (...)"

De acuerdo a lo anterior, entendemos que **EL FALLO DE TUTELA NO PUEDE IR MÁS ALLÁ DE LA AMENAZA O VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS Y PROTEGERLOS A FUTURO**, pues con ello se desbordaría su alcance y además una condena en estos términos incurre en el error de obligar por prestaciones que aún no existen puesto que la obligación de un servicio de la EPS solo inicia una vez la dolencia en salud ocurre y por ello un fallo concreto no genera violación de derecho fundamental alguno.

Igualmente, siguiendo esta línea interpretativa de que el **JUEZ NO ESTÁ FACULTADO PARA ORDENAR PRESTACIONES O SERVICIOS DE SALUD**, la jurisprudencia constitucional ha señalado, de manera enfática, que **el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, aunque no es exclusivo. Ello, en consideración a que por sus conocimientos científicos es el único llamado a disponer sobre las necesidades médico-asistenciales del paciente.**

Bajo esta premisa, es claro que el juez de tutela no está facultado para ordenar prestaciones o servicios de salud sin que medie orden del médico tratante en dicho sentido, toda vez que no es constitucionalmente admisible que, en su labor de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, sustituya los conocimientos y criterios de los profesionales de la medicina y, por contera, ponga en riesgo la salud de quien invoca el amparo constitucional.

Conforme, ha señalado la H. Corte Constitucional, en fallo más o menos reciente, **Sentencia T-259 de 2019:**

"El tratamiento integral tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante. "Las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos". En esa medida, el objetivo final del tratamiento integral consiste en "asegurar la atención (...) de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes".

Por lo general, se ordena cuando (i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente. Igualmente, se reconoce cuando (ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas (iii) personas que "exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas".

(...)

*El juez constitucional en estos casos **debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto al accionante y frente al cual recae la orden del tratamiento integral. Lo dicho teniendo en consideración que no resulta posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas; lo contrario implicaría presumir la mala fe de la EPS en relación con el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones con sus afiliados, en contradicción del artículo 83 Superior.***

A voces de la Corte Constitucional, es menester e importancia hacer mención reiterativa respecto de la causación de un perjuicio irremediable y demostrar la mala fe de la Nueva Eps, tal y como lo plantea la Corte Constitucional, recordando que según los principios de integralidad y continuidad (Ley 1751 de 2015, artículo 6º, literal d; y artículo 8º), debe ser dentro del plan de beneficios de salud.

En el mismo sentido, la **Sentencia T-081 de 2019**, arguye:

"(...) tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por

ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes⁹.

No hay que perder de vista que, como se señaló líneas arriba, el juicio implica que se presume la afectación al afiliado y para que proceda la acción de tutela en un asunto determinado, se requiere que existan elementos objetivos de los cuales se pueda inferir una amenaza o vulneración cierta de derechos fundamentales, bien sea por una acción o una omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares (nosotros).

Ahora bien, con un tratamiento o servicio de meras expectativas o hipotéticos se tutelan hechos futuros e inciertos, que todavía no ha ordenado ningún médico ni respecto a ninguna patología en general, atendiendo a los mandatos y directrices trazadas por el Ministerio de Salud y Protección Social y en calidad de aseguradora, tiene claro que los recursos destinados a salud, solamente pueden y deben ser utilizados en servicios de salud, y que estos servicios deben de ser suministrados a los pacientes toda vez que la iniciativa o mandato nazca del concepto del médico tratante por ser este el conocedor del estado clínico del paciente, y aun así siempre se le brindará al médico el apoyo científico de otros especialistas de las mismas calidades a fin de garantizar la alta efectividad y la calidad de los tratamientos médicos.

El bien jurídicamente tutelado es la salud, los servicios de salud tienen como finalidad la prevención de la enfermedad, la recuperación de la salud del paciente a través de los tratamientos médicos. Se debe entender que los recursos económicos de la salud se utilizan en aquellos servicios de salud que cumplen una función directa en el tratamiento médico, un servicio de salud cuyas funciones producen efectos en la parte funcional de tal forma que estabiliza el funcionamiento del organismo o previene que este se vea afectado por patologías que pongan en riesgo su vida y su integridad física.

Como consecuencia de lo anterior, hablar de servicios médicos futuros, integrales, que posiblemente se lleguen a requerir, hipotéticos y por tanto de total carencia de certeza, sería tanto como hablar de tutelar derechos por violación o amenazas futuras e inciertas a los derechos fundamentales, por hechos que no han ocurrido y que, por lo mismo, no se pueden hacer consideraciones sobre ellos, pues en tal caso, se estaría violando el debido proceso en la medida en que para el momento en que se genere la orden la EPS ya no tendría la posibilidad de esgrimir nuevos argumentos de defensa o nuevas pruebas que surjan, según

el caso en concreto. No hay que olvidar igualmente, el principio de solidaridad, pues emana la Corte, tomando nota de que la familia es la encargada de proporcionar a sus miembros más cercanos la atención que necesitan, sin perjuicio del deber constitucional que obliga al Estado a salvaguardar los derechos fundamentales de los asociados. En esta línea argumentativa, la Corte ha dejado constancia de que:

Sentencia T-032 de 2020

"La sociedad colombiana, fiel a sus ancestrales tradiciones religiosas, sitúa inicialmente en la familia las relaciones de solidaridad. Esta realidad sociológica, en cierto modo reflejada en la expresión popular 'la solidaridad comienza por casa', tiene respaldo normativo en el valor dado a la familia como núcleo fundamental (CP. art. 42) e institución básica de la sociedad (CP. art. 5). En este orden de ideas, se justifica exigir a la persona que acuda a sus familiares más cercanos en búsqueda de asistencia o protección antes de hacerlo ante el Estado, salvo que exista un derecho legalmente reconocido a la persona y a cargo de éste, o peligren otros derechos constitucionales fundamentales que ameriten una intervención inmediata de las autoridades (CP art. 13)".

5.7. En tal contexto, a partir de lo dispuesto en el artículo 49 de la Carta Política, la Corte Constitucional ha reiterado que bajo la permanente asistencia del Estado, la responsabilidad de proteger y garantizar el derecho a la salud de una persona que no se encuentra en la posibilidad de hacerlo por sí misma, recae principalmente en su familia y subsidiariamente en la sociedad. En efecto, en la Sentencia T-098 de 2016, esta Corporación expresó:

"El vínculo familiar se encuentra unido por diferentes lazos de afecto, y se espera que de manera espontánea, sus miembros lleven a cabo actuaciones solidarias que contribuyan al desarrollo del tratamiento, colaboren en la asistencia a las consultas y a las terapias, supervisen el consumo de los medicamentos, estimulen emocionalmente al paciente y favorezcan su estabilidad y bienestar; de manera que la familia juega un papel primordial para la atención y el cuidado requerido por un paciente, cualquiera que sea el tratamiento". Así pues, por ministerio del principio de solidaridad, la familia es la primera institución que debe salvaguardar, proteger y propender por el bienestar del paciente, sin que ello implique desconocer la responsabilidad concurrente de la sociedad y del Estado en su recuperación y cuidado, en los que la garantía de acceso integral al Sistema General de Seguridad Social en Salud cumple un rol fundamental."
(Negrilla del suscrito)

Una mención especial, siguiendo esta línea interpretativa de que el **JUEZ NO ESTÁ FACULTADO PARA ORDENAR PRESTACIONES O SERVICIOS DE SALUD**, la jurisprudencia constitucional ha señalado, de manera enfática, que **el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, aunque no es exclusivo. Ello, en consideración a que por sus conocimientos científicos es el único llamado a disponer sobre las necesidades médico-asistenciales del paciente.**

Bajo esta premisa, es claro que el Juez de Tutela no está facultado para ordenar prestaciones o servicios de salud sin que medie orden del médico tratante en dicho sentido, toda vez que no es constitucionalmente admisible que en su labor de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, sustituya los conocimientos y criterios de los profesionales de la medicina y, por contera, ponga en riesgo la salud de quien invoca el amparo constitucional.

En otras palabras, el Juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, sólo le es dado hacerlo si existen en la realidad las acciones u omisiones de la entidad y ellas constituyen la violación de algún derecho fundamental. Máxime, es frecuente que los tutelantes solicitan el reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud sobre un conjunto de prestaciones relacionadas con la enfermedad o condición que haya sido diagnosticada. Cuando esto sucede, hay veces en que las prestaciones aún no han sido definidas de manera concreta por el médico tratante y corresponde al juez de tutela no hacer determinable la orden por cuanto no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas. A su vez, en todo caso, el principio de integralidad no debe entenderse de manera abstracta y supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente.

En esta lógica, el Juez constitucional no es el competente para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Por lo cual no es llamado a decidir sobre la idoneidad de los mismos. Razón por la cual la actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento. Por ello, uno de los requisitos jurisprudenciales para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico es que éste haya sido ordenado por el médico tratante.

Reliévese, según la hermenéutica autorizada de la Corte Constitucional, citada en una de las últimas sentencias al respecto, **Sentencia T-136 de 2021**, objeto de estudio:

Por último, esta Sala se abstendrá de conceder el tratamiento integral solicitado, por cuanto no se aportaron los elementos suficientes que permitieran acreditar su necesidad, a fin de que no se viera interrumpida la atención en salud que la Nueva E.P.S. le ha venido suministrando a Taliana Londoño Hernández. Por el contrario, al margen de las consideraciones sobre el daño que se le puede estar causando por los trayectos que debe realizar la niña entre el lugar de su residencia y la prestación del servicio de forma virtual, lo cierto es que no existe evidencia sobre tratamientos o medicamentos pendientes por ser tramitados o una negación al acceso al servicio de salud por parte de la entidad accionada. Por tanto, no se pudo constatar la existencia de órdenes médicas pendientes y, mucho menos, la acreditación de una negligencia continuada por parte de la entidad accionada. En tal sentido, se ha afirmado por este tribunal que el tratamiento integral no puede tener como base afirmaciones abstractas o inciertas. De acuerdo con ello, la sentencia T-081 de 2019 dispuso lo siguiente:

“(…) para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes”.

(Negrilla del suscrito)

Mención especial claramente en cuanto a la solicitud del accionante de brindar un tratamiento integral a la patología que padece, deben tenerse en cuenta que solamente cuando del material probatorio se pueda encontrar que de manera notoria el paciente requiere el uso de servicios y tecnologías, el juez constitucional puede ordenar la prestación de la atención que resulte necesaria con el fin de generar condiciones de existencia acordes con la dignidad humana del paciente. De lo contrario, debe ser la entidad prestadora del servicio de salud a través de sus profesionales **quien determinará con precisión y suficiencia, de conformidad con un diagnóstico efectivo integral, las necesidades en materia de salud del paciente.**

Finalmente, es necesario precisar que en Colombia la práctica médica está normativizada y tiene establecido que el plan de manejo médico de un paciente ya sea farmacológico, quirúrgico, rehabilitación o cualquier intervención, **lo define el equipo médico y la ORDEN MÉDICA**, es un requisito jurisprudencial y legal imposible de eludir ya que, es el único soporte que permite verificar el estado actual de salud del paciente, y a su vez debe estar soportado con el historial Clínico que sustente la necesidad del mismo, y que una vez se agotaron todas las posibilidades de los insumos y servicios PBS, si no tiene la orden, debe tener MIPRES.

Memórese, desde la expedición de la Sentencia T-760 de 2008 (q aún se estudia con fundamento), que está enmarcada dentro y como lo establece la Sentencia T – 061 de 2019, ***“(…) En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien***

requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente¹⁰ Esta perspectiva asegura que un experto médico, que conoce del caso del paciente, sea quien determine la forma de restablecimiento del derecho afectado, lo que excluye que sea el juez o un tercero, por sí y ante sí, quienes prescriban tratamientos cuya necesidad no se hubiese acreditado científicamente.

(Subrayado y en negrilla fuera del texto original).

Así pues, por último, recordando a aquel Magistrado probo de la Corte Constitucional, el gran Dr. Alfredo Beltrán Sierra que ha indicado que no se puede obligar a la entidad a asumir los costos de servicios que ni siquiera han sido solicitados situación frente a la cual la Corte Constitucional en la **Sentencia T 900 de 2002** con ponencia del magistrado Alfredo Beltrán Sierra (ibidem), señaló:

“Resulta a todas luces inadecuada esta práctica porque, sin desconocer el inmenso estado de angustia que lleva consigo la presencia de una enfermedad en algún miembro de la familia, la solución no está en acudir directamente al juez de tutela con base en una posible negativa en la prestación del servicio, sin detenerse a considerar que, en la generalidad de los casos, la vulneración que podrá examinar el juez únicamente podrá partir de la base de que en realidad existe la negativa o la omisión de la entidad prestadora del servicio de salud, en suministrar lo pretendido por el paciente, pues, si no existe la negativa o la omisión de la prestación del servicio de salud, difícilmente puede darse la violación de algún derecho fundamental.

Por ello, no obstante que en casos como los que se estudian, se está ante la premura en la protección de derechos fundamentales, como la vida o la integridad física, el hecho de que no se haya requerido previamente a la entidad prestadora de salud, salvo casos verdaderamente excepcionales, impide que la acción de tutela proceda, puesto que ella está consagrada para ‘la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública’ (art. 86 de la Carta).”

Así en el ámbito del Sistema de Seguridad Social en Salud, la integralidad es un principio general, obligación del estado colombiano y de las entidades encargadas de la prestación del servicio, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, entendiéndose que corresponde a los servicios y tecnologías de salud que son suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, se entenderá, además, que este comprende todos los elementos esenciales para lograr el objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

Aspectos estructurales del sistema de salud que actualmente está respaldado y reiterado por la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que en el Artículo 15 señala que los recursos destinados a la salud no pueden ser destinados servicios o tecnologías donde se advierta alguno de los siguientes criterios

- ✚ Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- ✚ Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- ✚ Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- ✚ Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- ✚ Que se encuentren en fase de experimentación;
- ✚ Que tengan que ser prestados en el exterior.

Conforme a lo expuesto, en el ordenamiento legal colombiano la orden de tutelar el tratamiento integral, futuro incierto, ideterminado y por tanto no acaecido en ningún caso, significa que deben cubrirse por cuenta de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud todos los servicios en forma ilimitada por la EPS, lo cual va en contra de los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional ha señalado los criterios que debe tener en cuenta el juez de tutela al momento de fallar una demanda de este tipo¹¹:

“(…) De este modo, el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas. En todo caso, debe precisarse de manera clara que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente. En tal sentido, se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante (…).”

Nueva EPS en atención a las normas legales vigentes citadas anteriormente y a la jurisprudencia de las altas Cortes, atendiendo a los mandatos y directrices trazadas por el Ministerio de Salud y de la Protección Social y en calidad de aseguradora, tiene claro que los recursos destinados a salud, solamente pueden y deben ser utilizados en servicios de salud, y que estos servicios deben de ser suministrados a los pacientes toda vez que la iniciativa o mandato nazca del concepto del médico tratante por ser este el conocedor del estado clínico del paciente, y aun así siempre se le brindará al médico el apoyo científico de otros especialistas de las mismas calidades a fin de garantizar la alta efectividad y la calidad de los tratamientos médicos.

El bien jurídicamente tutelado es la salud, los servicios de salud tienen como finalidad la prevención de la enfermedad, la recuperación de la salud del paciente a través de los tratamientos médicos. Se debe entender que los recursos económicos de la salud se utilizan en aquellos servicios de salud que cumplen una función directa en el tratamiento médico, un servicio de salud cuyas funciones producen efectos en la parte funcional de tal forma que estabiliza el funcionamiento del organismo o previene que este se vea afectado por patologías que pongan en riesgo su vida y su integridad física.

Que según lo consagrado en la Ley Estatutaria N° 1751 de 2015 (*por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*), dispone como obligación del estado regular el derecho fundamental a la salud, oteando el **Artículo 5°**, como obligación del Estado adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población.

Dentro del contexto, el artículo 15° (ibídem) de la citada Ley Estatutaria, definió los criterios para identificar aquellos servicios, insumos y tecnologías que deben ser excluidos de la financiación con los recursos de la salud, y en consecuencia, de forma implícita o concomitante determinó:

Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará 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. En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios: a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; e) Que se encuentren en fase de experimentación; f) Que tengan que ser prestados en el exterior
(Negrilla del suscrito)

Ahora bien, la Ley 1955 del 2019, Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad", observa en su Artículo 240 que los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC, serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES).

Artículo 240. Eficiencia del gasto asociado a la prestación del servicio y tecnologías no financiados con cargo a los recursos de la upc. Los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). El techo o presupuesto máximo anual por EPS se establecerá de acuerdo a la metodología que defina el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual considerará incentivos al uso eficiente de los recursos. En ningún caso, el cumplimiento del techo por parte de las EPS deberá afectar la prestación del servicio. Lo anterior, sin perjuicio del mecanismo de negociación centralizada contemplado en el artículo 71 de la Ley 1753 de 2015.
(Negrilla del suscrito)

De contera, Honorable Juez, de acuerdo a Ley 1751 de 2015, en lo concerniente a regular el derecho fundamental a la salud, disponiendo, como obligación del Estado adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población; y que de igual forma, la Honorable Corte Constitucional se pronunció mediante Sentencia C-313 de 2014, en la que indicó que, en aras del goce efectivo del derecho fundamental a la salud, se entiende que "salvo lo excluido, lo demás está cubierto".¹², y, relíevase, según la hermenéutica autorizada de la Honorable Corte Constitucional, citada en este trasegar jurídico, es deber del Honorable Juez, acoger la **Resolución 1885 de 2018** sobre tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y servicios complementarios, **Resolución 2273 de 2021** (Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud y **Resolución 2292 de 2021**, quedó claro que la informalidad de la tutela no justifica el que los ciudadanos recurran a ella con el único propósito de conjurar una situación que consideran, a través de conjeturas, podría ocasionar un perjuicio. Dicha acción no protege derechos fundamentales sobre la suposición de que llegarían a vulnerarse por hechos o actos futuros. El ciudadano cuando vaya a instaurar una acción de amparo debe cotejar, sopesar y analizar si en realidad existe la vulneración o amenaza de tales hechos, pues la tutela no puede prosperar sobre la base de actos o hechos inexistentes o imaginarios, lo cual, por el contrario, conduce a congestionar la administración de justicia de modo innecesario y perjudicial para esta.

Como consecuencia de lo anterior, hablar de servicios médicos futuros e hipotéticos, sería tanto como hablar de tutelar derechos por violación o amenazas futuras e inciertas a los derechos fundamentales, por hechos que no han ocurrido y que, por lo mismo, no se pueden hacer consideraciones sobre ellos ni, pues en tal caso, se estaría violando el debido proceso. Conforme lo anteriormente expuesto, se considera que en el presente caso no se aprecia una actuación u omisión de la Nueva EPS, de la que pueda derivarse prima face la presunta vulneración de los derechos fundamentales que invoca la Accionante.

Se concluye este capítulo, mencionado lo que en reiteradas oportunidades ha indicado la Corte Constitucional, en cuanto a la procedibilidad de la acción de tutela:

*"(...) para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (...)"¹³, ya que **"sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)"** (Negrilla fuera de texto)*

"(...) Por ende, se deberá tener en cuenta la viabilidad de la acción de tutela, ya que esta se ha establecido, como un mecanismo por medio del cual toda persona puede,

*reclamar la protección inmediata de un derecho fundamental vulnerado o amenazado por acción u omisión de cualquier autoridad pública, o en ciertos casos, de un particular, **siempre y cuando se encuentre probado que se produjo tal vulneración. (...)"**¹⁵*

Por lo anterior, es preciso reiterar que la naturaleza de la tutela como mecanismo subsidiario, exige que se adelanten las acciones judiciales o administrativas alternativas, y por tanto, no puede la parte demandante instituir la acción de tutela como el medio principal e idóneo para lograr el cumplimiento material.

CONSIDERACIONES FINALES

Con fundamento en lo anterior, se solicita respetuosamente a ese Despacho, declarar que Nueva EPS no ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales de la Afiliada invocados, en consideración a las razones legales expuestas y en consecuencia, se ordene su desvinculación de este trámite de tutela.

Apoyado en los precedentes judiciales, se reitera que en pronunciamientos anteriores de la Corte Constitucional, en los que ha determinado que **"el juez constitucional debe declarar improcedente la acción de tutela, cuando no encuentre ningún comportamiento atribuible al accionado respecto del cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, toda vez que asumir el conocimiento de este tipo de acciones, construidas sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas"**, supondría una vulneración al principio de seguridad jurídica y a la vigencia de un orden justo. ⁽¹⁶⁾ (Negrilla y subraya fuera de texto), se precisa que en el caso concreto:

- ✚ **No se observa** en los hechos de la tutela, que la supuesta vulneración o amenaza al Accionante se produzca por alguna **actuación u omisión exigible a Nueva EPS**.
- ✚ **Tampoco se evidencia** dentro del escrito de la tutela y en especial en el acápite de las **pruebas**, se allegue algún sustento siquiera sumario que respalde algún incumplimiento por parte de Nueva EPS frente a la Accionante en cuanto a transportes o traslados en taxi.

Por otra parte, la Corte Constitucional en relación con la acción de tutela ha señalado que:

*"(...) La informalidad de la tutela no justifica el que los ciudadanos recurran a ella con el único propósito de conjurar una situación que consideran, **a través de conjeturas, podría ocasionar un perjuicio. Dicha acción no protege derechos fundamentales sobre la suposición de que llegarían a vulnerarse por hechos o actos futuros. El ciudadano cuando vaya a instaurar una acción de amparo debe cotejar, sopesar y analizar si en realidad existe la vulneración o amenaza de tales hechos, pues la tutela no puede prosperar sobre la base de actos o hechos inexistentes o imaginarios, lo cual, por el contrario, conduce a congestionar la***

administración de justicia de modo innecesario y perjudicial para esta (...)" ⁽¹⁷⁾.
(Negrilla y subraya fuera de texto)

Memórese, que se **DENIEGUE POR IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela contra **NUEVA EPS S.A.**, relíevase, según la hermenéutica autorizada de la Honorable Corte Constitucional, citada en este trasegar jurídico, es deber del Honorable Juez, acoger la **Resolución 1885 de 2018** "sobre tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y servicios complementarios, **Resolución 2273 de 2021** "por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud" y **Resolución 2292 de 2021** "por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de Salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación UPC - Plan de Beneficios en Salud), quedó claro que la informalidad de la tutela no justifica el que los ciudadanos recurran a ella con el único propósito de conjurar una situación que consideran, a través de conjeturas, podría ocasionar un perjuicio.

Indudable, ante un *fallo extrapetita*, **SE DENIEGUE LA SOLICITUD DE ATENCION INTEGRAL**, la cual hace referencia a servicios futuros e inciertos que no han sido siquiera prescritos por los galenos tratantes y se anticipa una supuesta prescripción, cuando pueden resultar aun en servicios que no son competencia de la EPS, como los no financiados por los recursos de la UPC.; no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera, es presumir la mala actuación por adelantado, máxime que no han sido ordenados por la *lex artis* de los médicos

Por último y no menos importante, en cuanto a la solicitud de transporte en taxi y viáticos (no requiere transporte medicalizado), no se evidencia solicitud médica especial de transporte referida por los galenos. conforme lo anterior, es improcedente tutelar dicho Derecho cuando no se está violentando los respectivos y mucho menos, no se evidencia radicación en el sistema de salud en cuanto a transportes ordenados por la *lex artis* de los médicos.

Nueva EPS conforme a las normas legales vigentes que se citaron anteriormente y a la jurisprudencia de las altas Cortes, atendiendo a los mandatos y directrices trazadas por el Ministerio de Salud y Protección Social y en calidad de aseguradora, tiene claro que los recursos destinados a salud, solamente pueden y deben ser utilizados en servicios de salud, y que estos servicios deben de ser suministrados a los pacientes toda vez que la iniciativa o mandato nazca del concepto del médico tratante por ser este el conocedor del estado clínico del paciente, y aun así siempre se le brindará al médico el apoyo científico de otros especialistas de las mismas calidades a fin de garantizar la alta efectividad y la calidad de los tratamientos médicos.

Finalmente es importante mencionar que Nueva EPS continuará brindando los servicios médicos generales y especializados a la Afiliada, dentro del marco de lo dispuesto por el Sistema de Seguridad Social en Salud que requiera acorde a su patología y conforme al criterio de los profesionales de la salud tratantes, como hasta ahora lo ha hecho.

Con fundamento en lo anterior, se solicita respetuosamente a ese Despacho, declarar que Nueva EPS no ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales de la Afiliada invocados, en consideración a las razones legales expuestas y, en consecuencia, se ordene su desvinculación de este trámite de tutela.

PETICIONES

En consideración de lo discurrido, y con base en los postulados legales y jurisprudenciales que se dejaron extractados, me permito efectuar las peticiones que a continuación se exponen:

PRINCIPAL:

PRIMERA: Que se **DENIEGUE POR IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela contra **NUEVA EPS S.A**, relíevase, según la hermenéutica autorizada de la Honorable Corte Constitucional, citada en este trasegar jurídico, es deber del Honorable Juez, acoger la **Resolución 1885 de 2018** "sobre tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y servicios complementarios, **Resolución 2273 de 2021** "por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud" y **Resolución 2292 de 2021** "por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de Salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación UPC - Plan de Beneficios en Salud", quedó claro que la informalidad de la tutela no justifica el que los ciudadanos recurran a ella con el único propósito de conjurar una situación que consideran, a través de conjeturas, podría ocasionar un perjuicio.

SEGUNDA: Ante un *fallo extrapetita*, **SE DENIEGUE LA SOLICITUD DE ATENCION INTEGRAL**, la cual hace referencia a servicios futuros e inciertos que no han sido siquiera prescritos por los galenos tratantes y se anticipa una supuesta prescripción, cuando pueden resultar aun en servicios que no son competencia de la EPS, como los no financiados por los recursos de la UPC.; no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera, es presumir la mala actuación por adelantado, máxime que no han sido ordenados por la *lex artis* de los medicos

TERCERA: En cuanto a la solicitud de transporte, viáticos, alimentación, hospedaje, no se evidencia solicitud médica especial de transporte referida por los galenos. conforme lo anterior, es improcedente tutelar dicho derecho fundamental cuando no se está violentando los respectivos y mucho menos, no se evidencia radicación en el sistema de salud en cuanto a transportes ordenados por la *lex artis* de los medicos

GASTOS DE ALIMENTACION.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA – SALA CIVIL FAMILIA, con ponencia de la Dra. CLAUDIA YOLANDA RODRIGUEZ RODRIGUEZ en sentencia de tutela del 31 de mayo de 2017:

*"referente a la **alimentación** independiente del lugar donde se encuentre el paciente y su acompañante – en caso de ser necesario -, estos deben proveer su **alimentación**, dado que nada tiene que ver ésta con la prestación del servicio a la salud del afiliado, teniendo en cuenta que dichos gastos son del resorte personal y uso diario, no derivados con ocasión al servicio médico que requiera en el lugar donde será remitido por el médico tratante para el control médico de su patología.....no siendo pertinente que tales servicios sean erogaciones que deban salir del patrimonio de la entidad prestadora de salud"* - Negrita fuera del texto.

Menester, TRANSPORTE PARA ASISTENCIA A CITAS MEDICAS Y VIATICOS PARA EL PACIENTE Y SU ACOMPAÑANTE al ser servicios que no se encuentran incluidos dentro del plan de beneficios en salud, sumado al hecho que el municipio de residencia del usuario no cuenta con UPC adicional, **no se evidencia solicitud médica especial de transporte referida por los galenos**, así mismo no se encuentra acreditado en el expediente el cumplimiento de los presupuestos y requisitos previstos por la Corte Constitucional para trasladar dichos gastos a las EPS, según los argumentos y preceptos legales mencionados anteriormente, y de forma especial en cuanto a los GASTOS DE ALIMENTACION, se acoja lo establecido por el TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA – SALA CIVIL FAMILIA, con ponencia de la Dra. CLAUDIA YOLANDA RODRIGUEZ RODRIGUEZ en sentencia de tutela del 31 de mayo de 2017 arriba reseñado.

CUARTA: En cuanto a la solicitud de suministro de **SERVICIO DE TRANSPORTE Y VIÁTICOS – TRATAMIENTO INTEGRAL, NO SE EVIDENCIA RADICACIÓN EN EL SISTEMA DE SALUD Y MUCHO MENOS ÓRDENES MÉDICAS RECIENTES DE GALENOS ADSCRITOS A LA RED DE NUEVA EPS.** Por lo tanto se requiere orden médica, formato de justificación e historia clínica para que sean radicados en la oficina de atención al

usuario para que el comité realice el análisis y trámite de aprobación. (llegado el caso de un fallo extrapetita)

SUBSIDIARIAS:

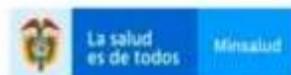
En caso de ser concedida, con el debido respeto se solicita **ADICIONAR** en la parte resolutive del fallo, en el sentido de **FACULTAR** a la **NUEVA EPS S.A.**, y en virtud de la **Resolución 205 de 2020**, (por medio de la cual se establecieron unas disposiciones en relación al presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPC), se ordene a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES)**, reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de insumos.

RESPUESTA INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL NORTE DE SDER.

La entidad vinculada IDS N.S., mediante oficio No. 2393 de fecha 22 de abril de 2022, enviado vía mensaje de datos el mismo día a la 1:46 p.m. y suscrito por la profesional universitario del caso, procedió a dar respuesta al requerimiento efectuado por el despacho, el cual se transcribe en los siguientes términos:

“ANTECEDENTES

Manifiesta la accionante que presenta diagnóstico PROBLEMAS VISUALES; su médico tratante le ordena ecografía Doppler de vasos venosos de miembros inferiores; razón por la cual solicita a LA NUEVA EPS, SE AUTORICE LA ECOGRAFIA DOPPLER DE VASOS VENENOSOS DE MIEMBROS INFERIORES; AUTORIZAR VIATICOS INTERGALES, TRANSPORTE INTERMUNICIPAL, URBANO, ALOJAMIENTOS, ALIMENTACION, PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE PARA DESPLAZARSE A CIUDADES DIFERENTES A SU LUGAR DE RESIDENCIA DONDE DEBE ACUDIR A CITAS MEDICAS, TRATAMIENTOS Y DEMAS PROCEDIMIENTOS ORDENADOS POR SU MEDICO TRATANTE; SE BRINDE ATENCION INTEGRAL EN SALUD.



ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES

Información de Afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud

Resultados de la consulta:

Información Básica del Afiliado:

COLUMNA	VALOR
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	CC
NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN	37249588
NOMBRES	MARIA OLINDA
APELLIDOS	FONCE QUINTERO
FECHA DE NACIMIENTO	31/12/1999
DEPARTAMENTO	NORTE DE SANTANDER
MUNICIPIO	PUERTO SANTANDER

Datos de afiliación:

ESTADO	ENTIDAD	REGIMEN	FECHA DE AFILIACIÓN (DIA/MES/AÑO)	FECHA DE PUBLICACIÓN DE LA AFILIACIÓN	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	NUEVA EPS S.A.	SUBSIDIADO	01/01/2016	31/12/1999	CABEZA DE FAMILIA

POSICION DE LA ENTIDAD VINCULADA

Cabe señalar que las disposiciones legales vigentes señalan que cuando un usuario está afiliado a una Entidad Prestadora de Servicios de Salud en el régimen subsidiado, es OBLIGACIÓN de la EPS prestar los servicios a través de su red prestadora de servicios o red alterna que tenga contratada para el efecto. El Instituto Departamental de Salud como ente territorial no presta servicios, pero en caso que lo ordenado sea un procedimiento no contemplado en el plan de beneficios, sigue siendo obligación de la EPS practicarlo y facturarle al ADRES que deberá asumir el costo.

Lo anterior con base a lo establecido en la ley 715 de 2001, artículo 42, numeral 42.24, el cual dispuso: “ Financiar, verificar, controlar y pagar servicios y tecnologías en salud no financiadas con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. La verificación, control y pago de las cuentas que soportan los servicios y tecnologías de salud no financiados con recursos de la UPC de los afiliados al Régimen Subsidiado prestados a partir del 1° de enero de 2020 y siguientes, estará a cargo de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES), de conformidad con los...

Así las cosas, para efectos del cobro de los servicios prestados, Las Administradoras de Planes de Beneficios que tienen afiliados al régimen subsidiado de salud presentarán ante la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES), los documentos que establezca dicha entidad para el cobro, los cuales deberán ser consulados por la entidad promotora ante ADRES vía portal <https://www.adres.gov.co> y/o a través de las diferentes líneas de atención.

PETICIONES

Por todo lo anterior de la manera más respetuosa se solicita al señor Juez de instancia se acceda a las siguientes pretensiones:

Primero: Se excluya de responsabilidad legal al INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD, tomando en consideración que la responsabilidad es de LA NUEVA EPS y eventualmente de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES), conforme a lo expuesto en las consideraciones.

Segundo: Se ORDENE a La NUEVA EPS como entidad prestadora de servicios de salud del régimen subsidiado (EPSs) en la que se encuentra afiliado MARIA OLINDA FONCE QUINTERO y en consecuencia asuma los insumos de salud que requiere su afiliado para el manejo de la patología, tal como es su competencia u obligación legal.

Tercero: Vincular a la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES), para que atienda la presente conforme se requiera.

RESPUESTA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

La entidad integrada ADRES, mediante memorial sin fecha y enviado vía mensaje de datos el día 20 de abril de los corrientes, a las 4:36 p.m. y suscrito por uno de los abogados debidamente acreditado y perteneciente a la oficina jurídica de dicha entidad, procedió a dar respuesta al requerimiento efectuado por el despacho, el cual se transcribe en los siguientes términos:

“1. ANTECEDENTES

De la lectura de la acción de tutela de la referencia, se puede concluir que la accionante, solicita el amparo de los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y a la vida, en condiciones dignas, presuntamente vulnerados por la entidad accionada, quien no ha realizado la prestación de servicios de salud en las condiciones de normalidad.

2. MARCO NORMATIVO

2.1. DE LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 y atendiendo lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 546 de 2017, me permito informarle que a partir del día primero (01) de agosto del año 2017, entró en operación la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud - FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). En consecuencia, a partir de la entrada en operación de la ADRES, y según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, debe entenderse suprimido el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, y con este la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social -DAFPS del Ministerio de Salud y Protección Social tal como señala el artículo 5 del Decreto 1432 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 547 de 2017 y que cualquier referencia hecha a dicho Fondo, a las subcuentas que lo conforman o a la referida Dirección, se entenderán a nombre de la nueva entidad quien hará sus veces, tal como lo prevé el artículo 31 del decreto 1429 de 2016. Finalmente, es preciso indicar que la ADRES cuenta con la página web: <http://www.adres.gov.co/>, en la cual puede consultarse todo lo relacionado con su operación, su domicilio para todos los efectos legales es la Avenida Calle 26 No. 69-76 piso 17, Edificio Elemento en Bogotá D.C. y su correo electrónico para notificaciones judiciales es: notificaciones.judiciales@adres.gov.co.

2.2. DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS.

2.2.1. Derecho a la salud y a la seguridad social. El artículo 49 de la Constitución Política consagra el derecho a la Salud así: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.”

En desarrollo del mandato constitucional se expidió la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de la Salud, cuyo objeto es “garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección” y de conformidad con el literal i) del artículo 5 de la enunciada ley, el Estado tiene el deber de adoptar regulaciones y políticas indispensables de los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para garantizar el acceso efectivo a los servicios de salud que requiere la población.

Así mismo, cabe precisar que en su artículo 8 trae a colación el principio de integralidad, el cual dispone que los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa, indiferentemente del origen de la enfermedad o condición de salud, del cubrimiento o financiación definido por el legislador.

2.2.2. Vida digna / dignidad humana. La H. Corte Constitucional ha reconocido que el Derecho a la vida, constituye el sustento y razón de ser para el ejercicio y goce de los restantes derechos, establecidos tanto en la Constitución como en la ley; con lo cual se convierte en la premisa mayor e indispensable para que cualquier persona natural se pueda convertir en titular de derechos u obligaciones.

Pero así mismo, en abundante jurisprudencia dicha Corporación ha sostenido que el derecho a la vida reconocido por el constituyente, no abarca únicamente la posibilidad de que el ser humano exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que conlleva a que esa existencia deba entenderse a la luz del principio de la dignidad humana, reconocido en el artículo 1° de la Carta como principio fundamental e inspirador de nuestro Estado Social de Derecho. En sentencia SU-062/99, el Alto Tribunal Constitucional precisó lo siguiente:

“Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano”.

Desarrollando los conceptos anteriores, la jurisprudencia constitucional en torno del derecho a la vida ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones mínimas de una vida en dignidad.

Así las cosas, la efectividad del derecho fundamental a la vida, sólo se entiende bajo condiciones de dignidad, lo que comporta algo más que el simple hecho de existir, porque implica unos mínimos vitales, inherentes a la condición del ser humano, y, dentro de esos mínimos, que posibilitan la vida de un individuo.

2.2.3. Derecho a la vida. “El derecho fundamental a la vida, cuya existencia se limita a constatar la Carta Política, es el más valioso de los bienes que se reconoce a todo individuo de la especie humana, y el sustrato ontológico de la existencia de los restantes derechos.

En consonancia con lo anterior, que el derecho a la vida “no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna” por lo tanto, no solo transgrede el derecho a la vida las actuaciones u omisiones que ponen en riesgo la vida, sino también las situaciones que hacen la existencia insoportable.¹⁴

2.3. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA. La H. Corte Constitucional se pronunció sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva en Sentencia T-519 de 2001, en los siguientes términos: "(...) cuando del trámite procesal se deduce que el demandado no es responsable del menoscabo de los derechos fundamentales del actor, no puede, bajo ninguna circunstancia, concederse la tutela en su contra. La legitimación por pasiva de la acción de tutela se rompe cuando el demandado no es el responsable de realizar la conducta cuya omisión genera la violación, o cuando no es su conducta la que inflige el daño".

Igualmente, en Sentencia T-1001 de 2006 reiterando lo expuesto por la Corporación en la Sentencia T-416 de 1997, adujo que la legitimación en la causa es un presupuesto fundamental de la sentencia por cuanto otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie de fondo sobre los hechos y pretensiones de la demanda, dándole también la oportunidad al demandado para controvertir lo reclamado, por lo tanto la legitimación en la causa es una calidad subjetiva de la partes y cuando estas carecen de este atributo, el juez no podrá adoptar una decisión de fondo.

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

En desarrollo de lo anterior, el artículo 179 de la Ley 100 de 1993, dispone que: “(...) Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las Entidades Promotoras de Salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos (...)”. Frente al aseguramiento en salud de sus afiliados, la Ley 1122 del 2007 en su artículo 14, estipula:

“Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

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

Por otra parte, es preciso agregar que, de cara a la oportunidad de la atención de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el numeral segundo del artículo 2.5.1.2.1 del Decreto 780 de 2016, establece como una de las características del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SOGCS, la siguiente: “

(...) 2. Oportunidad. Es la posibilidad que tiene el usuario de obtener los servicios que requiere, sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o su salud. Esta característica se relaciona con la organización de la oferta de servicios en relación con la demanda y con el nivel de coordinación institucional para gestionar el acceso a los servicios.”

Así las cosas, es necesario hacer énfasis en que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación del servicio de salud de a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud

con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

2.5. MECANISMOS DE FINANCIACIÓN DE LA COBERTURA INTEGRAL PARA EL SUMINISTRO DE SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD.

Actualmente, el Sistema de Seguridad Social en Salud prevé distintos mecanismos de financiación para el suministro de servicios y tecnologías en salud, entre ellos se tienen los siguientes:

UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN - UPC	PRESUPUESTOS MÁXIMOS	SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD NO FINANCIADOS CON RECURSOS DE LA UPC Y DEL PRESUPUESTO MÁXIMO
Servicios y tecnologías con cargo a los recursos de la Unidad de Pago por Capitación – UPC. Los servicios de salud con cargo a la UPC se encuentran contemplados expresamente en la Resolución 3512 de 2019 y sus anexos.	Servicios y tecnologías asociadas a una condición de salud que no son financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación – UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Estos servicios de salud con cargo al presupuesto máximo se encuentran determinados en el artículo 5° de la Resolución 205 de 2020.	Servicios y tecnologías en salud susceptibles de ser financiados con recursos diferentes a la UPC y con el presupuesto máximo. El reconocimiento y pago del suministro de los servicios que prevé la Resolución 2152 de 2020 dependerá de un proceso de verificación y control a cargo de la ADRES.

2.5.1. SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD FINANCIADOS CON CARGO A LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN – UPC.

De conformidad con el artículo 2 de la Ley 4107 de 2011, modificado y adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012, es competencia del Ministerio de Salud y Protección Social actualizar el Plan de Beneficios de Salud, y así como también definir y revisar el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de este plan, cuyo cumplimiento insistió la H. Corte Constitucional dentro de la orden décimo-octava de la Sentencia T-760 de 2008.

En ese sentido, el artículo 25 de la Ley 1438 de 2011 estableció que el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC deberá actualizarse una vez cada dos años atendiendo a determinados criterios relacionados con el perfil epidemiológico y la carga de la enfermedad de la población, la disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos no contemplados dentro del mencionado plan.

Dicha actualización fue realizada por medio de las Resoluciones 5269 de 2017, 5857 de 2018 y actualmente la Resolución 3512 de 2019 mediante la cual cambio la denominación de Plan de Beneficios de Salud a Mecanismos de Protección Colectiva³, en donde determinó un esquema de aseguramiento y definió los servicios y tecnologías de salud financiados con los recursos de la Unidad de Pago por Capitación – UPC que deberán ser garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) o las entidades que hagan sus veces.

Esta resolución contempla tres (3) anexos en los cuales se definen, el listado de medicamentos, procedimientos en salud y procedimientos de laboratorio clínico financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación – UPC, estos están caracterizados de la siguiente manera:

Artículo 6. Descripción de servicios y procedimientos financiados con recursos de la UPC. Los servicios y procedimientos contenidos en el presente acto administrativo, de conformidad con las normas vigentes, se describen en términos de la Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS) y se consideran financiadas con recursos de la UPC todas las tecnologías en salud (servicios y procedimientos), contenidos en el articulado; así como en los Anexos Nos. 2 y 3 del presente acto administrativo.

Parágrafo 1. Para el Anexo 2 "Listado de Procedimientos en salud financiados con recursos de la UPC", se consideran incluidas en esta financiación, todas las subcategorías que conforman cada una de las categorías contenidas en el mismo, salvo aquellas referidas como no financiadas en la nota aclaratoria y las que corresponden a un ámbito diferente al de salud.

Parágrafo 2. Para el Anexo 3 "Listado de Procedimientos de Laboratorio Clínico financiados con recursos de la UPC", se describen en términos de subcategorías de la Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS).

En lo que respecta a la cobertura de medicamentos, es preciso indicar que su alcance se ha establecido en el artículo 38 la Resolución 3512 de 2019, la cual dispone que "(...) Los medicamentos contenidos en el Anexo 1 "Listado de Medicamentos financiados con recursos de la UPC", al igual que otros que también se consideren financiados con dichos recursos de la UPC, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 129 de la presente resolución, deben ser garantizados de manera efectiva y oportuna por las EPS o las entidades que hagan sus veces (...)."

Con el fin de facilitar su aplicación el Anexo 1 "Listado de Medicamentos financiados con recursos de la UPC", establece la clasificación de formas farmacéuticas, vía de administración, estado y forma de liberación del principio activo, para que sean tenidas en cuenta al momento de que las EPS o quien haga sus veces sean apliquen el listado de medicamentos financiados con recursos de la UPC.

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

2.5.2. PRESUPUESTO MÁXIMO PARA LA GESTIÓN Y FINANCIACIÓN DE LOS SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD NO FINANCIADOS CON CARGO A LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN – UPC.

Mediante el artículo 240 de la Ley 240 de la Ley 1955 de 20194 se estableció el mecanismo de los presupuestos máximos a través del cual se asigna un presupuesto anual a las EPS, que es transferido por la ADRES para que las entidades promotoras de salud garanticen a sus afiliados la prestación de servicios y tecnologías no financiados con los recursos de la Unidad de Pago por Capitación – UPC.

El Ministerio de Salud y Protección Social en ejercicio de sus atribuciones conferidas por la ley, reglamentó el mecanismo de presupuesto máximo por medio de las Resoluciones 205 y 206 de 17 de febrero 2020 y dispuso que entraría en aplicación a partir del 1 de marzo de 2020.

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

En cuanto a los servicios y tecnologías que se encuentran financiados con cargo al presupuesto máximo, el artículo 5° de la Resolución 205 de 2020 establece que “...El presupuesto máximo transferido a cada EPS o EOC financiará los medicamentos, APME, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud que se encuentren autorizadas por autoridad competente del país, no se encuentren financiado por la UPC, ni por otro mecanismo de financiación y que no se encuentren excluidos de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y cumplan las condiciones establecidas en el presente acto administrativo”.

Se tiene entonces que, se consideran financiados con cargo al presupuesto máximo, los medicamentos, procedimientos, alimentos para propósitos médicos especiales – APME señalados expresamente en el artículo 5° de la referida resolución y los servicios complementarios suministrados en cumplimiento de órdenes judiciales.

Por su parte, de conformidad con el artículo 4 de la Resolución 2067 de 2020, en concordancia con lo previsto en el artículo 14 de la Resolución 205 de 2020, durante los primeros días de cada mes, la ADRES realizará el giro a las EPS y EOC de los recursos que por concepto de presupuesto máximo les corresponda, con la finalidad de garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios y tecnologías en salud no financiados con la UPC que se presten a partir del 1° de marzo de 2020.

El Ministerio de Salud y Protección Social determinará el valor de los presupuestos máximos para la respectiva vigencia y el giro por concepto de presupuesto máximo se realizará

mediante transferencia electrónica a la cuenta bancaria que la EPS o EOC hayan registrado ante la Dirección de Gestión de los Recursos Financieros de Salud de la ADRES.

Finalmente, el artículo 4 de la Resolución 205 de 2020 establece los deberes de las EPS o EOC para garantizar el acceso a los medicamentos, APME, procedimientos y servicios complementarios financiados con cargo al presupuesto máximo, entre ellos se resaltan los siguientes:

1. Garantizar de forma integral los servicios y tecnologías en salud financiados con recursos de la UPC como también el suministro de medicamentos, APME, procedimientos y servicios complementarios con cargo al presupuesto máximo.
2. La prestación de los servicios y tecnologías en salud debe ser garantizada de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua de acuerdo con el criterio del médico tratante, absteniéndose de limitar, restringir o afectar el acceso a los servicios y tecnologías en salud.
3. Las EPS y EOC deben administrar, organizar, gestionar y prestar directamente o a través de su red de prestadores de servicios el conjunto de servicios y tecnologías en salud financiados con recursos de la UPC y el presupuesto máximo, considerando para el pago la respectiva fuente de financiación.
4. Realizar el seguimiento, monitoreo y auditoría a su red prestadora de servicios de salud para garantizar la atención integral de sus afiliados.
5. Garantizar todos los dispositivos o insumos médicos, necesarios e insustituibles para la prestación adecuada de los servicios de salud con cargo al presupuesto máximo.

2.5.3. SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS NO FINANCIADOS CON LOS RECURSOS DE LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN – UPC Y CON EL PRESUPUESTO MÁXIMO.

El párrafo del artículo 9 de la Resolución 205 de 2020 señaló que los servicios y tecnologías en salud susceptibles de ser financiados con recursos diferentes a la UPC y con el presupuesto máximo, continúan siendo garantizados por las EPS O EOC a los afiliados bajo el principio de integralidad de la atención y su liquidación, reconocimiento y pago, cuando proceda, se efectuará de acuerdo con un proceso de verificación y control dispuesto por la ADRES.

Como consecuencia de lo anterior, la Resolución 2152 de 2020 estableció el proceso de verificación, control y pago de algunos de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a la UPC ni con el presupuesto máximo, estos servicios se encuentran señalados en artículo 4 del citado acto administrativo de la siguiente manera:

(...)

1. Los medicamentos clasificados por el INVIMA como vitales no disponibles y que no tengan establecido un valor de referencia.
2. Nuevas entidades químicas que no tengan alternativa terapéutica respecto a los medicamentos existentes en el país o que representen una alternativa terapéutica superior a una tecnología financiada con cargo a los presupuestos máximos.
3. El medicamento que requiera la persona que sea diagnosticada por primera vez con una enfermedad huérfana durante la vigencia del presupuesto máximo, conforme a lo

establecido en los artículo 9 y 10 de la Resolución 205 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social.

4. Los procedimientos en salud nuevos en el país.

Por último, a partir del artículo 21 de la citada resolución, se encuentran los requisitos para la procedencia del pago de los servicios y tecnologías en salud no financiados con el presupuesto máximo, el proceso de calidad, la comunicación de los resultados, la objeción y subsanación del reporte generado, el giro de los recursos y los plazos establecidos para tal efecto.

3. CASO CONCRETO

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

Sin perjuicio de lo anterior, en atención al requerimiento de informe del H. Despacho, es preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que 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.

3.2. ACERCA DE LA EXTINTA FACULTAD DE RECOBRO

Por otra parte, en este tipo de casos se suele solicitar equivocadamente que la ADRES financie los servicios no cubiertos por la UPC, o que el Juez de tutela la faculte para recobrar ante esta entidad los servicios de salud suministrados; por ello, en este momento procesal se debe traer a colación la Resolución 094 de 2020 la cual establece lineamientos sobre los servicios y tecnologías financiados por la UPC, en concordancia con el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019, el cual reza lo siguiente:

ARTÍCULO 231. COMPETENCIAS EN SALUD POR PARTE DE LA NACIÓN. Adiciónese el numeral 42.24 al artículo 42 de la Ley 715 de 2001, así:

42.24. Financiar, verificar, controlar y pagar servicios y tecnologías en salud no financiadas con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. La verificación, control y pago de las cuentas que soportan los servicios y tecnologías de salud no financiados con recursos de la UPC de los afiliados al Régimen Subsidiado prestados a partir del 1 de enero de 2020 y siguientes, estará a cargo de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES), de

conformidad con los lineamientos que para el efecto expida el Ministerio de Salud y Protección Social.

Si bien la ADRES es la encargada de garantizar al adecuado flujo de recursos de salud, específicamente de la financiación de los servicios no financiados por la UPC, el anterior artículo se debe interpretar con el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, el cual estableció el mecanismo de financiación denominado "PRESUPUESTO MÁXIMO", cuya finalidad es que los recursos de salud se giren ex ante a la prestación de los servicios, para que las EPS presten los servicios de salud de manera integral, veamos:

ARTÍCULO 240. EFICIENCIA DEL GASTO ASOCIADO A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO Y TECNOLOGÍAS NO FINANCIADOS CON CARGO A LOS RECURSOS DE LA UPC. Los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). El techo o presupuesto máximo anual por EPS se establecerá de acuerdo a la metodología que defina el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual considerará incentivos al uso eficiente de los recursos. En ningún caso, el cumplimiento del techo por parte de las EPS deberá afectar la prestación del servicio. Lo anterior, sin perjuicio del mecanismo de negociación centralizada contemplado en el artículo 71 de la Ley 1753 de 2015.

En todo caso, las Entidades Promotoras de Salud (EPS) considerarán la regulación de precios, aplicarán los valores máximos por tecnología o servicio que defina el Ministerio de Salud y Protección Social y remitirán la información que este requiera. La ADRES ajustará sus procesos administrativos, operativos, de verificación, control y auditoría para efectos de implementar lo previsto en este artículo.

PARÁGRAFO. Las EPS podrán implementar mecanismos financieros y de seguros para mitigar el riesgo asociado a la gestión de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a los recursos de la UPC.

Así las cosas, a partir de la promulgación del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, reglamentado a través de la Resolución 205 de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos.

Por lo anterior, la nueva normativa fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente era objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las entidades promotoras de los servicios, por consiguiente, los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios y de

forma periódica, de la misma forma cómo funciona el giro de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

Lo anterior significa que la ADRES ya GIRÓ a las EPS, incluida la accionada, un presupuesto máximo con la finalidad de que la EPS suministre los servicios “no incluidos” en los recursos de la UPC y así, suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos para asegurar la disponibilidad de éstos cuyo propósito es garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

Adicionalmente, se informa al despacho que el parágrafo 6° del artículo 5.4 de la Resolución 205 de 2020, establece claramente que en cumplimiento de órdenes judiciales, los costos de los servicios de salud se deben cargar al presupuesto máximo, tal como se acredita a continuación:

“5.4 Servicios complementarios.

Parágrafo 6. Los servicios y tecnologías en salud suministrados en cumplimiento de órdenes judiciales. “

En ese sentido, el Juez de alzada debe abstenerse de pronunciarse sobre el reembolso de los gastos que se incurra en cumplimiento de la tutela de la referencia, ya que la normatividad vigente acabó con dicha facultad y al revivirla vía tutela, generaría un doble desembolso a las EPS por el mismo concepto, ocasionando no solo un desfinanciamiento al sistema de salud sino también un fraude a la ley.

4. SOLICITUD

Por lo anteriormente expuesto, se solicita al H. Despacho NEGAR el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia DESVINCULAR a esta Entidad del trámite de la presente acción constitucional.

Adicionalmente, se implora NEGAR cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS, en tanto los cambios normativos y reglamentarios ampliamente explicados en el presente escrito demuestran que los servicios, medicamentos o insumos en salud necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los Presupuestos Máximos; además de que los recursos son actualmente girados antes de cualquier prestación.

Por último, se sugiere al H. Despacho MODULAR las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto

existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.”

RESPUESTA ALCALDIA MUNICIPAL DE PUERTO SANTANDER N.S.

La entidad integrada ALCALDIA MUNICIPAL DE PUERTO SANTANDER N.S., mediante oficio ALPUS 127.22 de fecha 21 de abril de los corrientes, enviado el mismo día, vía mensaje de datos a las 3:15 p.m. y suscrito por la señora alcaldesa, procedió a dar respuesta al requerimiento efectuado por el despacho, el cual se transcribe en los siguientes términos:

FRENTE A LOS HECHOS

De la relación de los hechos expuestos por la señora **MARIA OLINDA FONCE QUINTERO**, identificada con la C.C. No. 37.249.566, la presente administración se atiene a lo que se pruebe dentro de la acción constitucional.

Igualmente, es necesario indicar que el respeto de las garantías de los ciudadanos es prioridad y baluarte de la política pública de Puerto Santander, por lo que no existe vulneración de derechos dentro de la presente acción constitucional, tornándose en la falta de legitimidad por pasiva al no existir algún nexo causal.

No obstante, frente a los requerimientos hechos por su Despacho me permito indicar:

- La señora **MARIA OLINDA FONCE QUINTERO**, identificada con la C.C. No. 37.249.566, **NO** posee algún beneficio económico a cargo de esa Entidad Territorial.
- La señora **MARIA OLINDA FONCE QUINTERO**, identificada con la C.C. No. 37.249.566, **NO** posee algún vínculo contractual laboral o civil con esa Entidad Territorial.
- Respecto de las personas que conforman el núcleo familiar de la señora **MARIA OLINDA FONCE QUINTERO**, identificada con la C.C. No. 37.249.566, quien reside en la **CALLE 18 N 2N 88 BARRIO VILLA TERESA**, me permito allegar la certificación expedida por el **SISBEN**.

FRENTE A LAS PRETENSIONES

Por lo anteriormente expuesto y de conformidad con lo enmarcado dentro del Ordenamiento Jurídico vigente, **NO** me opongo la petición de transporte por razón medica elevadas por la actora dentro de la presente acción, siendo la **NUEVA EPS – S**, el Ente responsable de garantizar dicho suministro en coordinación con el **INSITITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER**.

En consecuencia, solicito la **DESVINCULACION** de la presente acción constitucional por **CARECER DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA**, toda vez que no existe nexo causal.

MARCO JURIDICO

SOBRE LA FALTA DE LEGITIMINAD EN LA CAUSA POR PASIVA.

Dispone el artículo 10º del Decreto 2591 de 1.991 reglamentario de la acción de tutela:

“Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida en todo momento y lugar por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por si misma o a través de representante.

Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el defensor del pueblo y los personeros municipales”.

En relación con la falta de legitimidad por pasiva, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-416/97 M.P. José Gregorio Hernández, dijo lo siguiente:

"2.1. La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. **En resumen, la legitimación en la causa es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso.** Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inibido para fallar el caso de fondo.

La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material.

Si bien la tutela se establece por la Constitución como un proceso preferente y sumario, con ello no se quiso consagrar un instrumento judicial carente de garantías procesales, en donde la brevedad y celeridad procesal sirvan de excusa para desconocer los derechos de las partes o de los terceros, de manera que, en dicho proceso, como en cualquier otro, el juez debe lograr que la actuación se surta sin vulnerar los principios de legalidad y contradicción.

La identificación cabal del demandado es una exigencia que tanto la Constitución como del decreto 2591 de 1991 avalan. Según aquélla, la acción de tutela se promueve contra autoridad pública y, en ciertos casos, contra los particulares por la acción u omisión que provoque la violación de los derechos fundamentales de las personas, y lo mismo señala el segundo estatuto." (Negrilla fuera de Texto)

Y más adelante, en sentencia T-519 de 2.001 M.P. Clara Inés Vargas esta misma Corporación anotó que:

"... cuando del trámite procesal se deduce que el demandado no es responsable del menoscabo de los derechos fundamentales del actor, no puede, bajo ninguna circunstancia, concederse la tutela en su contra. La legitimación por pasiva de la acción de tutela se rompe cuando el demandado no es el responsable de realizar la conducta cuya omisión genera la violación, o cuando no es su conducta la que inflige el daño."

PRETENSIONES

Con el lleno de los requisitos de ley y enmarcado dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, me permito muy comedidamente solicitar:

PRIMERO: DECLARAR que la Alcaldía Municipal de Puerto Santander **NO** ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora **MARIA OLINDA FONCE QUINTERO**, identificada con la C.C. No. 37.249.566, por lo expuesta en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción constitucional de la referencia en contra de la **ALCALDIA MUNICIPAL DE PUERTO SANTANDER**, por carecer de legitimación en la causa para ser demandada, pues, desde nuestra perspectiva, no se encuentra demostrada el nexo causal entre la omisión y la vulneración alegada, por tanto, no puede endilgársele responsabilidad alguna.

RESPUESTA ESE HOSPITAL REGIONAL NORTE

La entidad integrada ESE HOSPITAL REGIONAL NORTE, mediante oficio HRN-GER-0074 de fecha 21 de abril de 2022, suscrito por la Gerente y enviado al despacho vía mensaje de datos el mismo día a las 10:19 a.m., procedió a dar respuesta al requerimiento efectuado por el despacho, el cual se transcribe en idénticos términos así:

1.- A la accionante, señora **MARIA OLINDA FONCE QUINTERO** se le prestaron servicios en la IPS Centro de Salud Puerto Santander de la ESE HOSPITAL REGIONAL NORTE, por lo que el medico tratante ordenó la siguiente ayuda diagnóstica:

"**ECOGRAFIA DOPPLER DE VASOS VENOSOS DE MIEMBROS INFERIORES**"

2.- Es importante aclarar que la IPS Centro de Salud Puerto Santander Hospital Tibú y todas las IPS de la ESE HOSPITAL REGIONAL NORTE, corresponden al primer nivel de complejidad, es decir, tienen habilitado (autorizado) por la autoridad competente –Minsalud- los servicios de la baja complejidad, esto es, ENFERMERÍA, MEDICINA GENERAL, ODONTOLOGÍA GENERAL, PSICOLOGÍA, SERVICIO DE URGENCIAS, TRANSPORTE ASISTENCIAL BÁSICO, LABORATORIO CLÍNICO, TAMIZACIÓN DE CÁNCER DE CUELLO UTERINO, ATENCIÓN DEL PARTO, PROTECCIÓN ESPECÍFICA, ATENCIÓN AL RECIÉN NACIDO, DETECCIÓN TEMPRANA, ALTERACIONES DEL CRECIMIENTO Y DESARROLLO (MENOR A 10 AÑOS), ALTERACIONES DEL DESARROLLO DEL JOVEN (DE 10 A 29 AÑOS), ALTERACIONES DEL EMBARAZO, DETECCIÓN TEMPRANA - ALTERACIONES EN EL ADULTO (MAYOR A 45 AÑOS), DETECCIÓN TEMPRANA - CÁNCER DE CUELLO UTERINO, DETECCIÓN TEMPRANA - CÁNCER SENO, DETECCIÓN TEMPRANA - ALTERACIONES DE LA AGUDEZA VISUAL, PROTECCIÓN ESPECÍFICA - VACUNACIÓN, PROTECCIÓN ESPECÍFICA - ATENCIÓN PREVENTIVA EN SALUD BUCAL, ATENCIÓN EN PLANIFICACIÓN FAMILIAR HOMBRES Y MUJERES- PROCESO ESTERILIZACIÓN-

En este orden de ideas y como la paciente requiere de un examen especializado denominado "ECOGRAFIA DOPPLER DE VASOS VENOSOS DE MIEMBROS INFERIORES", la cual debe ser autorizada por la EPS a la que se encuentre afiliada la accionante e igualmente ordenar su práctica en una IPS de mayor complejidad que tenga habilitado esta clase de exámenes.

Entonces, como la IPS Centro de Salud Puerto Santander y todas las demás IPS de la ESE HOSPITAL REGIONAL NORTE, que son del primer nivel de complejidad, dentro de sus

competencias pueden ordenar el examen especializado, pero no pueden ni las deben practicar por normas de habilitación, ello por su nivel de complejidad, toda vez que las especialidades corresponden al segundo, tercer y cuarto nivel de complejidad en salud, de tal manera no contamos ni con el personal ni con el equipamiento necesario para ello.

Es importante hacer claridad al señor Juez que los Niveles de complejidad en la atención en salud no son un invento ni un capricho de la suscrita, por el contrario, corresponden a linaje Constitucional, veamos:

1.- El ARTICULO 49. Modificado. A.L. 2/09, art. 1º. *La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.*

*Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, **por niveles de atención** y con participación de la comunidad".*

De otra parte es importante dar a conocer como están conformados los niveles de complejidad en salud, el Ministerio de Salud y Protección Social de antaño ha señalado su clasificación de la siguiente manera:

Baja complejidad: *Son aquellas instituciones que habilitan y acreditan en su mayoría servicios considerados de baja complejidad y se dedican a realizar intervenciones y actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, consulta médica y odontológica, internación, atención de urgencias, partos de baja complejidad y servicios de ayuda diagnóstica básicos (Exámenes de laboratorio básicos, Rayos X no especializados) en lo que se denomina primer nivel de atención (A este nivel de complejidad pertenece la IPS Centro de Salud El Tarra y todas las IPS de la ESE HOSPITAL REGIONAL NORTE).*

Mediana complejidad: *Son instituciones que cuentan con atención de las especialidades básicas como lo son pediatría, cirugía general, medicina interna, ortopedia y ginecobstetricia, con disponibilidad las 24 horas en internación y valoración de urgencias, además ofrecen servicios de consulta externa por especialista y laboratorios e imágenes diagnósticas de mayor complejidad, en lo que es el segundo nivel de atención.*

Alta complejidad: *Cuentan con servicios de alta complejidad que incluyen especialidades tales como neurocirugía, cirugía vascular, neumología, **Urología**, nefrología, dermatología, etc. con atención por especialista las 24 horas, consulta, servicio de urgencias, radiología intervencionista, medicina nuclear, unidades especiales como cuidados intensivos y unidad renal. Estas Instituciones con servicios de alta complejidad atienden el tercer nivel de atención, que incluye casos y eventos o tratamientos considerados como de alto costo en el POS.*

Así las cosas, en el presente caso, la IPS Centro de Salud Puerto Santander de la ESE HOSPITAL REGIONAL NORTE no pudo haber vulnerado el derecho fundamental a la salud de la accionante, toda vez que le ha prestado los servicios que tiene habilitados conforme al primer nivel de complejidad, pero como en el presente caso la paciente demanda servicios de salud ESPECIALIZADOS, debe acudir a su EPS para que los autorice y de esta forma garantizar la atención con su red prestadora de servicios.

En este orden de ideas, ruego, que no se tutele, por lo menos frente a la ESE HOSPITAL REGIONAL NORTE, el derecho fundamental solicitado por el accionante.

RESPUESTA IPS CLINICA SAN DIEGO

La entidad integrada IPS CLINICA SAN DIEGO, guardó absoluto silencio al requerimiento efectuado por el despacho, por lo que se presumirán como veraces los hechos deprecados por la parte actora, en conformidad con lo preceptuado en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

GESTION ADICIONAL ADELANTADA POR EL DESPACHO

Conforme a la respuesta emitida por la entidad integrada ALCALDIA MUNICIPAL DE PUERTO SANTANDER N.S., como la proferida por parte de la entidad accionada NUEVA

EPS, junto con sus anexos, en especial la FICHA ENCUESTA SISBEN, de fecha 17 de febrero de 2021, el despacho mediante auto de fecha 26 de abril de 2022, dispuso por secretaría lo siguiente:

1. Realizar comunicación con la accionante vía celular (3138556930), en las horas de la tarde del día de hoy, para que verifique, si conforme a la respuesta dada al despacho por la entidad accionada, fue atendida en el día de hoy 26 de abril de 2022, a las 7:00 a.m. en la IPS UBA-VHIONCO de la ciudad de Cúcuta, para la realización del examen médico materia de inconformidad y base de la presente acción.
2. Oficiar a la ALCALDIA MUNICIPAL DE PUERTO SANTANDER N.S., para que en el término de un (1) día, contado a partir del día siguiente al recibido de la respectiva comunicación, proceda a dar respuesta al despacho en cuanto a lo siguiente:
 - Si la señora NANCY CORTES FONCE, identificada con C.C. No. 1.126.427.143, posee algún beneficio económico a cargo de esa Entidad Territorial. En caso afirmativo, se sirva indicar en que consiste el mismo.
 - Si la señora NANCY CORTES FONCE, identificada con C.C. No. 1.126.427.143, posee algún vínculo contractual laboral o civil con esa Entidad Territorial. En caso afirmativo, se sirva indicar en que consiste el mismo.
 - El nombre, número de identificación, actividad económica, profesión u oficio, de las personas que conforman el núcleo familiar de la señora NANCY CORTES FONCE, identificada con C.C. No. 1.126.427.143.
3. A efectos de continuar en la averiguación de la capacidad económica de la accionante y su núcleo familiar, en relación con el estado de pobreza en que pueda estar incurso, consultar en el término de la distancia e incorporarlo al expediente de tutela, los resultados obtenidos de la web, respecto de lo siguiente:
 - Estado de afiliación en el SISTEMA INTEGRAL DE INFORMACION DE LA PROTECCION SOCIAL – SISPRO, de la señora NANCY CORTES FONCE, identificada con C.C. No. 1.126.427.143.
 - Grupo de clasificación en el SISBEN IV de la señora NANCY CORTES FONCE, identificada con C.C. No. 1.126.427.143.

Frente a lo anterior, la entidad integrada ALCALDIA MUNICIPAL DE PUERTO SANTANDER N.S., procedió a dar respuesta al requerimiento del despacho, mediante oficio ALPUS 138.22 de fecha 27 de abril de los corrientes, el cual fue enviado vía mensaje da datos, cuya transcripción de respuesta es la siguiente:

FRENTE AL REQUERIMIENTO DE INFORMACION ADICIONAL

De la relación de los hechos expuestos por la señora MARIA OLINDA FONCE QUINTERO identificada con C.C. 13.506.782, la presente administración se atiene a lo que se prueba dentro de la acción constitucional.

Igualmente, es necesario indicar que el respeto de las garantías de los ciudadanos es prioridad y baluarte de la política pública de Puerto Santander, por lo que no existe vulneración de derechos dentro de la presente acción constitucional, tornándose en la falta de legitimidad por pasiva al no existir algún nexo causal.

No obstante, frente a los requerimientos hechos por su Despacho me permito indicar:

- La señora NANCY CORTES FONCE, identificada con C.C. No. 1.126.427.143, NO posee algún beneficio económico a cargo de esa Entidad Territorial.
- La señora NANCY CORTES FONCE, identificada con C.C. No. 1.126.427.143, NO posee algún vínculo contractual laboral o civil con esa Entidad Territorial. Por lo que allego la respectiva certificación.
- Respecto de las personas que conforman el núcleo familiar de la señora NANCY CORTES FONCE, identificada con C.C. No. 1.126.427.143, quien reside en la CALLE 18 # 2N-68 BARRIO VILLA TERESA, me permito allegar la certificación expedida por el SISBEN.

FRENTE A LAS PRETENSIONES

Por lo anteriormente expuesto y de conformidad con lo enmarcado dentro del Ordenamiento Jurídico vigente, NO me opongo la petición de transporte por razón medica elevadas por la actora dentro de la presente accion, siendo la EPS NUEVA EPS. el Ente responsable de garantizar dicho suministro en coordinación con el INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER.

En consecuencia, solicito la DESVINCULACION de la presente accion constitucional por CARECER DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, toda vez que no existe nexo causal.

MARCO JURIDICO

SOBRE LA FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA.

Dispone el artículo 10° del Decreto 2591 de 1.991 reglamentario de la acción de tutela:

"Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida en todo momento y lugar por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por si misma o a través de representante.

Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el defensor del pueblo y los personeros municipales".

En relación con la falta de legitimidad por pasiva, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-416/97 M.P. José Gregorio Hernández, dijo lo siguiente:

"2.1. La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. En resumen, la legitimación en la causa es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.

La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material.

Si bien la tutela se establece por la Constitución como un proceso preferente y sumario, con ello no se quiso consagrar un instrumento judicial carente de garantías procesales, en donde la brevedad y celeridad procesal sirvan de excusa para desconocer los derechos de las partes o de los terceros, de manera que, en dicho proceso, como en cualquier otro, el juez debe lograr que la actuación se surta sin vulnerar los principios de legalidad y contradicción.

La identificación cabal del demandado es una exigencia que tanto la Constitución como del decreto 2591 de 1991 avalan. Según aquélla, la acción de tutela se promueve contra autoridad pública y, en ciertos casos, contra los particulares por la acción u omisión que provoque la violación de los derechos fundamentales de las personas, y lo mismo señala el segundo estatuto.¹¹. (Negrilla fuera de Texto)

Y más adelante, en sentencia T-519 de 2.001 M.P. Clara Inés Vargas esta misma Corporación anotó que:

"... cuando del trámite procesal se deduce que el demandado no es responsable del menoscabo de los derechos fundamentales del actor, no puede, bajo ninguna circunstancia, concederse la tutela en su contra. La legitimación por pasiva de la acción de tutela se rompe cuando el demandado no es el

responsable de realizar la conducta cuya omisión genera la violación, o cuando no es su conducta la que inflige el daño."

PRETENSIONES

Con el lleno de los requisitos de ley y enmarcado dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, me permito muy comedidamente solicitar:

PRIMERO: DECLARAR que la Alcaldía Municipal de Puerto Santander no ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora **MARIA OLINDA FONCE QUINTERO** identificada con C.C. 13.506.782 ni los de la señora **NANCY CORTES FONCE**, identificada con C.C. No. 1.126.427.143, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción constitucional de la referencia en contra de la **ALCALDIA MUNICIPAL DE PUERTO SANTANDER**, por carecer de legitimación en la causa para ser demandada, pues, desde nuestra perspectiva, no se encuentra demostrada el nexo causal entre la omisión y la vulneración alegada, por tanto, no puede endilgársele responsabilidad alguna.

En igual sentido, el secretario del despacho, procedió a expedir constancia secretarial de fecha 28 de abril de 2022, indicando lo que se transcribe a continuación en idénticos términos:

RAD. 2022-0014 – ACCION DE TUTELA

CONSTANCIA SECRETARIAL: Hago constar, que en cumplimiento a lo ordenado por el despacho mediante los autos de fecha 19 y 26 de abril de los corrientes, no fue posible consultar la información en el PORTAL SISPRO – RUAF del MINSALUD, por cuanto la página web de dicho portal a la fecha y desde el día 26 de abril de 2022, arroja el mensaje de "Esta página no funciona". De igual forma, me permito indicar que en conversación sostenida con la accionante a través de su número celular 3138556930 para dar cumplimiento a lo ordenado por el titular del despacho mediante el auto de fecha 26 de abril hogaño, ésta me manifestó que a través de la IPS VIHONCO de la ciudad de Cúcuta, le practicaron el examen médico denominado ECOGRAFIA DOPPLER DE VASOS VENOSOS DE MIEMBROS INFERIORES.

PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

Conforme a la situación fáctica narrada por la accionante, junto con los medios de prueba virtuales aportados y en atención a las respuestas dadas tanto por la entidad accionada como por las entidades integradas, junto con los documentos adjuntos y de acuerdo a la gestión adicional adelantada por el despacho, la cual se sustenta en la constancia secretarial respectiva, se debe afirmar que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si le asiste a la entidad accionada, la obligación de autorizar o no, el examen médico especializado y denominado **“ECOGRAFÍA DOPPLER DE VASOS VENOSOS DE MIEMBROS INFERIORES”**, como el suministro de los gastos de transporte y alojamiento para la accionante como para un acompañante, a fin de cumplir con las citas médicas, las intervenciones, las valoraciones y la práctica de los exámenes necesarios, que sean ordenados por sus médicos tratantes y que se deban ejecutar en un municipio distinto al de su domicilio ubicado en el Municipio de Puerto Santander N.S.

CONSIDERACIONES

En lo que atañe al ejercicio de la acción de tutela, la misma está contemplada en el artículo 86 de la Carta Política, por lo que tenemos que, su finalidad se circunscribe a la protección inmediata y eficaz de los denominados derechos fundamentales enunciados en el Título II, Capítulo I de la Carta Magna, en los Tratados y convenios internacionales debidamente aprobados por el Gobierno Colombiano y en aquellos cuya naturaleza se circunscriben a la esencia de la persona en sí.

Tal como se deriva de los hechos asomados por la accionante y transcritos anteriormente y a fin de proceder a resolver el problema jurídico planteado, tenemos que, el quid del asunto se centra en determinar, si a la fecha, la entidad accionada no le ha autorizado a la accionante, la realización del examen médico denominado **“ECOGRAFÍA DOPPLER DE VASOS VENOSOS DE MIEMBROS INFERIORES”**, para lo cual en razón a que la entidad accionada en su ejercicio constitucional y legal, al derecho de defensa y/o contradicción que le asistía, procedió a informar al despacho que dicho procedimiento se llevaría a cabo el pasado 26 de abril de 2022 a las 7:00 a.m. en las instalaciones de la IPS UBA VIHONCO con domicilio en la ciudad de Cúcuta, de lo cual se le informó a la accionante a través de su número celular 3138556930, fue que este despacho judicial a través de la secretaría procedió a contactar a la accionante a fin de verificar si el citado procedimiento se llevó a cabo, encontrándose que el mismo 26 de abril de los corrientes, la accionante le comunicó vía celular al secretario del Juzgado tal cual obra en la constancia secretarial dentro del expediente virtual, que de manera efectiva se le había realizado la **ECOGRAFÍA DOPPLER DE VASOS VENOSOS DE MIEMBROS INFERIORES**, lo que desde ya debe afirmarse, la existencia de la configuración del hecho superado por la carencia actual de objeto, de cuya situación la Honorable Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

Al respecto la Corte en sentencia T-1272 de 2005¹ dijo:

“Así como quiera que la accionante ya se le reconoció su derecho, los motivos que llevaron a interponer la acción de tutela desaparecieron y la presente acción como instrumento constitucional para la defensa de los derechos fundamentales perdió su razón de ser, pues se está en presencia de un hecho superado, con respecto a las pretensiones de reconocimiento de su derecho cuya protección fue garantizada.”

“En ocasiones similares, cuando la pretensión ha sido satisfecha, la jurisprudencia ha sostenido que la acción de tutela pierde eficacia e inmediatez, y por ende su justificación constitucional, razón por la cual, el amparo deberá negarse. (...)”

Ahora bien, en cuanto al suministro de los gastos de transporte como de alojamiento en caso necesario, tenemos que de los hechos deprecados como de las pretensiones esbozadas, no existe prueba alguna que demuestre, que la accionante no se ha podido dirigir desde su lugar de domicilio hasta otro municipio por carencia de recursos y prueba de ello es que la misma accionante le manifestó al secretario que el procedimiento médico denominado **ECOGRAFÍA DOPPLER DE VASOS VENOSOS DE MIEMBROS INFERIORES**, se le había realizado de manera efectiva en la ciudad de Cúcuta a través de la IPS VIHONCO, lo que significa para el despacho, la existencia de recursos económicos para su traslado, adicionado a que de igual forma no existe prueba alguna de la que se pueda inferir que la accionante por falta de recursos no pudo asistir a la cita programada para el día 20 de abril de los corrientes en la IPS SAN DIEGO de la ciudad de Cúcuta, al igual que no puede el juez constitucional entrar a prever hechos futuros inciertos para cumplir con las citas médicas, las intervenciones, las valoraciones y la práctica de los exámenes necesarios, que sean ordenados por sus médicos tratantes y que se deban ejecutar en un municipio distinto al de su domicilio ubicado en el Municipio de Puerto Santander N.S., ya que la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional en cuanto a los hechos futuros e inciertos en sede tutela ha dicho lo siguiente:

“Sentencia T-652/2012

ACCION DE TUTELA-Improcedencia sobre hechos futuros e inciertos

Si no existe una razón objetivada, fundada y claramente establecida por la que se pueda inferir que los hechos u omisiones amenazan los derechos fundamentales del tutelante, no podrá concederse el amparo solicitado. La amenaza debe ser entonces, contundente, cierta, ostensible, inminente y clara, para que la protección judicial de manera preventiva evite la realización del daño futuro.”

De lo anterior se concluye, que para el presente caso, no existe razón suficiente alguna, para establecer que la entidad accionada se encuentra lesionando o colocando en peligro de lesión cualquiera u otro de los derechos fundamentales de la accionante, por cuanto el hecho de autorizarle los procedimientos médicos en la ciudad de Cúcuta, no implican que le estén causando un perjuicio a la actora, sino que por el contrario, es la misma accionante

la que de forma puntual y de sus propios recursos ha asistido a las ordenes médicas debidamente autorizadas, ya que con ese actuar lo que se demuestra es que en prevalencia de su vida, acude ante las diferentes IPS, sin existir inasistencia alguna por falta de recursos.

Ante lo anteriormente descrito y con base en los anteriores apartes jurisprudenciales transcritos, se debe afirmar que la presente acción de tutela carece de objeto, en razón a que el derecho de la accionante materia de inconformidad de la presente acción constitucional le fue resuelto por parte de la entidad accionada, como también, el despacho no puede entrar a estudiar sin razón alguna hechos futuros inciertos en razón a la patología de la actora, por lo que sin otra consideración declarará la IMPROSPERIDAD de la presente acción de tutela.

DECISIÓN:

Por lo discurrido, el JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE PUERTO SANTANDER – NORTE DE SANTANDER, administrando justicia en nombre de la REPUBLICA DE COLOMBIA y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela, incoada por la señora **MARIA OLINDA FONCE QUINTERO**, identificada con la cédula de ciudadanía número 37.249.566, por tratarse de un hecho superado en atención a la carencia actual de objeto, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído y las demás consideraciones.

2º REMITIR la actuación sub lite ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si el fallo no fuere materia de impugnación.

3º COMUNICAR a los intervinientes.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

El Juez,


LEONARDO FABIO NIÑO
