

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

**JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS
FLORENCIA - CAQUETÁ**

Proceso : Acción de tutela
 Radicación : 18-001-40-04-003-2022-00132-00
 Accionante : **GIOVANA COLORADO CASTRO en representación de la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO**
 Accionado : **ASMET SALUD EPS y otros**
 Sentencia : **124**

Florencia, Caquetá, Siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022)

1.- ASUNTO

Resolver la acción de tutela interpuesta por la señora **GIOVANA COLORADO CASTRO en representación de la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO** en contra de **ASMET SALUD EPS y la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ**, por la presunta vulneración del derecho fundamental a la salud, vida, seguridad social y dignidad humana de la menor.

2.- ANTECEDENTES

Funda la señora **GIOVANA COLORADO CASTRO**, su solicitud de amparo en favor de la menor **SARA VALENTINA BERNAL COLORADO**, bajo los siguientes hechos:

Indica que, su hija SARA VALENTINA BERNAL COLORADO, tiene nueve años de edad y se encuentra diagnosticada con *"HIPOTIROIDISMO SUBCLINICO POR DEFICIENCIA YODO, TRASTORNO DEL DESARROLLO DEL HABLA Y DEL LENGUAJE NO ESPECIFICADO, ESTRABISMO NO ESPECIFICADO, TAQUICARDIA NO ESPECIFICADA, INCONTINENCIA FECAL"*.

Refiere que, el día 29 de agosto de 2022, la menor fue valorada por especialista en medicina pediátrica, quien le ordenó *"CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR OFTALMOLOGÍA"*; que, el anterior servicio fue autorizada por parte de Asmet Salud, a través de orden de servicios No. 211613736, la cual le fue programada para el día 26 de octubre de 2022, en la ciudad de Neiva- Huila.

Aduce que, en vista de lo anterior, se acercó a la EPS a solicitar el suministro de los viáticos requeridos para acudir a la mencionada consulta, sin

embargo, los mismos le fueron negados, actuar con el que se vulneran los derechos fundamentales de la menor, debido a que, no cuenta con los recursos económicos necesarios para sufragar los gastos del traslado.

2.1. PETICIÓN

Como consecuencia de lo anterior, solicitó la accionante:

PRIMERO: Con base y fundamento en los hechos relacionados, solicito respetuosamente al señor Juez, se le conceda y tutele a mi menor hija SARA VALENTINA BERNAL COLORADO, el derecho fundamental y constitucional a la salud, vida digna y ordene a ASMET SALUD EPS Y SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL y/o quien corresponda, otorgue los Viáticos, y los servicios accesorios de Alojamiento y Alimentación para asistir a la **“CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGÍA”** en la ciudad de Neiva Huila el 26 de octubre del 2022, y cada vez que deba trasladarse a otra ciudad sin importar el destino ni la patología y los días de estadía, lo anterior también para la suscrita, la cual soy su madre y representante, en todo los temas que tienen que ver con su salud, debido a que claramente no puede depender de sí misma

3. - ACTUACIÓN PROCESAL

El 26 de septiembre de 2022, correspondió por reparto a este despacho, la acción de tutela de la referencia¹, la cual se admitió mediante auto de la misma fecha², a través del cual se dispuso oficiar a las entidades accionadas, para que, en el término legal de un día, se pronunciara sobre los hechos planteados en el escrito de tutela, al tiempo que, se ordenó la vinculación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-.

4.- RESPUESTA DE LAS PARTES ACCIONADAS

4.1. La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, mediante escrito³ allegado el 28 de septiembre de 2022⁴, suscrito por el Abogado de la Oficina Jurídica, señaló que, 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, del primero (01) de agosto del año 2017, entró en operación esa Administradora, 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

¹ Ver archivo “02ActaReparto” del expediente digital.

² Ver archivo “05AutoAdmiteTutela” del expediente digital.

³ Ver archivos “07RespuestaADRES” del expediente digital.

⁴ Ver archivos “06CorreoRespuestaADRES” del expediente digital.

como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

Manifestó que, es función de la EPS, y no de esa Administradora, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva; adujo 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.

Afirmó que, respecto de la pretensión relacionada con el “reembolso” del valor de los gastos que realice la EPS, lo mismo no es procedente, toda vez que, si bien la ADRES es la encargada de garantizar el adecuado flujo de los recursos de salud, específicamente de la financiación de los servicios no financiados por la UPC, el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019, se debe interpretar con el artículo 240 de la misma ley, 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.

Que, 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; que, conforme a lo anterior, esa entidad 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.

Conforme a lo anterior, solicitó ser desvinculado del trámite de la acción y que se niegue el recobro a favor de la EPS.

4.2. LA SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ, mediante escrito⁵ allegado el 28 de septiembre de 2022⁶, suscrito por su titular, indicó que, el Departamento de Caquetá- Secretaría de Salud Departamental, no es responsable de la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO.

Refiere que, 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 competente para pronunciarse, evidenciándose claramente la configuración del fenómeno de la falta de legitimación pasiva de la tutela, al no estar legitimada para contestar; no se puede responsabilizar de los actos, hechos, omisiones de otras entidades, para el presente asunto es de referenciar que la Secretaria de Salud Departamental, no es la EPS donde se encuentra afiliada SARA VALENTINA BERNAL COLORADO.

Frente a lo relacionado con la cobertura y acceso a las prestaciones que garantizan el derecho a la salud, indica que, la Resolución No. 0002292 de 2021 proferida por el Ministerio de Salud y la Protección Social actualiza LOS SERVICIOS Y TECNOLOGIAS en Salud FINANCIADOS con RECURSOS de la UNIDAD DE PAGO POR CAPITACION (UPC), recursos que se reciben para tal fin, como mecanismo de protección colectiva, y establece las coberturas de los servicios y tecnologías en salud en todas las fases de la atención, para todas las enfermedades y condiciones clínicas; que deberán ser garantizados por las Entidades Promotoras de Salud EPS a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS en el territorio nacional en las condiciones de calidad establecidas por la normatividad vigente; sin que trámites de carácter administrativo se conviertan en barreras para el acceso efectivo al derecho a la salud.

Manifiesta que, los servicios y tecnologías de salud no financiados con recursos de la UPC, es decir los que no se encuentran dentro del plan de beneficios, son asumidos financieramente por la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES), quien transfiere directamente dichos recursos a las EPS.

Referente a las pretensiones del accionante, indica que, las mismas son competencia de ASMET SALUD EPS, teniendo en cuenta que está a su cargo la prestación de los servicios, medicamentos, procedimientos e insumos estén o no incluidos en el Plan de beneficios, garantizando la disponibilidad de recursos administrativos, financieros y operativos para garantizar la prestación del servicio, garantizando los traslados que necesitare cuando el servicio sea prestado fuera del lugar de residencia.

En consecuencia, solicitó ser desvinculado del trámite de la acción, toda vez que se configura la falta de legitimación por pasiva.

⁵ Ver archivos “10RespuestaSecretariaSalud” del expediente digital.

⁶ Ver archivos “09CorreoRespuestaSecretariaSalud” del expediente digital.

4.3. ASMET SALUD EPS, mediante escrito⁷ allegado el 28 de septiembre de 2022⁸, suscrita por su Gerente Departamental, ALFREDO JULIO BERNAL CAÑÓN, indicó que, a la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO, desde su fecha de afiliación, se le han garantizado todos los servicios de salud que ha necesitado.

Refiere que, a la presente fecha no existe una transgresión al derecho fundamental a la salud de la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO por parte de ASMET SALUD EPS S.A.S., pues le ha garantizado la prestación del servicio en Florencia-Caquetá, además de que, la accionante no allegó prueba sumaria, que sustente el perjuicio inminente o daño irremediable que se le está ocasionando, situación que incumple uno de los presupuestos exigidos en la acción de tutela.

Manifestó que, la señora GIOVANA COLORADO CASTRO, actuando en representación de la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO, instauró acción de Tutela para el reconocimiento del transporte ida y regreso, alimentación y hospedaje para ella como usuaria y un acompañante, para cuando requiera a recibir atenciones por las patologías HIPOTIROIDISMO SUBCLINICO POR DEFICIENCIA DE YODO, ESTRABISMO, NO ESPECIFICADO, RETARDO EN DESARROLLO y OBESIDAD, NO ESPECIFICADA; indica que, al analizar el caso sub judice, se encuentra que, el servicio de CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGÍA, hace parte del Plan Obligatorio de Salud, sin embargo, al revisar la Resolución 2381 de 2021, se observa que el Ministerio de Salud y Protección Social no reconoció prima adicional para el municipio de Florencia, es decir, no dio un valor adicional, con el que la Entidad Promotora de Salud deba sufragar los gastos de transporte en que incurra la accionante para recibir el servicio de salud requerido.

Que, así las cosas, al no configurarse el primer evento, debe revisarse si este asunto se encuadra en la situación descrita en el parágrafo del artículo 108 de la Resolución N° 2292 de 2021, es decir, se debe verificar si el servicio requerido por el paciente, hace parte de la puerta de entrada al Sistema de Seguridad Social en Salud, esto es, Consulta General y Odontología no especializada, para así determinar, a quien le corresponde asumir los gastos de transporte; por lo que se tiene que, la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO, requiere gastos de transporte para desplazarse desde el municipio de Florencia hasta la ciudad de Neiva, en donde asistirá al servicio de “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGÍA”, el cual pese a que se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud, no puede catalogarse como un servicio de puerta de entrada al Sistema de Seguridad Social, por lo que, esa EPS no está obligada a sufragar los gastos de transporte en que incurra la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO, para que se le preste el servicio referido,

⁷ Ver archivos “12RespuestaAsmetSalud” del expediente digital.

⁸ Ver archivos “11CorreoRespuestaAsmetSalud” del expediente digital.

ya que la norma es clara en delimitar el servicio de transporte únicamente para la Consulta General y/o Odontológica no Especializada.

Indica que, la remisión de la paciente de Florencia a Neiva, se dio debido a que, el servicio de "CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGÍA", no existe una IPS que oferte el mismo, por lo que, el traslado de la usuaria a otro municipio diferente al de su residencia, no obedeció a una decisión caprichosa de esa entidad, sino que obedeció a que las IPS que operan en el municipio de Florencia no cuentan con la habilitación del servicio requerido.

Aduce que, frente a la solicitud de la accionante relacionada con el suministro de tratamiento integral para la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO, adujo que, la misma ha recibido todos los servicios de salud, sin ningún tipo de restricción, conforme lo han ordenado los médicos tratantes, por lo tanto y al no existir servicios de salud pendientes de tramitar, esa pretensión debe ser desestimada.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó: (i) ser desvinculado del trámite de la acción; (ii) vincular a la ADRES y ordenar que asuma el costo de todos los servicios excluidos del plan de beneficios o conceder el derecho al recobro a la EPS y; (iii) se ordene al Departamento de Caquetá que proceda a pagar de manera anticipada todos los servicios que ordene el juez de tutela, para evitar un incumplimiento de la orden judicial.

5.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Corresponde a este Despacho analizar y conocer de la acción de tutela de la referencia, en razón a las entidades accionadas – ASMET SALUD EPS y la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ –, lo anterior con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y, el artículo 1º, numeral 1 del Decreto 333 del seis (6) de abril de 2021, por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.

5.2 De la acción de tutela

Sea lo primero señalar que la acción de tutela es un mecanismo cuya finalidad consiste en garantizar el disfrute de los derechos fundamentales en el evento en que estos hayan sido violados o amenacen ser violados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por los particulares. Además, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario al que se acude, en últimas, para remediar o evitar un perjuicio, no así una instancia respecto de los derechos reclamados.

Por otra parte, se debe manifestar que esta acción fue establecida para salvaguardar derechos de carácter fundamental correspondiéndole al Juez de tutela velar por la protección inmediata y eficaz de los derechos respectivos que puedan resultar vulnerados o amenazados en determinado momento, siendo conveniente recordar que proteger una situación mediante la acción de tutela genera, para el fallador, la responsabilidad de tener absolutamente claro que de por medio hay una violación lo suficientemente grave como para que se afecte el concepto de persona como entidad moral y de respeto, cuando advierte violación, quebrantamiento o amenaza a los derechos fundamentales del accionante.

5.3. **Legitimación.**

Así mismo, se observa que la acción de tutela es interpuesta por la señora GIOVANA COLORADO CASTRO en representación de la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO, quien representa los intereses de su hija, que es la persona directamente afectada, por lo cual no existe ninguna duda frente a la *legitimación por activa*, pues se encuentra satisfecho el principio básico de autonomía que rige su interposición.

Frente a la *legitimación por pasiva*, se encuentra que la acción se interpone en contra de ASMET SALUD EPS y la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ, quien presuntamente está desconociendo los derechos de la menor aquí representada; por lo cual existe legitimación en la causa por pasiva, en los términos de los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

5.4 **Problema Jurídico.**

Así las cosas, corresponde a este Despacho determinar si en el caso planteado por la accionante, se configura una violación al derecho fundamental a la salud, vida, seguridad social y dignidad humana de la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO, ante la presunta omisión de la EPS ASMET SALUD de suministrarle los viáticos requeridos para asistir a la "CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGÍA", servicio que le fue autorizado para ser prestado en la IPS OFTALMOLASER SOCIEDAD DE CIRUGÍA OCULAR DEL HUILA S.A., ubicada en la ciudad de Neiva- Huila.

5.5 **Solución al Problema Jurídico.**

5.5.1 **Requisitos de Procedibilidad de la Acción de Tutela. Subsidiaridad e Inmediatez.**

Frente al cumplimiento del requisito de *inmediatez*, cabe señalar que, una vez verificados los hechos narrados por la accionante, se encontró que a la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO, se le expidió autorización de servicios No. 211613736 fechadas al 31 de agosto de 2022, para el servicio de "CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGÍA", por lo que su madre, la señora GIOVANA COLORADO CASTRO, acude a la

acción de tutela, ante la carencia de recursos económicos que requiere para realizar el desplazamiento a la ciudad de Neiva, para la prestación del servicio médico que le fue ordenado a la menor; en vista de lo anterior, se encuentra cumplido el mencionado requisito, toda vez que, a la fecha de presentación de la acción, habían transcurrido unos días después, desde la expedición de la mencionada autorización, término que se considera razonable ante el carácter apremiante de la acción Constitucional.

En relación con el requisito de *subsidiariedad*, debe indicarse que, por su carácter residual o complementario, la acción de tutela únicamente procede en aquellos eventos en los cuales no existe otro mecanismo judicial de defensa o cuando, de existir, el medio alternativo es claramente insuficiente o ineficaz para brindar garantía a los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, o, igualmente, que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; en consecuencia, se encuentra acreditado el requisito de *subsidiariedad*, habida cuenta que, al considerar la señora GIOVANA COLORADO CASTRO, que se vulneran los derechos fundamentales de su hija, la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO, por parte de los accionados, acude a la acción constitucional.

5.5.2. El Derecho a la Salud

En relación con el Derecho a la salud, ha acotado la Corte Constitucional:

“4.4. Derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia

4.4.1. El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social y la define en los siguientes términos: “es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley”, al tiempo que, el artículo 49, respecto del derecho a la salud, señala que: “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 (...)”.

Al estudiar los complejos problemas que plantean los requerimientos de atención en salud, esta Corporación se ha referido a sus facetas, una como derecho y otra como servicio público a cargo del Estado. Cada una de estas expresiones implica un ejercicio de valoración particular, en el que se debe tener en cuenta el conjunto de principios que les son aplicables. Así, en cuanto a la salud como derecho, se ha dicho que la misma se relaciona con los mandatos de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, respecto a la salud como servicio, se ha advertido que su prestación debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.”

5.5.3. El Derecho a la Seguridad Social

Por su parte, el derecho a la Seguridad Social ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho Constitucional fundamental.

De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social, por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución.

En ese sentido la Corte Constitucional en Sentencia T-164 del 2013, indicó:

“Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe discurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social. En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional –incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional –, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente. Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad”. Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos –políticos, civiles, sociales, económicos y culturales –es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).”

5.6. CASO CONCRETO

Corresponde al Despacho determinar si, la ASMET SALUD EPS y la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ han vulnerado los derechos fundamentales de la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO, ante la presunta omisión frente al suministro de los viáticos que requiere para desplazarse a la ciudad de Neiva, para asistir a “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGÍA”.

De los documentos allegados al plenario, se avizoró lo siguiente:

- Conforme a lo señalado por la actora en el escrito tutelar y a lo indicado por la EPS encartada al descorrer el traslado, es posible afirmar que, la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO, se encuentra afiliada a la EPS ASMET SALUD, en el régimen subsidiado de salud.
- La menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO acudió el día 29 de agosto de 2022⁹, a consulta en la IPS NAZHER CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO, siendo atendida por especialista en pediatría, ordenándosele los siguientes servicios:

1 [890245] CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ENDOCRINOLOGÍA PEDIÁTRICA (1) · AIS

2 [890285] CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN PSIQUIATRÍA PEDIÁTRICA (1) · AIS

3 [890208] CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR PSICOLOGÍA (1) → Dnasher
SS VAL POR NEUROPSICOLOGIA

4 [890276] CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGÍA (1) · AIS
PEDIATRICA

5 [904904] HORMONA ESTIMULANTE DEL TIROIDES ULTRASENSIBLE (1)

6 [904921] TIROXINA LIBRE (1)

7 [904924] TRIYODOTIRONINA LIBRE (1)

8 [890383] CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN PEDIATRÍA (1) ✓
CON RESULTADOS

- Teniendo en cuenta lo relatado por la señora GIOVANA COLORADO CASTRO, se tiene que, a la menor se le emitió autorización de servicios No. 211613736 para el servicio de “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGÍA”, negándosele por parte de la EPS ASMET SALUD, el suministro de los viáticos necesarios para que la menor y un acompañante, se desplacen a la ciudad de Neiva a cumplir con la consulta que fue programada para el día 26 de octubre de 2022, en la IPS OFTALMOLASER SOCIEDAD DE CIRUGÍA OCULAR DEL HUILA S.A.
- La señora GIOVANA COLORADO CASTRO representante legal de la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO, afirmó que, no cuenta con los recursos económicos necesarios para cubrir los gastos de desplazamiento hacia la ciudad de Neiva.

⁹ Ver archivo “04Anexos”, páginas 3-7 del expediente digital.

- Al recorrer el traslado, la EPS ASMET SALUD, indicó que, dicha entidad no se encuentra en la obligación de suministrar los viáticos requeridos por la accionante, razón por la que solicitó se negaran las pretensiones de la acción.

En relación a lo anterior, ha de señalarse que, solicitó la señora GIOVANA COLORADO CASTRO se ampare el derecho fundamental a la salud, vida, seguridad social y dignidad humana de su hija, la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO y, consecuentemente, se ordene a ASMET SALUD, que proceda a suministrar los viáticos necesarios para asistir a la “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGÍA”.

Frente a la solicitud de viáticos para asistir a la “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGÍA”, la cual se realizará en la IPS OFTALMOLASER SOCIEDAD DE CIRUGÍA OCULAR DEL HUILA S.A., ubicada en la ciudad de Neiva, debe indicarse que, teniendo en cuenta la carencia de recursos económicos alegada por la señora GIOVANA COLORADO CASTRO, situación que se ve respaldada con la pertenencia al régimen subsidiado en salud, de su hija, la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO, ante la falta de material probatorio que permitiera desvirtuar dicha afirmación, teniendo en cuenta, la negativa de la EPS en suministrarle los viáticos y que se trata de un sujeto de especial protección Constitucional, debido a que es una menor de edad y que requiere asistir a la mencionada consulta en aras de que se le realice la valoración ordenada en consulta con la especialista en pediatría, se abre paso a conceder el amparo tutelar deprecado, teniendo en cuenta que, la atención en salud que requiere no se puede ver entorpecida por trámites administrativos, máxime si se tiene en cuenta que, fue la EPS ASMET SALUD quien expidió la autorización correspondiente al servicio mencionado, remitiendo a la usuaria a un lugar diferente al de su domicilio, razón por la que, en aras de salvaguardar su derecho fundamental a la salud, se concederá dicha pretensión.

Por otra parte, se negará la solicitud de alimentación por no ser un servicio suscrito en el Plan de Beneficios en Salud, ni hallarse consignado dentro de la orden médica anexa al escrito tutelar.

De otro lado, frente a la solicitud de viáticos para un acompañante, debe indicarse que, tal solicitud se considera pertinente, dado que, la usuaria que requiere el servicio es una menor de edad, por lo que, es necesario el acompañamiento de un integrante de su familia, máxime si se tiene en cuenta que, debe desplazarse a una ciudad diferente a la de su residencia, por lo que, la misma se concederá.

Ahora, frente a la pretensión en la que se solicitó a esta Judicatura que, se suministren viáticos a la menor *“cada vez que deba trasladarse a otra ciudad sin importar el destino, ni la patología y los días de estadía.”*, ha de indicarse que, una vez verificados los documentos aportados al trámite tutelar, no se encontró prueba alguna a través de la cual fuera posible establecer que, la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO, requiere con frecuencia

desplazarse a ciudad diferente a la de su domicilio para la prestación de servicios médico, así como tampoco, se encontró que, otro de los procedimientos que le fueron ordenados por su Pediatra, se autorizó para ser prestado en otro lugar, razón por la que, al no contar con material probatorio, se torna imposible conceder la mencionada pretensión.

Es menester resaltar que, de cara a la acreditación de dichos supuestos, no basta la simple exposición de hipótesis ni la afirmación del acaecimiento de los mismos, sino que por el contrario se torna menester su comprobación y verificación dentro del trámite.

En relación con la carga de la prueba en materia de Acciones de Tutela ha señalado la Corte Constitucional¹⁰:

(...) un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario.” Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.

*Por otra parte, la Corte 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**” que rige en esta materia, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez, obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho.”*

En cuanto a la solicitud orden de pago y/o recobro ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES- y del DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ, de los servicios excluidos del Plan de Beneficios, elevada por la EPS ASMET SALUD, debe traerse a colación lo señalado por la Honorable Corte Constitucional en sentencia T – 224 de 2020, en la que indicó:

“(...) Así, bajo la reglamentación actual, cuando un juez de tutela encuentra, al analizar estos cuatro criterios, que una entidad del Sistema de Salud se ha abstenido de suministrar un servicio o tecnología en salud no financiada con cargo a la UPC que un usuario requiere con necesidad, debe ordenar a la entidad su provisión. Esta regla, en cualquier caso, no desconoce la diferencia que existe entre, de una parte, quien presta el servicio o tecnología y, en este sentido, garantiza su acceso; y, de otra parte, quien asume finalmente el costo de su financiación. La normativa legal y reglamentaria se encarga de materializar estas diferencias. De acuerdo con los mecanismos de acceso resumidos arriba, en la actualidad, los servicios y tecnologías no incluidos en el PBS con cargo a la UPC se

¹⁰ Sentencia T 571 de 2015. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

financian con recursos públicos, pero su fuente es otra. Hasta el 31 de diciembre de 2019, en el régimen contributivo su fuente es la ADRES y, en el subsidiado, las entidades territoriales. Desde el 1 de enero de 2020, bajo el Plan Nacional de Desarrollo vigente, en los dos casos los recursos provendrán de la ADRES.

Ahora, de ninguna manera, la fuente de financiación de los servicios o tecnologías puede convertirse en un obstáculo para que el usuario acceda a ellos. Las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente. Esta posibilidad opera, por tanto, en virtud de la reglamentación y está sometida a las condiciones establecidas en ella; no depende de decisiones de jueces de tutela. Al advertir esta situación, la Sala no desconoce la importancia del criterio de sostenibilidad financiera en el Sistema de Salud. Para que este funcione en condiciones óptimas, es necesario que el Estado garantice un flujo adecuado, suficiente y oportuno de los recursos a las entidades a cargo de suministrar los servicios y tecnologías que los usuarios requieren. (...)"

En virtud de lo anterior, este despacho se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno en relación a la mencionada pretensión solicitada por la EPS ASMET SALUD, en razón a que dicho trámite no depende de decisiones de jueces de tutela.

En consecuencia, esta Judicatura procederá a tutelar el derecho fundamental a la salud de la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO, por lo que se ordenará a la EPS ASMET SALUD, que, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la sentencia, proceda a realizar los trámites administrativos necesarios para garantizar el suministro de los servicios de transporte y hospedaje a la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO y un acompañante, con el fin de que asista a la "CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGÍA", que se encuentra programada para el día 26 de octubre de 2022, en la IPS OFTALMOLASER SOCIEDAD DE CIRUGÍA OCULAR DEL HUILA S.A., ubicada en la ciudad de Neiva-Huila.

Por otra parte, se negará la solicitud de alimentación por no ser un servicio suscrito en el Plan de Beneficios en Salud, ni hallarse consignado dentro de la orden médica anexa al escrito tutelar.

Por lo expuesto, el JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE FLORENCIA, CAQUETÁ, administrando Justicia en Nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. – TUTELAR el derecho fundamental a la salud reclamado la señora **GIOVANA COLORADO CASTRO** en representación de la menor **SARA VALENTINA BERNAL COLORADO**, identificada con tarjeta de identidad No. 1.117.937.796, conforme a lo esbozado en la parte considerativa.

SEGUNDO. –ORDENAR a la EPS ASMET SALUD, que, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la sentencia, proceda a realizar los trámites administrativos necesarios para garantizar el suministro de los servicios de transporte y hospedaje a la menor SARA VALENTINA BERNAL COLORADO y un acompañante, con el fin de que asista a la “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGÍA”, que se encuentra programada para el día 26 de octubre de 2022, en la IPS OFTALMOLASER SOCIEDAD DE CIRUGÍA OCULAR DEL HUILA S.A., ubicada en la ciudad de Neiva-Huila.

TERCERO. – NEGAR las demás pretensiones elevadas, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa.

CUARTO. - NOTIFÍQUESE este proveído a las partes, por el medio más eficaz y expedito, de conformidad al artículo 16º del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO. - Contra esta sentencia procede la impugnación dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

SEXTO. - De no ser impugnado el presente fallo, **REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión. (Decreto 2591 de 1991, art. 31).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JUAN CARLOS CHURTA BARCO
Juez

Firmado Por:
Juan Carlos Churta Barco
Juez
Juzgado Municipal
Penal 003 Control De Garantías
Florencia - Caqueta

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **fbab75a6511d1162246eafc7f5b49029b4ccbec2a5fcf3c12b51a0200182aaac**

Documento generado en 07/10/2022 05:13:04 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>