



REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE VIRACACHA  
DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA

Viracachá, veintitrés (23) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

**SENTENCIA:** 001  
**TUTELA:** 158794089001-2021-00004-0  
**ACCIONANTE:** ANA ROCIO LOPEZ AVILA  
**IDENTIFICACIÓN:** C.C. 1057736558  
**ACCIONADO:** NUEVA EPS-S e IPS FAMEDIC Y SECRETARIA DE SALUD DE BOYACA  
**AGENTE OFICIOSO – MINISTERIO PUBLICO – PERSONERIA**  
**DERECHOS:** A LA SALUD, A LA VIDA.  
**DECISIÓN:** CONCEDE TUTELA

### **ACTUACIÓN PROCESAL.**

Presentado el amparo mencionado y recibido en éste Despacho Judicial el día 15 de febrero de 2021, se procedió a proferir auto admisorio del mismo, en donde se ordenó el trámite correspondiente, se decretaron las pruebas documentales allegadas con la tutela, se corrió traslado de la misma a las entidades accionadas. Al momento del presente fallo, las accionadas dieron respuesta a la misma, y se encuentra el presente proceso al momento de proferir la respectiva sentencia.

### **LA ACCIÓN**

La acción de tutela se instauró por el Ministerio Publico – Personería del Municipio de Viracachá – agente oficioso - en nombre de la señora ANA ROCIO LOPEZ AVILA dirigida contra la NUEVA EPS y FAMEEDIC IPS, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de LA VIDA Y LA SALUD.

### **FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN**

Señala la personería que la señora ANA ROCIO LOPEZ AVILA, solicita ayuda para formular acción de tutela en contra de la NUEVA EPS y FAMEDIC IPS en vista de que es afiliada según el régimen subsidiado, hace aproximadamente dos años y para este momento requiere se continúe con el tratamiento prescrito por el médico tratante – reemplazó de cadera bilateral.

La señora ANA ROCIO LOPEZ AVILA, expone que (i) desde su nacimiento fue diagnosticada con coxalgia bilateral de intensidad moderada a severa. (ii) La enfermedad se ha agudizado en las últimas semanas (iii) hace 8 meses con el apoyo de la Personería Municipal de Viracachá ha realizado gestiones para que le sea autorizada la realización de la cirugía de reemplazo total de cadera. Para este momento se ha realizado la valoración por junta médica y otras citas previas a la realización de la cirugía. (iv) ha tenido que recurrir a la acción de tutela para que le sean realizados algunos exámenes y la concesión de citas prioritarias necesarias previas a la realización de la cirugía (v) en la consulta por junta médica, le ordenaron la cirugía de reemplazo total de cadera y como examen previo a esta valoración por anestesiología. (vi) que a pesar de haber radicado la petición y los documentos ante la NUEVA EPS para realizar el trámite administrativo de asignación de cita médica, a la fecha no le han dado respuesta y se van vencer los exámenes que le tomaron para tal efecto. (Folios 1 a 10)

### **ACTUACIÓN PROCESAL Y RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS**

Es admitida la acción de tutela, disponiendo correr traslado de la acción, oficiar a la NUEVA EPS, FAMEDIC IPS y se vinculó oficiosamente a la Secretaria de salud de Boyacá para que rinda informe sobre los hechos, entre otras decisiones (f11 y 12).

El auto admisorio fue enviado y notificado por correo electrónico ese mismo día (fl 12 y ss, reverso), se notificó al **GERENTE Y/O REPRESENTANTE LEGAL de LA NUEVA EPS Y FAMEDIC IPS y SECRETARARIA DE SALUD DE BOYACA** la presente acción de tutela.

La apoderada judicial de LA NUEVA EPS, rinde el informe solicitado por este despacho con el oficio de fecha 17 de febrero de 2021 señalando que la señora ANA ROCIO LOPEZ AVILA, es usuario del régimen subsidiado y que respecto de los hechos de la acción de tutela enfatiza que el NUEVA EPS no presta servicios médicos directamente, sino a través de una red prestadora de servicios de salud contratadas, las cuales con avaladas por la secretaria de salud del municipio respectivo, dicha IPS programan y solicitan las autorizaciones para realizar las citas, cirugías y procedimientos, entrega de medicamentos, entre otros de acuerdo a sus disponibilidad.

Igualmente se afirma que LA NUEVA EPS genero las autorizaciones de servicio y atención del accionante en la instituciones prestadoras de servicio IPS red primara que facilita la prestación del servicio medico requerido por la usuaria.

Igualmente informa que la responsable del cumplimiento de los fallos es la GERENTE ZONAL DE BOYACA, doctora MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA, identificada con c.c. 46369216.

Finalmente solicita se **DENIEGE LA ACCION DE TUTELA.**

#### **ASUNTO A RESOLVER**

Teniendo en cuenta los anteriores antecedentes, el despacho debe decidir si se dispone el amparo del derecho fundamental de la salud en conexidad con la vida reclamado por la señora ANA ROCIO LOPEZ AVILA y de los demás derecho enunciados en el escrito.

Previo a resolver el problema jurídico principal, es necesario determinar preliminarmente la *procedencia de la acción de tutela a partir de los requisitos generales de legitimación en la causa, principio de subsidiaridad y principio de inmediatez.*

#### **CONSIDERACIONES**

#### **COMPETENCIA**

Este Despacho es competente por factor territorial, para conocer y resolver la presente acción de tutela, toda vez que la competencia la establece el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1382 de 2000, por cuanto se trata de una presunta vulneración del derecho a la salud por parte de una EPS que se encuentra en la jurisdicción de este Circuito Judicial de Tunja, como lo es LA NUEVA EPS S, y además una entidad territorial como lo es SECRETARÍA DE SALUD DE BOYACÁ. Por factor funcional (reglas de reparto establecidas en el Decreto 1382 de 2000), este Despacho es competente por tratarse de una autoridad pública del orden departamental como la SECRETARIA DE SALUD DE BOYACÁ, y la EPSS NUEVA EPS, al ser un particular que presta un servicio público.

#### **MARCO JURÍDICO**

#### **DE LA ACCIÓN DE TUTELA / CONCEPTO / PROCEDENCIA / SUBSIDIARIEDAD / INMEDIATEZ.**

La acción de tutela tiene por objeto brindar una protección judicial especial, inmediata y preferente de los derechos fundamentales de los asociados. Acción que debe prosperar

cuando se establezca que por una acción u omisión de la autoridad pública o de particulares, se ha causado un daño real o se ha amenazado efectivamente tales derechos, siempre y cuando “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”<sup>2</sup> (principio de subsidiariedad de la acción tutela).

Bajo este derrotero, la Corte Constitucional ha sostenido que la acción de tutela obedece al principio de subsidiariedad, *“Es decir: no constituye un mecanismo de defensa judicial alternativo o supletorio de los recursos o medios ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho; no puede ser empleada para revivir oportunidades procesales vencidas como consecuencia de la inactividad injustificada del interesado; y, no constituye un último medio judicial para alegar la vulneración o afectación de un derecho”*<sup>3</sup>.

El juez de tutela no es la primera línea de defensa o protección de los derechos fundamentales de los colombianos, su competencia se activa siempre que no exista otro recurso administrativo o medio de defensa judicial de justificada idoneidad y eficacia, para que cese inmediatamente el peligro o la vulneración. De hacer caso omiso a esta causal de improcedencia, la tutela se convertiría *“en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales”*<sup>4</sup>.

Es importante acotar que *“Sin embargo y como regla exceptiva, la procedencia de la acción de tutela, cuando existen otros medios de defensa judicial, se sujeta a las siguientes reglas: i) procede como **mecanismo transitorio**, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario; ii) procede la tutela como **mecanismo definitivo**: cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia. Además, iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, **personas de la tercera edad**, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”*<sup>5</sup>.

Frente a la idoneidad y eficacia del recurso o mecanismo de defensa judicial, este hace alusión a que el medio de defensa, si bien existe formalmente, debe ser sustancialmente generador de protección del derecho fundamental conculcado, al respecto la Corte Constitucional ha señalado:

*“...Pero ese medio que desplaza la viabilidad del amparo tiene que ser materialmente apto para lograr que los derechos fundamentales en juego sean eficientemente protegidos.*

*En consecuencia, no tienen tal virtualidad los medios judiciales apenas teóricos o formales, pues según el artículo 228 de la Carta, en la administración de justicia debe prevalecer el Derecho sustancial...”*<sup>6</sup>

En lo que atañe a la procedencia de la acción de tutela por la existencia de un perjuicio irremediable, pese a existir otro mecanismo de defensa judicial o administrativo idóneo y eficaz, la Corte Constitucional ha sintetizado unas características para que proceda la acción frente al perjuicio irremediable, así:

*“En primer lugar, debe ser inminente o próximo a suceder, acreditado ello con suficientes elementos fácticos y tomando en cuenta, además, el origen del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, material y/o moralmente, susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas desde la doble perspectiva de dar*

<sup>2</sup> Numeral 1 artículo 6 del decreto 2591 de 1991.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 2007.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-177/11.

<sup>5</sup> Sentencia T-398 de 2015. Ver además T-800 de 2012, T-328 de 2011 y T-859 de 2004.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-001/97. En igual sentido, Sentencias T-003/92 y T- 441/93.

*respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y armonizar con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable. El perjuicio irremediable exigido se refiere entonces al "grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables", para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho".*

Pasando a otro aspecto de la procedencia del amparo constitucional, la acción de tutela está igualmente supeditada al cumplimiento del requisito de inmediatez. Este exige que la acción sea interpuesta de manera oportuna en relación con el acto que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. La inmediatez encuentra su razón de ser en la tensión existente entre el derecho constitucional a presentar una acción de tutela "en todo momento" y el deber de respetar la configuración de la acción como un medio de protección "inmediata" de los derechos fundamentales. Es decir, debe existir necesariamente una correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición oportuna.

La Alta Corporación Constitucional en sentencia T-447 de 2012 refirió:

*"(...) En reiterada jurisprudencia la Corte ha insistido que, si bien el artículo 86 de la Constitución Política, señala que la acción de tutela puede ser interpuesta "en todo momento", ello no significa que no deba interponerse en una plazo razonable desde el inicio de la amenaza o vulneración pues, de acuerdo con el mismo artículo constitucional, es un mecanismo diseñado para reclamar "la protección inmediata" de los derechos fundamentales. En este orden de ideas, corresponde al juez constitucional tomar en cuenta como dato relevante, el tiempo transcurrido entre el hecho generador de la solicitud y la petición de amparo, pues un lapso irrazonable puede llegar a demostrar que la solución que se reclama no se requiere con la prontitud que se espera en los casos para las cuales el mecanismo preferente y sumario de la tutela está reservado"*

También se dijo en la misma tutela que existen situaciones especiales que impiden la rigurosa aplicación de este requisito, como son: i) la vulneración es permanente en el tiempo; y ii) la situación del actor lo ubica en una condición de vulnerabilidad que hace desproporcionada la exigencia de acudir con prontitud ante el juez. Al respecto:

*"(...) No obstante, esta Corte en la sentencia T-584 de 2011 indicó que no es exigible de manera estricta el requisito de la inmediatez en la interposición de la tutela, es (i) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación es continua y actual. Y (ii) cuando la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, hace desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros."*

#### **TITULARIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.**

Conforme el art. 10 del decreto 2591 de 1991, *"La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí 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 podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales".***

Por otra parte, en relación con la 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.”*

## **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.**

La accionante ANA ROCIO LOPEZ AVILA, se encuentra legitimada por activa, por cuanto acredita ser la persona que aduce es la directamente perjudicada con la negación de la entrega de LA ORDEN PARA VALORACION POR EL MEDIO ANESTECIOLOGO para tratamiento de la enfermedad que padece por la EPS accionada, conforme lo establecido en el art. 86 de la Constitución Nacional y el art. 1º del Decreto 2591 de 1991, y por ser la titular de los derechos fundamentales que aduce vulnerados.

Por un lado, la NUEVA EPSS, FAMEDIC IPS y la SECRETARIA DE SALUD DE BOYACA es la entidad que presta el servicio de salud en el régimen subsidiado a la accionante, y ante quien se solicitó la ATENCION MEDICA POR ANESTECIOLOGIA - PREANESTECIA ordenada por el médico tratante – junta médica conformada por los doctores YESITH FERNANDO CRISTANCHO QUEVEDO , CRISTHIAN ROJAS HERRERA Y HERNADNO AGUSTO BRICEÑO MARTINEZ (especialistas en ortopedia) (Folios 6 y7 del cuaderno de tutela), y a quien le corresponde realizar el cobro respectivo del servicio NO POSS es a la NUEVA EPSS, razón por la cual le asiste legitimación por pasiva.

Por otro lado, la SECRETARÍA DE SALUD DE BOYACÁ tiene legitimación por pasiva, por cuanto, si bien no es la entidad que está denegando el servicio médico prescrito por el médico tratante, sin embargo conforme lo establece la Resolución No. 1479 de 2015 del Ministerio de Salud, es la entidad que debe pagar la solicitud de cobro que realice la EPSS del servicio médico NO POSS entregado a la accionante, y en esa medida no se le desvinculará de la presente acción, aunque no tiene responsabilidad en la presunta afectación de derechos fundamentales de la actora, sino se mantendrá para efectos de garantía de la protección de los derechos afectados, y para efectivizar la presente decisión.

## **DEL DERECHO A LA SALUD.**

El derecho a la salud está consagrado en la Carta Magna como sigue:

*Art. 49. 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.*

*La Ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.*

*Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.*

De otra parte, el Gobierno Nacional sancionó la Ley Estatutaria 1751 de 16 de febrero de 2015, por medio de la cual se elevó a la categoría de derecho fundamental la salud, a la letra seña:

**Artículo 2. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud.** *El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.*

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

Así las cosas, siendo un derecho fundamental impone al Estado el deber de procurar que efectivamente se le satisfaga, observando principios como universalidad, solidaridad, eficiencia, participación, integralidad y unidad<sup>7</sup>, para lo cual debe desplegar actividades positivas e inequívocas.

Respecto al acceso al servicio médico que requiera el paciente, debe superar trámites innecesarios que lo demoren excesivamente e impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por ello, la Corte Constitucional, en Sentencia T-234 de 2013, M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez, expuso:

*“Una de las características de todo servicio público, atendiendo al mandato de la prestación eficiente (Art. 365 C.P.), la constituye su continuidad, lo que implica, tratándose del derecho a la salud, su prestación ininterrumpida, constante y permanente, dada la necesidad que de ella tienen los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. Sobre este punto, la Corte ha sostenido que una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente. Asimismo, este derecho constitucional a acceder de manera eficiente a los servicios de salud, no solamente envuelve la garantía de continuidad o mantenimiento del mismo, también implica que las condiciones de su prestación obedezcan a criterios de calidad y oportunidad.”*

Y seguidamente puntualizó:

*“Cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una gestión diligente, una EPS demora un tratamiento o procedimiento médico al cual la persona tiene derecho, viola su derecho a la salud e impide su efectiva recuperación*

<sup>7</sup> Sent. C-408 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

*física y emocional, pues los conflictos contractuales que puedan presentarse entre las distintas entidades o al interior de la propia empresa como consecuencia de la ineficiencia o de la falta de planeación de estas, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y clausura óptima de los servicios médicos prescritos.”*

A su turno, el tratamiento integral está regulado en el Artículo 8° de la Ley 1751 de 2015, implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye **suministrar “todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”**. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir **“prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”**.

El tratamiento integral también implica la obligación de **no fraccionar la prestación del servicio**, por lo que está conexo con el principio de continuidad, que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, obliga a prestar los servicios de salud de modo **adecuado e ininterrumpido**. Para tal efecto, las entidades de salud deben actuar con sujeción al principio de solidaridad, de modo que los trámites administrativos no sean un obstáculo en la prestación de sus servicios y los mismos sean brindados de forma coordinada y armónica.

Debe tenerse en cuenta que los pacientes, por sus padecimientos, no están en la misma capacidad que los demás para gestionar la defensa de sus derechos, por lo que se les debe brindar un servicio eficiente desde el inicio hasta el fin de la enfermedad, de tal forma que puedan sobrellevar sus padecimientos de manera digna.

Bajo esta línea, la Corte sostuvo en la Sentencia T-760 de 2008, que:

*“En la medida en que las personas tienen derecho a que se les garantice el tratamiento de salud que requieran, integralmente, en especial si se trata de una enfermedad ‘catastrófica’ o si están comprometidas la vida o la integridad personal, las entidades territoriales no pueden dividir y fraccionar los servicios de salud requeridos por las personas. Así por ejemplo, un Departamento, entidad encargada de prestar la atención a personas con cáncer, no puede dejar de garantizar el suministro de oxígeno domiciliario permanente a un enfermo de cáncer que lo requiere como parte integral de su tratamiento, bajo el argumento de que el servicio de oxígeno, individualmente considerado, corresponde a las entidades municipales. En lo que se refiere a garantizar el acceso efectivo al servicio de salud requerido a una persona, puede entonces decirse, que las entidades e instituciones de salud son solidarias entre sí, sin perjuicio de las reglas que indiquen quién debe asumir el costo y del reconocimiento de los costos adicionales en que haya incurrido una entidad que garantizó la prestación del servicio de salud, pese a no corresponderle”*.

## **DEL CASO EN CONCRETO**

Tenemos que ANA ROCIO LOPEZ AVILA, fue diagnosticada con luxación conjunta de cadera crown4 pedida total de la relación articular en ascenso de la cabeza femoral hasta el iliaco, su dolencia fue valorada por la junta médica el 28 de enero de 2021 ordenado la valoración por anestesiología para efectos de realizar la cirugía de remplazo total de cadera derecha.

Diagnostico que obra en el paginario pues revisado el expediente se encuentra de los documentos aportados con la acción (fls.6 -8), que la accionante ANA ROCIO LOPEZ AVILA fue atendida por la junta médica, como afiliada a la NUEVA EPSS dentro del régimen subsidiado, y los médicos de la junta los doctores YESITH FERNANDO CRISTANCHO QUEVEDO, CRISTHIAN ROJAS HERRERA y HERNANDO AGUSTO BRICEÑO MARTINEZ, médicos ortopedistas. Frente a lo anterior, se tiene por configurado éste requisito, no sólo por lo indicado atrás, sino por cuanto las accionadas no realizaron alegación alguna en contra de éste hecho, razón por la cual se cumple el mismo.

**Que le tratamiento no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS, o que si puede ser sustituido, no tenga el mismo nivel de efectividad.**

Frente a éste aspecto, en criterio de los médicos traumatólogos YESITH FERNANDO CRISTANCHO QUEVEDO, CRISTHIAN ROJAS HERRERA Y HERNADNO AGUSTO BRICEÑO MARTINEZ, se requiere de la cirugía y es la razón por la cual se prescribe la valoración por preanestesiología, y además, se tiene que la carga de la prueba le correspondía a la EPS accionada, para efectos de discutir que al interior de los tratamientos POSS pudieran existir otro u otros tratamientos que cumplan la misma función y tengan el mismo grado de efectividad, pero al no realizar alegación alguna al respecto, se evidencia que no hay oposición a lo prescrito por el médico tratante, y por ende, se tendrá también cumplido éste requisito.

**Que el paciente no pueda sufragar el costo del tratamiento requerido, o que no pueda acceder a él por otro plan de salud.**

Frente a éste tema, la Corte Constitucional ha establecido, por ejemplo en la Sentencia T-498A de 2006 lo siguiente:

*"Con el propósito de establecer una metodología que permita identificar los eventos que configuran incapacidad económica, conviene señalar que la doctrina constitucional ha precisado una serie de reglas probatorias en torno a la capacidad económica de quienes requieren servicios que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Estas reglas fueron sintetizadas de la siguiente manera: "(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llegó a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad".*" (Negrilla del Despacho)

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que en el escrito de tutela la accionante aduce o realiza expresamente la manifestación es de escasos, lo que no le permite pagar el costo de la medicina de manera particular, lo cual evidenciaría una ausencia de recursos necesarios, sumado al hecho de encontrarse afiliada a régimen subsidiado, y frente a la cual, considera el Despacho, que se debe invertir la carga de la prueba en la EPS, a fin de demostrar lo contrario, situación que dada el silencio que guardó frente a éste punto, se tendrá por cumplido éste requisito.

**Del procedimiento de cobro de medicamento NO POSS.**

La Resolución No. 1479 de 2015 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la cual se establece el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud suministrados a los afiliados del Régimen Subsidiado, establece dos procedimientos o modelos para cumplir su finalidad; el primero, establecido en el capítulo I, es decir, en los arts. 6º a 8º, en donde se determina la garantía del suministro de servicios y tecnologías no cubiertas en el POS centralizada en la

entidad territorial, y el segundo, establecido en el capítulo II, es decir, en los arts. 9º y 10º, relativo a la garantía de la prestación de servicios y tecnologías no cubiertas por el POS, a través de las Administradoras de planes de beneficios que tienen afiliados al régimen subsidiado de salud.

Frente a lo anterior, el art. 4º de la Resolución indicada, establece que la entidad territorial, en éste caso, la SECRETARÍA DE SALUD DE BOYACÁ, debe definir mediante acto administrativo el modelo que aconseje según sus necesidades, y ante ello alega la EPSS accionada, que lo hizo la entidad territorial mediante Circular No. 267 de 2015, escogiendo el modelo II, es decir, en el que la EPSS presta el servicio y debe presentar la solicitud de cobro ante la entidad territorial de acuerdo a lo establecido en el art. 10º de la Resolución citada, razón por la cual, se debe garantizar no sólo la entrega efectiva del medicamento solicitado, sino el cobro y pago efectivo respectivamente.

### **CONCLUSIÓN Y ÓRDENES A EMITIR.**

Teniendo en cuenta lo antes indicado, se tiene que se vulnera el derecho a la salud de la accionante por parte de LA NUEVA EPS y FAMEDIC IPS (guardo silencio por lo tanto se debe aplicar el artículo 21 del decreto 2591 de 1991- admitieron la vulneración), al haberse demorado en expedir las órdenes para realizar los exámenes prequirúrgicos, anestesiología - NO POSS, pudiendo haber activado el procedimiento establecido en la Resolución No. 1479 de 2015, y no lo hizo, y por ende, se hace necesario tutelar, ordenando lo siguiente:

**A la accionada NUEVA EPSS y FAMEDIC IPS, para que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, se entregue de manera efectiva LA ORDEN DE ATENCION MEDICA POR ANESTESIOLOGIA "VALORACION PREANESTESICA" prescrito por la junta médica, y así mejorar la condición de movilidad de la paciente, hasta completar la totalidad del tratamiento y por el tiempo que el médico tratante así lo determine, garantizándose su continuidad.**

Se autoriza a la NUEVA EPS para que en coordinación con la SECRETARÍA DE SALUD DE BOYACÁ, una vez realizado EL EXAMEN MEDICO "PREANESTESIA", se active el procedimiento descrito en el art. 10º de la Resolución No. 1479 de 2015, para que obtenga de la SECRETARÍA DE SALUD DE BOYACÁ, el pago del medicamento NO POSS, y éste procedimiento se realice en la medida del tratamiento prescrito por el médico tratante frente al medicamento indicado.

Las accionadas NUEVA EPS, FAMEDIC IPS y SECRETARÍA DE SALUD DE BOYACÁ deberán informar a éste Despacho el cumplimiento de todo lo anterior.

Se quiere resaltar por el Despacho, que la legislación anterior indicada relativa al nuevo procedimiento de cobro y pago por parte de las entidades territoriales departamentales y distritales a los prestadores de servicios de salud públicos, privados o mixtos, por los servicios y tecnologías sin cobertura por el POS y provistas a los afiliados en régimen subsidiado, cuando sea autorizado por el Comité Técnico Científico o por autoridad judicial, lo que busca en principio, es que no sólo se elimine la figura del recobro al FOSYGA, sino además agilizar ese procedimiento y así incluso, conllevar a reducir el número de acciones de tutela en éstos supuestos, por lo que con base en el art. 24 del Decreto 2591 de 1991 se REQUIERE a la accionada NUEVA EPSS, para que en lo sucesivo, no vuelva a incurrir en conductas como la presente, que vulnera derechos fundamentales de las personas, especialmente a la salud y a la vida.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de Viracachá, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO.** TUTELAR el derecho A LA SALUD de la señora ANA ROCIO LOPEZ AVILA identificada con la C.C. No.1.057.736.558, en contra DE LA NUEVA EPS, FAMEDIC IPS y SECRETARIA DE SECRETARIA DE SALUD DE BOYACA, de conformidad con lo establecido en los fundamentos de ésta providencia.

**SEGUNDO.-** A la accionada NUEVA EPSS y FAMEDIC IPS, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, se entregue de manera efectiva LA ORDEN DE ATENCION MEDICA POR ANESTESIOLOGIA "VALORACION PREANESTESICA" prescrito por la junta médica, y así mejorar la condición de movilidad de la paciente, hasta completar la totalidad del tratamiento y por el tiempo que el médico tratante así lo determine, garantizándose su continuidad.

**TERCERO.** - Se autoriza a la NUEVA EPS para que en coordinación con la SECRETARÍA DE SALUD DE BOYACÁ, una vez realizado EL EXAMEN MEDICO "PREANESTESIA", se active el procedimiento descrito en el art. 10º de la Resolución No. 1479 de 2015, para que obtenga de la SECRETARÍA DE SALUD DE BOYACÁ, el pago del medicamento NO POSS, y éste procedimiento se realice en la medida del tratamiento prescrito por el médico tratante frente al medicamento indicado.

**CUARTO.-** Las accionadas NUEVA EPS, FAMEDIC IPS y SECRETARÍA DE SALUD DE BOYACÁ deberán informar a éste Despacho el cumplimiento de todo lo anterior.

**QUINTO-** Esta decisión es susceptible de impugnación, la que deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. Si no lo fuere, REMITASE en su oportunidad el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

