REPÚBLICA DE COLOMBIA

DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada ponente

Aprobado mediante Acta de Sala No. 0032

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
Radicación:	81001311800120220028501 Enlace Link
Accionante:	María de la Consolación García Martínez
Agenciada:	G.M.M.G.
Accionado:	Nueva E.P.S.
Derechos invocados:	Salud y vida en condiciones dignas.
Asunto:	Sentencia

Sent.0009

Arauca (A),veinticuatro (24) de enero dos mil veintitrés (2023).

1. Objeto de la decisión

Decidir la impugnación presentada por la NUEVA E.P.S., contra la sentencia de tutela proferida el 16 de noviembre de 2022 por el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES MIXTAS DE ARAUCA (A).

2. Antecedentes

2.1. Del escrito de tutela[1]

La señora MARÍA DE LA CONSOLACIÓN GARCÍA MARTÍNEZ[2], agente oficioso de su hija G.M.M.G.[3] diagnosticada con *"Tumor benigno del Ovario*

[1] Presentado el 31 de octubre de 2022.
[2] De nacionalidad Venezolana, residente en el Municipio de Arauca (A).

[3] Adolescente. F.N. 09 de noviembre de 2004. Afiliado al régimen subsidiado de NUEVA E.P.S.

COD D27X", acude a este mecanismo excepcional para que la NUEVA E.P.S. autorice y garantice los servicios de: "*programación de exámenes, citas médicas con especialistas, procedimientos_quirúrgicos y no quirúrgicos considerados dentro del POS y excluidas del POS, en lo referente a la patología que presenta de TUMOR BENIGNO DEL OVARIO COD D27X"*, prescritos por su médico tratante. En procura de la protección de sus derechos fundamentales, pretende:

> *"**Primera.** Que, se tutelen los derechos Constitucionales Fundamentales la SALUD, VIDA, SEGURIDAD SOCIAL, DIGNIDAD HUMANA, INTEGRIDAD PERSONAL y DERECHOS DE LOS NIÑOS de mi hija GREISY MASSIEL MENDIBELSO GARCIA siendo accionada a LA NUEVA EPS –S Y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA –UAESA- por desconocerlos principios de solidaridad, universalidad e integralidad y vulnerar estos derechos.*
>
> ***Segundo.** Que, como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a LA NUEVAEPS –S, garantizar el **tratamiento integral** que ordenen los médicos tratantes y evitar las demoras en los procesos administrativos que están afectando la salud de mi hija GREISY MASSIEL MENDIBELSO GARCIA.*
>
> ***Entendiéndose por integral:***
>
> *a. Las autorizaciones y programación de exámenes, citas médicas con especialistas, procedimientos quirúrgicos y no quirúrgicos considerados dentro del POS y excluidas del POS, en lo referente a la patología que presenta de **TUMOR BENIGNO DEL OVARIO COD D27X.***
>
> *b. Los medicamentos, herramientas y utensilios que ordenen los médicos tratantes, incluidos o no dentro del POS, en lo referente a tratar la patología que presenta mi hija.*
>
> *c. Los pasajes intermunicipales ida y regreso (vía aérea), trasporte interurbano, alojamiento y alimentación para mi hija y un acompañante, a los lugares donde se ordene su remisión, en lo referente a tratar las patologías que presenta **TUMOR BENIGNO DEL OVARIO COD D27X** y de las pendientes por diagnosticar, además patológicas que se desprendan por causa o consecuencia de ella. Lo anterior con el fin de evitar interponer acción de tutela por cada hecho que niegue el acceso a los servicios de salud que se requieran.*
>
> ***Tercero.** Que se prevenga a las entidades accionadas de no dilatar o prestar trabas administrativas que obstaculicen el acceso al servicio de salud que se requiere".*

Adjunta:

- *Copia historia clínica del 11 de octubre de 2022, expedida por HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA E.S.E. Diagnóstico: "Tumor de comportamiento incierto o desconocido del ovario". Prescribe: "valoración por ginecología oncológica".*

- *Copia solicitud de procedimientos no quirúrgicos del 11 de octubre de 2022 expedida por el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E. Procedimientos: "Servicio 36100 Consulta especializada por valoración por ginecología oncológica".*

- *Copia derecho de petición radicado el día 14 de octubre de 2022 en la NUEVA E.P.S. solicita "se genere el suministro de Transporte (urbano – intermunicipal), Alimentación y Hospedaje para mí hija y un acompañante, con motivo de acudir al citado procedimiento médico según orden médica de ginecología oncológica autorizada por la EPS Nueva eps a la ciudad de Saravena – Arauca".*

- *Copia respuesta derecho de petición del 24 de octubre de 2022, la Nueva E.P.S., "donde solicita que sea autorizado " transporte, albergue y alimentación para **GREISY MASSIEL MENDILBELSO** con **P.T. 5.919.618** y su acompañante para asistir a cita de primera vez por la especialidad de **GINECOLOGÍA ONCOLÓGICA** en el Hospital del Sarare en el Municipio de Saravena – Arauca" le informamos que el servicio de transporte, albergue, alimentación NO son servicios de salud y por lo tanto no se encuentran incluidos en el plan de beneficios. Según lo establecido en el Artículo 121 de la resolución 3512 de 2019. Traslado 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 pre hospitalario y de apoyo Terapéutico en ambulancia. (Tramites Intrahospitalarios). 2. Entre IPS dentro del 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 remisora.". (Sic).*

- *Copia Historia Clínica del 27 de octubre de 2022, expedida por HOSPITAL DEL SARARE E.S.E. "remitida de Arauca por ginecología general por el Dr. Iván Darío Gómez. Tumor anexial asintomática. DX Hace 2 meses con dolor pélvico con tumoración anexial izquierdo Diagnostico: "Tumor benigno del ovario".*

- *Copia solicitud de procedimientos no quirúrgicos del 27 de octubre de 2022, expedida por el **HOSPITAL DEL SARARE E.S.E.**. Listado de procedimientos: "servicio: 39143- 6 Consulta ambulatoria de medicina especializada anestesiología. Observaciones: consulta por gineco oncología después de la cirugía", "servicio: 39143-10 Consulta ambulatoria de medicina especializada ginecología. Observaciones: consulta por gineco oncológica después de la cirugía", "servicio: 65102 Cistectomía de ovario por laparoscopia".*

- *Copia de autorización de servicios No. P011-190388204 del 28 de octubre de 2022, para "consulta de primera vez por especialista en anestesiología", remitido al HOSPITAL DEL SARARE E.S.E. Válida por 180 días*

- *Copia de autorización de servicios No. P011-190387956 del 28 de octubre de 2022, para "cistectomia del ovario por laparoscopia" remitido al HOSPITAL DEL SARARE E.S.E. Válida por 180 días.*

- *Documento de Permiso por Protección Temporal No. de la accionante y agenciada. Con vencimiento del 30 de mayo de 2031*

2.2. Trámite procesal.

El JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES MIXTAS DE ARAUCA, admite la acción de tutela[4]. Concede dos (2) días a las accionadas para que ejerzan su derecho de contradicción y defensa.

2.3. Respuestas

Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca- UAESA. Indica que, es competencia de la EPS donde se encuentra afiliada la accionante autorizar y garantizar la atención correspondiente en salud. Por lo tanto, solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

La NUEVA E.P.S. Guardo silencio.

2.4. Sentencia de Primera Instancia[5]

El JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES MIXTAS DE ARAUCA concedió el amparo y ordenó:

> *"**SEGUNDO.- ORDENAR** a la **NUEVA EPS** asumir dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta sentencia, la atención en salud integral de la adolescente GREISY MASSIEL MENDILBELSO GARCIA, a propósito de su diagnóstico: COD D27X TUMOR BENIGNO DEL OVARIO y las que se deriven de él; para lo cual deberá autorizar el suministro de todos los tratamientos, medicamentos, intervenciones, terapias, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y, en general, cualquier servicio, incluido o no en el Plan de Beneficios de Salud (PBS) y excluido del PBS, que prescriba su médico tratante; incluyendo los gastos de transporte intermunicipal de ida y retorno, transporte urbano, albergue y alimentación para la adolescente y su acompañante, cuando deba ser remitida a otra ciudad para los referidos diagnósticos; asimismo, deberá atender las indicaciones de su médico tratante en cuanto al medio de transporte.*
>
> ***TERCERO.-** ADVERTIR a Nueva EPS que los gastos que se deriven de la atención integral que aquí se ordenó, deberán ser cubiertos integralmente por la entidad teniendo en cuenta el presupuesto máximo transferido por la Nación – Ministerio*

[4] Auto del 01 de noviembre de 2022.

[5] Sentencia del 16 de noviembre de 2022.

de la Salud y de la Protección Social, atendiendo a lo regulado en las resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, que surten efectos a partir del 1 de marzo de 2020.

CUARTO.- *ORDENAR a Nueva EPS que una vez venza el término para dar cumplimiento a la orden judicial impartida, presente ante esta dependencia judicial un INFORME DEBIDAMENTE DOCUMENTADO, EN EL CUAL ACREDITE EL CABAL CUMPLIMIENTO LA ORDEN IMPARTIDA EN EL PRESENTE FALLO.*

QUINTO. *- NOTIFICAR esta providencia en la forma y términos previstos en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Hágasele saber a las partes que la presente determinación puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes, contados a partir de su notificación.*

SEXTO. *- Si no fuere impugnada la decisión envíese el expediente a través de la Secretaria de este Juzgado, a la Corte Constitucional para su eventual revisión y, una vez surtido el citado trámite, archívese dejando las constancias del caso".*

Fundamenta su decisión en lo siguiente:

" la familia de la adolescente ***GREISY MASSIEL MENDIBELSO GARCIA****, carece de recursos económicos suficientes para asumir el costo del transporte intermunicipal de ida y regreso, transporte urbano, alojamiento y alimentación en la ciudad de remisión, que se demandan y generan al tener que desplazarse fuera de su domicilio para acudir a los procedimientos médicos que le prescribe el médico tratante, porque la menor pertenece a la población subsidiada por el Estado, lo que se corrobora en la página web del ADRES, sus padres son migrantes venezolanos, trabajadores ocasionales.*

Frente a ello, ***NUEVA EPS*** *tenía la carga de demostrar lo contario, pero no allegó ni solicitó pruebas para controvertirla. (…)*

(…) Advierte el Despacho que, si bien la EPS emitió autorización del servicio médico para la CONSULTA DE PRIMERA VEZ ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA y el procedimiento CISTECTOMIA DE OVARIO POR LAPAROSCOPIA en IPS en ciudad diferente a la de su domicilio al no conceder la EPS los servicios complementarios solicitados se estaría vulnerando los derechos fundamentales de la adolescente".

2.5. De la impugnación[6]

La NUEVA E.P.S. solicita revocar la sentencia de primera instancia porque a su juicio, ha autorizado y garantizado los servicios que ha requerido la accionante de acuerdo a sus competencias; pero que, la EPS-S no es la responsable de la prestación de los demás servicios solicitados (transporte, alimentación y alojamiento), por tratarse de eventos no cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud (NO PBS) y requieren orden médica radicada vía MIPRES para su suministro.

En cuanto a la orden de alimentación y alojamiento, no se evidencia solicitud médica (LEX ARTIS) que ordene dicho servicio.

---

[6] Presentada el 23 de noviembre de 2022.

Frente al tratamiento integral, señala que, se trata de hechos futuros o inciertos y presume la mala fe de la entidad quien ha prestado todos los servicios requeridos a la usuaria. En caso contrario, reitera su petición relacionada con la facultad de recobro ante el ADRES.

3. Consideraciones

3.1. Competencia

Es competente esta Sala para desatar la impugnación conforme el artículo 86 constitucional y lo dispuesto en el artículo 32 del decreto 2591 de 1991.

3.1. Presupuestos de procedibilidad

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela son: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) inmediatez; y, (iv) subsidiariedad.[7]

Legitimación en la causa por activa y por pasiva. Tanto la señora MARÍA DE LA CONSOLACIÓN GARCÍA, quien instauró la acción de tutela en procura de proteger los derechos fundamentales de su hija G.M.M.G. como la NUEVA E.P.S., señalada de transgredirlos, se encuentran legitimados.

Inmediatez. Se cumple al existir un tiempo razonable entre las prescripciones con fecha del 11 de octubre de 2022, y la interposición de tutela el 31 de octubre de 2022.

Subsidiariedad. Conforme a la jurisprudencia constitucional[8], la Supersalud es competente para conocer, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, de asuntos que abarcan, por un lado, aquellos relativos a la: *"[c]obertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (Plan Obligatorio de Salud), cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les*

[7] Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

[8] Sentencia T-122 de 2021.

asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia."[9]

Por otro lado, la Supersalud también está facultada para conocer y fallar asuntos relacionados con: *"[c]conflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le [sic] asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud."*[10]

Ahora bien, la Corte ha encontrado que, por razones tanto normativas como prácticas, el mecanismo mencionado no resulta idóneo ni eficaz en muchos de los casos en que se acude a la acción de tutela para exigir la protección del derecho a la salud[11]. De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,[12] la Corte estableció, con base en la jurisprudencia sobre la materia, una serie de parámetros que el mecanismo jurisdiccional mencionado debe cumplir para consolidarse como un medio idóneo y eficaz de defensa y solicitó al Gobierno nacional que adoptara, implementara e hiciera público un plan de medidas para adecuar y optimizar su funcionamiento.

En virtud de lo anterior, se torna procedente la presente acción, ante la ineficacia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la Superintendencia Nacional de Salud[13].

3.2. Problema jurídico.

Determinar si la NUEVA E.P.S., vulneró los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la adolescente G.M.M.G. y, si se justifica ordenar un tratamiento integral.

---

[9] Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

[10] Ibidem.

[11] Ver Sentencias SU-124 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. A.V. Alejandro Linares Cantillo y José Fernando Reyes Cuartas; T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo; y SU-508 de 2020. MM.PP. José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos. A.V. Alejando Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Richard S. Ramírez Grisales.

[12] Sentencia T-224 DE 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo.

[13] Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 y modificada por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, estipula que la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD posee facultades jurisdiccionales para dirimir los asuntos atinentes a la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos o no en el P.B.S., con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

3.3. Supuestos jurídicos.

3.3.1.De la acción de tutela

Conforme lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, toda persona puede acudir a la acción de tutela para propender por la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular encargado de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

De igual modo, el artículo 6 del Decreto 306 de 199224, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 201525 señala que en el fallo de tutela *el Juez deberá señalar el derecho constitucional fundamental tutelado, citar el precepto constitucional que lo consagra, y precisar en qué consiste, la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto.*

3.3.2.Del tratamiento integral

Según, el artículo 8° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, el derecho fundamental y servicio público de salud se rige por el ***principio de integralidad***, según el cual los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa y con "*independencia del origen de la enfermedad o condición de salud*". En concordancia, no puede "*fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario*". Bajo ese entendido, ante la duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud "*cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada".*

Bajo esa misma línea, la Corte Constitucional sostiene que, en virtud del principio de integralidad, *"el servicio de salud prestado por las entidades del Sistema debe contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento del estado de salud o la mitigación de las dolencias del paciente, sin que sea posible fraccionarlos, separarlos o elegir cuál de ellos aprueba en razón del interés económico que representan. En este sentido, ha afirmado que la orden del tratamiento integral por parte del juez constitucional 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. No obstante, este tribunal ha*

señalado que la solicitud de tratamiento integral no puede tener como sustento afirmaciones abstractas o inciertas, sino que deben confluir unos supuestos para efectos de verificar la vulneración alegada, a saber:· 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 o la realización de tratamientos; y · Que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico tratante, en que se especifiquen las prestaciones o servicios que requiere el paciente."[14]

Entonces, la integralidad constituye una obligación para el Estado y para las entidades encargadas de brindar el servicio de salud, entre ellas las I.P.S. y E.P.S., de ahí que deben garantizar una atención integral de manera eficiente y oportuna, esto es, suministrar autorizaciones, tratamientos, medicamentos, intervenciones, remisiones, controles, y demás servicios y tecnologías que el paciente requiera y que sean considerados como necesarios por su médico tratante, hasta su rehabilitación final.

En tal sentido, la Corte Constitucional indica que el reconocimiento del tratamiento integral solo se declarara cuando *"(i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello pone en riesgo los derechos fundamentales del paciente*[15]*, y (ii) cuando 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 personas que exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas"*[16].

Así mismo, en sentencia T-081 de 2019, precisó que la orden de tratamiento integral depende de varios factores, tales como: *"(i) que existan las prescripciones emitidas por el médico, el diagnóstico del paciente y los servicios requeridos para su atención; (ii) la EPS actúe con negligencia en la prestación del servicio, procedido en forma dilatoria y haya programado los mismos fuera de un término razonable; y (iii) con ello, la EPS haya puesto en riesgo al paciente, al prolongar "su sufrimiento físico o emocional, y genera[r] (…) complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte".*

---

[14] *Corte Constitucional, Sentencia T 475 del 06 de noviembre de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo.*

[15] *Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.*

[16] *Corte Constitucional, Sentencia T 062 de 03 de febrero de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y sentencia T 178 de 24 de marzo de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo*

De modo que, el juez de tutela debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto del actor y frente al cual recae la orden del tratamiento integral. Esto, por cuanto no le es posible a la autoridad judicial dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas, pues, de hacerlo, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados[17].

3.3. Planteamiento del problema jurídico y solución

A través del escrito de tutela que suscribe la agente oficiosa MARÍA DE LA CONSOLACIÓN GARCÍA MARTÍNEZ, pide la intervención de un juez constitucional para que la Empresa Promotora NUEVA E.P.S., autorice tratamiento integral a su consanguínea; pretensión que la primera instancia acogió textualmente :*"**SEGUNDO.- ORDENAR** a la **NUEVA EPS** asumir dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta sentencia, la atención en salud integral de la adolescente GREISY MASSIEL MENDILBELSO GARCIA, a propósito de su diagnóstico: COD D27X TUMOR BENIGNO DEL OVARIO y las que se deriven de él; para lo cual deberá autorizar el suministro de todos los tratamientos, medicamentos, intervenciones, terapias, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y, en general, cualquier servicio, incluido o no en el Plan de Beneficios de Salud (PBS) y excluido del PBS, que prescriba su médico tratante; incluyendo los gastos de transporte intermunicipal de ida y retorno, transporte urbano, albergue y alimentación para la adolescente y su acompañante, cuando deba ser remitida a otra ciudad para los referidos diagnósticos; asimismo, deberá atender las indicaciones de su médico tratante en cuanto al medio de transporte;* misma que la entidad demandada impugna por cuanto ningún derecho fundamental ha vulnerado a su afiliada quien ha recibido oportunamente los servicios de salud prescritos por el médico tratante.

Bajo este contexto fáctico, no se requieren mayores raciocinios para anunciar desde ya el desacierto en que incurrió el Juez de instancia al conceder un tratamiento integral improcedente, cuando de la mera lectura del contenido de la demanda, surgía evidente la ausencia de los presupuestos que la jurisprudencia constitucional ha instituido para que opere vía constitucional; pues nótese que es la misma accionante quien manifiesta que su propósito con esta acción es obtener "*programación de exámenes, citas médicas conespecialistas, procedimientos quirúrgicos y no quirúrgicos considerados dentro del POS y excluidas del POS, en lo referente a la patología que presenta de TUMOR BENIGNO DEL OVARIO COD D27X, los medicamentos, herramientas y utensilios que ordenen los médicos tratantes, incluidos o no dentro del POS, en lo referente a tratar la patología que presenta mi hija, los pasajes intermunicipales ida y regreso(vía aérea),trasporte interurbano, alojamiento y alimentación para mi hija y un acompañante, a los lugares donde se ordene su remisión, en lo referente a tratar las patologías que presenta **TUMOR BENIGNO DEL OVARIO COD D27X** y de las pendientes por diagnosticar, además patológicas que se desprendan por causa o*

---

[17] *Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.*

consecuencia de ella"; sin enrostrar siquiera comportamiento por acción u omisión de parte de la empresa promotora; afirmaciones que contrastadas con los documentos anexos al escrito tutelar que contienen los diagnósticos, prescripciones y autorizaciones, sirven como fundamento para afirmar que le asiste razón a la Nueva EPS cuando asegura que ningún derecho ha violado a la usuaria y que al contrario su comportamiento diligente no debe ser desconocido.

Y lo anterior es así, porque se logró demostrar que las primeras prescripciones médicas *"valoración por ginecología oncológica"y Consulta especializada por valoración por ginecología oncológica",* expedidas el 11 de octubre de 2022 en el Hospital San Vicente de Arauca fueron atendidas en el Hospital del Sarare del Municipio de Saravena, tal como consta en la Historia Clínica del 27 de octubre de 2022, donde figura como anotación: *"remitida de Arauca por ginecología general por el Dr. Iván Darío Gómez. Tumor anexial asintomática. DX Hace 2 meses con dolor pélvico con tumoración anexial izquierdo Diagnostico: "Tumor benigno del ovario"* y que fue en dicho centro hospitalario y en la misma fecha que prescribió : *Listado de procedimientos: "servicio: 39143- 6 Consulta ambulatoria de medicina especializada anestesiología. Observaciones: consulta por gineco oncología después de la cirugía", "servicio: 39143-10 Consulta ambulatoria de medicina especializada ginecología. Observaciones: consulta por gineco oncológica después de la cirugía", "servicio: 65102 Cistectomía de ovario por laparoscopia";* respecto de las cuales tanto la *Consulta ambulatoria de medicina especializada anestesiología*, como la *Cistectomía de ovario por laparoscopia"* cuentan con las autorizaciones de servicio *No. P011-190388204 y P011-190387956,* ambas fechadas 28 de octubre de 2022 con una vigencia de ciento ochenta (180) días direccionadas al HOSPITAL DEL SARARE ; razón por la cual era deber de la señora MARÍA DE LA CONSOLACIÓN GARCÍA MARTÍNEZ agendar tales consultas con el HOSPITAL DEL SARARE y solicitar ante la Empresa Promotora los servicios complementarios para trasladarse junto con su hija hasta dicha municipalidad; sin embargo optó por acudir directamente a la acción de tutela para evadir los trámites administrativos y fue así como dos (2) días después de las autorizaciones radicó la demanda, comportamiento contrario al postulado de buena fé frente al sistema de salud; desconociendo que la Ley 1751 de 2015 en el artículo 10 relacionó los deberes de las personas frente al servicio de salud que señala entre otros "***a)*** *Propender por su autocuidado, el de su familia y el de su comunidad;* ***b)*** *Atender oportunamente las recomendaciones formuladas en los programas de promoción y prevención;* ***c)*** *Actuar de manera solidaria ante las situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;* ***d)*** *Respetar al personal responsable de la prestación y administración de los servicios salud;* ***e)*** *Usar adecuada y racionalmente las prestaciones ofrecidas, así como los recursos del sistema;* ***f)*** *Cumplir las normas del sistema de salud,* ***g)*** *Actuar de buena fe frente al sistema de salud;* ***h)*** *Suministrar de manera oportuna y suficiente la información que se requiera para efectos del servicio;* ***i)*** *Contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago."*

Y si bien es cierto, el 24 de octubre NUEVA EPS en respuesta a la petición de la misma fecha manifestó que : *"Atendiendo su solicitud nos permitimos dar respuesta a su radicado del día 14 de octubre, donde solicita que sea autorizado " transporte, albergue y alimentación para* ***GREISY MASSIEL MENDILBELSO*** *con* ***P.T. 5.919.618*** *y su acompañante para asistir a cita de primera vez por la especialidad de* ***GINECOLOGÍA ONCOLÓGICA*** *en el Hospital del Sarare en el Municipio de Saravena – Arauca" le informamos que el servicio de transporte, albergue, alimentación NO son servicios de salud y por lo tanto no se encuentran incluidos en el plan de beneficios. Según lo establecido en el Artículo 121 de la resolución 3512 de 2019. Traslado 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 pre hospitalario y de apoyo Terapéutico en ambulancia. (Tramites Intrahospitalarios). 2. Entre IPS dentro del 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 remisora.". (Sic),* también lo es que, tal circunstancia se constituye en un hecho consumado, ya que fue superada por la accionante, tal como lo demuestra la historia clínica del 27 de octubre de 2022, donde se logra evidenciar que la agenciada asistió a consulta de primera vez en la especialidad de ginecología oncológica, *"remitida de Arauca por ginecología general por el Dr. Iván Darío Gómez, Tumor Anexial asintomática. DX. Hace 2 meses con dolor pélvico, eco abdomen pélvico con tumoración anexial izquierdo"* y fue allí donde el médico adscrito al HOSPITAL DEL SARARE E.S.E, le diagnosticó *"tumor benigno del ovario"* y, al mismo tiempo ordenó el servicio de *"652102 cistectomía de ovario por laparoscopia" "9143-6 consulta ambulatoria de medicina especializada anestesiología. Observaciones: consulta por gineco oncología después de la cirugía" "consulta ambulatoria de medicina especializada ginecología. Observaciones: consulta por gineco oncológica después de la cirugía",* mismos que fueron autorizados al día siguiente- 28 de octubre de 2022, la Nueva EPS autoriza los procedimientos de "*consulta de primera vez por especialista en anestesiología*" y *"cistectomia del ovario por laparoscopia";* consultas que la accionante debe agendar en el Hospital del Sarare y en caso de necesidad, solicitar los servicios complementario a la Nueva EPS anexando los soportes correspondientes.

De acuerdo con la Corte Constitucional[18], si bien el derecho a la salud debe ser garantizado en óptimas condiciones, también los afiliados y pacientes tienen responsabilidades ante las E.P.S. e I.P.S. a fin de que los servicios requeridos sean prestados conforme a los mandatos

[18] Sentencia T-760 de 2008, T- 124 de 2019.

constitucionales y legales. Cada una de las entidades promotoras y prestadoras del servicio de salud cuenta con una normativa, dirigida a todos los usuarios que gozan del acceso a los servicios de salud y sobre los cuales deben cumplir obligaciones en el ejercicio de su derecho. Seguidamente el Alto Tribunal señala:

> *"En la sentencia T-174 de 2015, una persona de 85 años que padecía de Alzheimer, y a quien se le venía programando una cita médica con el cardiólogo, decidió acudir a la acción de tutela de forma directa, sin que hubiere mediado una solicitud previa de la prestación de los servicios a la E.P.S. En esa oportunidad, la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela, al manifestar que "**para que se ordene a una entidad promotora de salud (EPS) la práctica de un tratamiento o la entrega de un medicamento a favor de una persona, es necesario que esta última lo haya requerido previamente y aquella lo haya negado o exista una omisión de dar aplicación a las normas contenidas en el Plan Obligatorio de Salud**. En este orden de ideas, sin el anterior requisito no es posible inferir la violación de un derecho fundamental".*
>
> *Igualmente, en la sentencia T-096 de 2016, el Alto Tribunal estudió varios casos acumulados, en uno de ellos el actor solicitaba que se ordenara la asignación de citas por la especialidad de fisiatría, se entregaran medicamentos, una silla de ruedas y una prótesis, exonerándolo de copagos y proporcionándole el tratamiento médico integral, sin que aportara constancia de haber presentado la petición a la E. P. S. y que hubiere sido negada. La Corte consideró que, aunque es entendible que los usuarios del sistema de salud deseen hacer más rápida y efectiva la protección de su derecho fundamental y supongan que mediante la acción constitucional obviarían los procedimientos previamente establecidos, **el juez de tutela no puede ordenar la satisfacción de un derecho que nunca fue solicitado.***
>
> *En síntesis, los usuarios del sistema tienen derechos y obligaciones que deben cumplir para acceder a los servicios y tecnologías, pues omitir el cumplimiento de sus deberes, por ejemplo, al no reclamar o solicitar determinada prestación ante la E.P.S. sino por vía de la acción de tutela, la torna improcedente al no existir una acción u omisión por parte de la entidad promotora de salud".*

En efecto, la accionante tiene una carga mínima y sumaria de demostrar el comportamiento reprochable de la entidad demandada; precisamente una de las principales cargas procesales cuando se acude a la administración de justicia, es la concerniente a la prueba de los hechos que se alegan; la carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva, se conoce como *"ius probandi",* el cual indica que por regla general corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tantos los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las

excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo[19].

De acuerdo con la doctrina, esta carga procesal se refiere a *"la obligación de "probar", de presentar la prueba o de suministrarla, cuando no el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no existencia de un hecho afirmado, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero"*[20]. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha explicado cómo en el sistema procesal se exige, en mayor o menor grado, que cada uno de los contendientes contribuya con el juez al esclarecimiento de la verdad:

> *"Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan".*[21]

De hecho, la Corte Constitucional en Sentencia T-131 de 2007 se pronunció sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, afirmando el principio *"onus probandi incumbit actori"*, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez, obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho.

En cuanto al tratamiento integral, como se destaca en los supuestos jurídicos, se encuentra supeditada a los requisitos establecidos por la jurisprudencia; principalmente que la E.P.S. haya actuado con negligencia; de lo contrario, no le es posible a la autoridad judicial dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas, pues, de hacerlo, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación

---

[19] C-086 de 2016.

[20] Leo Rosenberg, La Carga de la Prueba, Ediciones Jurídicas Europa América, p.18.- Cfr. Sentencia T-733 de 2013.

[21] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de mayo de 2010. Exp. 23001-31-10-002-1998-00467-01. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados[22].

En este caso, ante la inexistencia de elementos que permitan inferir la negligencia de la EPS, resulta improcedente emitir una orden tratamiento integral; aún más, cuando se evidencia que la accionada ha garantizado los servicios médicos que ha requerido la adolescente G.M.M.G. con ocasión de su diagnóstico.

Así las cosas, se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar, se negará el amparo solicitado; pues de lo contrario, concederlo en estas circunstancias, iría en contravía del propósito mismo del trámite tutelar e implicaría un indebido ejercicio de este excepcional mecanismo constitucional, tal como lo ha preceptuado la Corte Constitucional:

> *"El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, "cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares [de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto 2591 de 1991]". Así pues, se desprende que* ***el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión****.*
>
> *En el mismo sentido lo han expresado sentencias como la SU-975 de 2003 o la T-883 de 2008 , al afirmar que "partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...)* ***En suma, 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*** *(…)" , 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 (…)".*
>
> *Y lo anterior resulta así, ya que si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, "ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un*

[22] Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermitiera los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos."[23] *(Subrayas fuera de texto).*

4. Decisión

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA SALA ÚNICA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2022 por el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES MIXTAS DE ARAUCA y, en su lugar, negar el amparo solicitado.

SEGUNDO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. De ser excluida, archívense las presentes diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ

Magistrada Ponente

MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Magistrada

LAURA JULIANA TAFURT RICO

Magistrada

[23] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-130 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.