



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, quince (15) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
Radicación: 15001 33 33 004 **2018 00209 00**
Demandante: Yesid Figueroa García
Demandado: Departamento de Boyacá y E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja
Vinculados: Ministerio de Salud y Protección Social – Supersalud - Empresas Promotoras de Salud COMFAMILIAR HUILA, COMPARTA, NUEVA EPS, SALUD VIDA en liquidación, COOSALUD, FAMISANAR y SANITAS EPS

Previo el agotamiento de las etapas procesales correspondientes, sin que se adviertan vicios o causal de nulidad que invaliden lo actuado, el Despacho procede a proferir sentencia, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

1. LA DEMANDA¹

- 1.1. **Parte demandante:** Yesid Figueroa García, identificado con c.c. N° 1.049.610.131
- 1.2. **Parte demandada:** Departamento de Boyacá y E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja
- 1.3. **Vinculados:** Ministerio de Salud y Protección Social
Superintendencia Nacional de Salud - Supersalud
Comfamiliar Huila EPS
Comparta EPS
Nueva EPS
Salud Vida EPS en liquidación
Coosalud EPS
Famisanar EPS
Sanitas Internacional EPS

1.4. **Pretensiones:**

En ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos (acción popular), la parte demandante formuló demanda contra el departamento de Boyacá y la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, con el fin de que se amparen los derechos colectivos de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y el derecho de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, establecidos en los literales j y n del artículo 4.º de la Ley 472 de 1998.

En consecuencia, que se ordene a las accionadas realizar las acciones necesarias para

¹ Fs. 1 a 16

la atención presencial para el agendamiento de citas y controles con especialistas a usuarios de régimen contributivo y subsidiado de salud, de igual forma con la programación de citas por los canales telefónicos y virtuales; que se ordene a las accionadas realizar las acciones administrativas y contractuales necesarias para la incorporación de personal médico, realizar la ampliación de la planta física y extender la capacidad de atención en las especialidades médicas de alta demanda, con trato preferencial y prioritario a los sujetos de especial protección constitucional y realizar la planificación estratégica necesaria para garantizar una solución definitiva a la problemática planteada. Finalmente, solicitó que se conforme un Comité de verificación de cumplimiento y se condene en costas a las demandadas.

1.5. Presupuestos fácticos:

Los hechos del presente medio de control se resumen de la siguiente manera:

- La parte demandante señaló que la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja es una institución del orden departamental que presta servicios de salud de nivel III y IV para el departamento de Boyacá, razón por la cual los usuarios de los regímenes subsidiado y contributivo de los diferentes municipios del departamento y de departamentos aledaños son remitidos a esta institución para citas con especialistas, lo que implica tener que hacer largas filas desde las 11 o 12 de la noche del día anterior para lograr una de las pocas citas que se reparten a partir de las 6 a.m.

- Que bajo la anterior circunstancia, los usuarios deben afrontar los fuertes climas de la madrugada, y las largas filas son una barrera para el acceso oportuno y eficiente a los servicios que ofrece la institución, con mayor razón si se tiene en cuenta que acuden adultos mayores, mujeres embarazadas, mujeres con niños en brazos, entre otros.

- Que las especialidades con más demanda por parte de los usuarios son Ortopedia, Dermatología, Neurología, Cirugía General, Obstetricia, Endocrinología, Urología, Otorrinolaringología, Ginecología y Pediatría, entre otras, y que de estas especialidades solo se hace agendamiento de citas y/o controles una vez al mes, lo que implica para los usuarios padecer las largas filas en horas de la madrugada para intentar obtener una cita, de lo contrario, someterse a una espera hasta el siguiente mes e, incluso, mucho más tiempo para lograr la atención por la especialidad requerida.

- Que de acuerdo con la respuesta de la E.S.E. al requerimiento previo, la problemática planteada se atribuye al hecho de ser la principal institución prestadora de servicios de salud (IPS) del departamento, al desborde en la demanda de servicios en consulta externa y servicio ambulatorios, la sobreocupación de la capacidad instalada de la institución, la falta de acción conjunta entre la red de prestadores y los entes de control, a la red ineficiente de prestadores con la que cuentan las EPS para satisfacer a sus usuarios, el aumento de la población, falta de flujo de recursos, el no pago de los servicios de salud prestados, además de la desaparición de varias EPS, entre otros factores que limitan la adecuada y eficiente prestación de los servicios de salud en óptimas condiciones.

- Que la crisis por la que atraviesa el Hospital no justifica la imposición a los usuarios de barreras administrativas que impidan o limiten la eficiente y efectiva prestación de los servicios de salud de manera continua, con calidad e integralidad, situación en la que también confluyen las EPS, los entes de control y vigilancia, además de las autoridades departamentales y nacionales.

- Que la E.S.E. no refiere acciones positivas para superar de forma definitiva o morigerar la situación de vulneración de derechos colectivos, incumpliendo lo establecido en la Ley 1751 de 2015, respecto a la garantía en el acceso a los servicios de salud de la población y que tanto el departamento de Boyacá como la Supersalud no plantean solución alguna con relación a la problemática planteada.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Departamento de Boyacá²:

Se opuso totalmente a la prosperidad de las pretensiones que endilguen responsabilidad al departamento; señaló que debe tenerse presente el régimen legal y naturaleza especial de las Empresas Sociales del Estado, frente a los efectos derivados de la responsabilidad por la prestación de servicios de salud, considerando que la E.S.E. es una entidad pública descentralizada de categoría especial de orden departamental, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera, adscrita a la Secretaría de Salud del departamento e integrante del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que el departamento no se encuentra llamado a responder por lo que se pretende.

Formuló la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva**, comoquiera que los hechos que se relatan en la demanda tienen que ver con la prestación de los servicios de salud a cargo de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y no del departamento de Boyacá, según el régimen legal y la autonomía de la entidad hospitalaria.

2.2. E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja³:

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, y relató que el Sistema General de Seguridad Social en Salud atraviesa una difícil situación financiera que afecta directamente a la E.S.E., ante el no pago por parte de las distintas EPS que limita la disponibilidad para el cumplimiento de los servicios de salud y de los insumos requeridos, situación que se ha acrecentado con la liquidación de otras EPS, que también tienen cartera pendiente con la institución. Señaló que otro de los problemas centrales es la sobreocupación y la sobredemanda de servicios de salud, pese a los cuales ha continuado con la totalidad de los servicios habilitados, máxime que se trata de la institución pública del departamento de III y IV nivel de complejidad, lo cual genera permanentemente los problemas ya señalados respecto a la ocupación y la demanda con relación a la capacidad instalada.

Respecto a la situación de consulta externa, explicó que para el año 2018 se incrementó la solicitud de tales servicios; que para 2017, debido a la ineficiente red de prestadores de las EPS, aumento de la población, desaparición de las administradoras de planes de beneficios EAPB, entre otros, tales situaciones derivaron en que la E.S.E. aumentara en un 15% el número de servicios prestados, sin que dicho incremento lograra cubrir las necesidades de la población que demanda esos servicios. Afirmó que no existía vulneración de derechos colectivos por parte de la E.S.E, sino de los demás actores que integran el sistema de salud. La demandada no propuso excepciones.

² Fs. 58 a 64

³ Fs. 78 a 81

2.3. Superintendencia Nacional de Salud⁴:

Indicó su oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, destacó que esta no hizo alguna mención de la Supersalud, y que si bien hace parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no se trata de un prestador de servicios de salud, pues sus funciones son de inspección, control y vigilancia, según lo dispuesto en la Constitución y la Ley.

Formuló las siguientes excepciones:

- i) Competencia de la Superintendencia Nacional de Salud:** teniendo en cuenta que sus funciones se limitan a ejercer la inspección, control y vigilancia dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud con base en la Ley 100 de 1993, el artículo 35 de la Ley 1122 de 2007 y el Decreto 2462 de 2013.
- ii) Acciones de inspección y vigilancia adelantadas por la Superintendencia Nacional de Salud:** señaló haber realizado 2 auditorías integrales a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, la primera, el 9 de diciembre de 2015 y, la segunda, del 16 al 17 de noviembre de 2017 en las cuales se estableció un plan de mejoramiento que fue remitido por la gerente del hospital, no obstante, fue requerido el envío de las evidencias para proceder al cierre de los hallazgos reportados.

iii) Excepción genérica.

2.4. Ministerio de Salud y Protección Social⁵:

Respecto a la contratación de personal médico, ampliación de horarios de atención y de planta física, señaló que son responsables las EPS, IPS y E.S.E., y en cuanto al control y vigilancia, que la competencia es de la Supersalud, los departamentos y los municipios. Señaló que las funciones y competencias tanto del Ministerio como de los demandados y responsables de la prestación de servicios de salud fueron definidos técnicamente en el memorando No. 201923000044313 del 6 de marzo de 2019, por lo que consideró que el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene la competencia para atender las pretensiones de la demanda, toda vez que sus funciones están definidas en las Leyes 100 de 1993 y 715 de 2001 y el Decreto 4107 de 2011, principalmente orientadas a la formulación de políticas de salud.

No formuló excepciones.

2.5. Comparta EPS⁶:

Señaló su oposición a las pretensiones de la demanda, y formuló las siguientes excepciones:

- i) Falta de legitimación en la causa por pasiva:** al considerar que la entidad no ha vulnerado derecho alguno, y que no existen actuaciones u omisiones que les sean endilgables por lo que no debió ser vinculada a esta acción.
- ii) Insuficiencia probatoria – carga probatoria en cabeza del accionante:**

⁴ Fs. 118 a 125

⁵ Fs. 129 a 136

⁶ Fs. 261 a 266

señaló que ni los hechos ni los informes demuestran lo manifestado por el accionante.

2.6. Coosalud EPS S.A.⁷:

Se opuso frontalmente a las pretensiones de la demanda, y formuló las siguientes excepciones:

- i) **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** afirmó que no existen actuaciones u omisiones que les sean atribuibles a la entidad y tampoco elementos probatorios que demuestren una posible vulneración por parte de Coosalud, aunado al hecho de que no era un prestador de servicios de salud sino las empresas promotoras de salud, función que legalmente se encargó a las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) como la E.S.E. Hospital San Rafael.
- ii) **Improcedencia de la acción popular – Inexistencia de vulneración, daño o amenaza actual contra los derechos colectivos:** argumentó que no existen elementos probatorios reales que den cuenta de la amenaza o vulneración de los derechos colectivos invocados y mucho menos que hayan sido causados por Coosalud, por lo que no hay lugar a emitir medida de protección alguna, razón por la cual solicitó que se absuelva a la vinculada.

2.7. Nueva EPS S.A.⁸:

Se opuso a las pretensiones de la demanda, y formuló las siguientes excepciones:

- i) **Inexistencia de vulneración a derecho alguno:** al estimar la ausencia total de elementos probatorios que sustenten la violación o amenaza de derechos colectivos y por el contrario la Nueva EPS.
- ii) **Inexistencia de la afectación de los derechos colectivos mencionados como vulnerados o amenazados por el contrario se ha atendido al principio de progresividad para la prestación del servicio y se ha implementado planes constantes de mejoramiento:** en virtud de que la Nueva EPS es la más interesada en que sus afiliados tengan soluciones efectivas y eficaces, que no existe responsabilidad de la entidad frente a las pretensiones elevadas, y que su red de prestadores cuenta con varias IPS dentro del departamento tanto para régimen subsidiado como para contributivo.
- iii) **Inexistencia de nexo causal:** porque no existe relación entre las acciones de la EPS y los fundamentos de la demanda; además de que las pretensiones no se ajustan al mandato constitucional.
- iv) **Requisito de procedibilidad:** afirmó que el demandante nunca radicó petición alguna ante la Nueva EPS, por lo tanto, no dio cumplimiento a lo establecido en el inciso 3.º del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.
- v) **Excepción genérica.**

⁷ Fs. 274 a 278

⁸ Fs. 323 a 431

2.8. EPS Sanitas⁹:

Se opuso a lo pretendido en la demanda, y como fundamento de su defensa afirmó que tiene un contrato de prestación de servicios de salud con la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja desde el año 2011, sin embargo, que en la actualidad dicha IPS no es una entidad de direccionamiento para la EPS Sanitas, además de que lo pretendido con la demanda no es imputable a dicha EPS.

Formuló las siguientes excepciones:

- i) Inexistencia de la afectación de los derechos colectivos a cargo de la EPS Sanitas:** en virtud de que en la ciudad de Tunja se ha asegurado la operación básica en salud para suministrar una adecuada prestación a sus usuarios, que no se evidencia incumplimiento u omisión que amenace o vulnere los derechos colectivos en cuestión. De igual manera, resaltó que no se cumple con la carga de la prueba por la parte accionante.
- ii) Inexistencia de incumplimiento por parte de EPS Sanitas:** en cuanto ha cumplido las funciones de aseguramiento, lo que conlleva la cobertura económica de los servicios, su acceso y prestación con instituciones habilitadas. Además, señaló que hasta la fecha ha realizado las acciones para su efectividad, lo que descarta la responsabilidad de Sanitas EPS.
- iii) Ausencia de responsabilidad derivada del pacto contractual:** refirió el contrato de prestación de servicios de salud suscrito entre la E.S.E. y Sanitas EPS, y destacó la independencia existente entre la EPS y la IPS contratada; que no existe relación alguna de subordinación y, por lo tanto, la IPS debe responder por los actos médicos y la prestación de los servicios.
- iv) Excepción genérica.**

2.9. Famisanar EPS S.A.S.¹⁰:

Se opuso a lo pretendido en la demanda, y formuló las siguientes excepciones:

- i) Inexistencia de la vulneración al supuesto derecho colectivo invocado:** al no evidenciar la vulneración anunciada, puesto que la EPS ha garantizado siempre una amplia red de servicios, sin que el acceso se limite a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, habida cuenta de que existe una red de prestadores en las diferentes ciudades o municipios, sumado al cumplimiento estricto de las normas y la protección de los derechos colectivos.
- ii) Carga de la prueba frente a la supuesta vulneración de derechos colectivos:** resaltó que corresponde al actor probar los hechos que configuran la vulneración alegada, pues no vale la simple enunciación de los hechos y la exposición de las normas para probar la afectación de los derechos colectivos; que en el presente caso el actor se limitó a exponer escenarios hipotéticos sin concretar o probar la vulneración y/o amenaza de los derechos invocados, incumpliendo así la carga de la prueba a que refiere el artículo 30 de la Ley 472 de 1998.

⁹ Fs. 538 a 546

¹⁰ Fs. 560 a 591

- iii) **Inexistencia de nexo causal:** señaló que la parte accionante no demostró la injerencia directa o indirecta de Famisanar EPS con los hechos y pretensiones de la demanda, tampoco la vulneración a derechos colectivos, por lo que no existía nexos causal que derive en la responsabilidad de la demandada.
- iv) **Requisito de procedibilidad:** afirmó que el demandante nunca radicó petición alguna ante la Famisanar EPS, por lo tanto, no dio cumplimiento a lo establecido en el inciso 3.º del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.
- v) **Excepción genérica.**

2.10. Comfamiliar Huila EPS¹¹:

Se opuso a las pretensiones de la demanda por inexistencia de fundamentos fácticos y jurídicos para su prosperidad, y formuló las siguientes excepciones:

- i) **Cumplimiento por parte de Comfamiliar de las obligaciones contenidas en la Ley 100 de 1993:** destacó que por integrar el Sistema General de Seguridad Social en Salud le corresponde garantizar el acceso a los servicios de salud de los usuarios del POS subsidiado; atribuyó la responsabilidad a las IPS sobre la prestación de los servicios de salud, bajo los principios de calidad, eficiencia y autonomía técnica.
- ii) **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** en razón a que ha cumplido cabalmente con las obligaciones contractuales para con la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, y que la vulneración obedece a la existencia de un problema de carácter nacional y no a un usuario en particular de la EPS.
- iii) **Bona fides:** porque la EPS en todas sus actuaciones siempre ha asumido una posición de honestidad y honradez, actuando dentro del marco de la Ley 100 de 1993 y demás normas aplicables en materia de salud.

2.11. Salud Vida EPS en liquidación¹²

Manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, y formuló las siguientes excepciones:

- i) **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** porque las pretensiones se dirigen en contra de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, además de que a la EPS se le imposibilita prestar servicios de salud, según sus funciones y competencias.
- ii) **Nadie está obligado a lo imposible – *Ad impossibilia nemo tenetur*:** argumentó que la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja es la responsable de prestar los servicios de salud de manera ininterrumpida y sin dilaciones, formando una red de apoyo con las entidades adscritas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, situación que se imposibilita con Saludvida habida consideración de que al ser liquidada perdió su habilitación para prestar servicios de salud, lo que impide física y jurídicamente dar cumplimiento a lo

¹¹ Fs. 631 a 635

¹² Fs. 765 a 774

pretendido por el accionante.

- iii) **Improcedencia de la acción popular:** comoquiera que actualmente no amenaza ni vulnera derechos colectivos.

3. PACTO DE CUMPLIMIENTO

El Despacho declaró fallida la audiencia especial de que trata el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, al no haberse logrado la formulación de un proyecto de pacto de cumplimiento.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte accionante¹³:

Aludió a la situación financiera de la ESE Hospital San Rafael de Tunja y resaltó, con base en el informe rendido por la Supersalud, que la entidad presentó déficit presupuestal de recaudo con relación al compromiso a diciembre de 2019 y junio de 2020 en un 5.64% y 40.85%, lo que significa que a diciembre de 2019 la ESE asumió obligaciones sin contar con respaldo financiero; que a diciembre de 2019 presentó excedentes por un valor de \$31.195 millones, y en el corte del mes de junio de 2020 presentó un déficit de ejercicio de \$20.211; que a junio de 2020 presentó carteras con la entidades Emdisalud, Medimas EPS, Nueva EPS, Caprecom, departamento de Boyacá, Comparta, y otros por un valor de \$173.837 millones de pesos, situación que pone en riesgo la estabilidad financiera de la entidad debido al incremento de la cartera.

Puso de presente que la responsabilidad de la prestación de los servicios de salud reside, en principio, en la ESE Hospital San Rafael de Tunja y en las entidades administradoras de beneficios que fueron vinculadas a esta acción, que se supone reciben los ingresos provenientes de la UPC y no pagan oportunamente sus obligaciones por servicios prestados, situación que afecta de forma directa los derechos de los usuarios de la E.S.E., pues se ve reflejado en la prestación de ineficiente de los servicios de salud.

Agregó que las quejas por la insuficiencia en el servicio de la E.S.E. se justifican por la entidad por factores tales como la sobreocupación, sobredemanda de servicios médicos, el no flujo de recursos por parte de las entidades que encargadas del pago de los servicios prestados, la inexistencia e insuficiencia de la red de prestadores, el aumento de la población, la desaparición de entidades administradoras de los planes de beneficios, la precariedad de la infraestructura para la satisfacción de la demanda de servicios médicos para valoración y control con especialistas, por lo que llamó la atención sobre el bajo número de especialistas destinados a la atención de demanda de servicios de los usuarios.

Solicitó la protección de los derechos de los pacientes, a través de la concesión de las pretensiones, de mitigar la grave situación que afrontan diariamente el alto número de usuarios que acuden a la E.S.E., a efecto de lograr la consecución de una cita por especialista y restablecer los derechos colectivos al acceso al servicio público de salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna y a los derechos.

4.2. Parte demandada

¹³ Memorial allegado el 22 de enero de 2021 desde el correo electrónico: yesidsebas87@gmail.com

4.2.1. E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja¹⁴:

Manifestó que para la normal prestación de los servicios de salud se hace necesario de la gestión de recursos humanos, financieros y estructurales, entre otros; de igual forma, resaltó que uno de los recursos más importantes es el financiero, pues de éste depende en gran medida que la prestación del servicio de salud sea eficaz y oportuna, que se articula con la debida gestión que hacen los actores de la salud. Enfatizó que el Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentra atravesando una difícil situación financiera, la cual ha impactado directamente a la E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja, como uno de los actores del mismo, comoquiera que el no pago de los servicios de salud prestados a las diferentes entidades administradoras de planes de beneficios limitan la disponibilidad de recursos para cumplir oportunamente el pago de los servicios prestados y los suministros recibidos a algunos de los proveedores, sin que a la fecha esto hubiese interferido o afectado la normal prestación de servicios de salud.

Destacó que por la naturaleza de la institución esta debe operar en condiciones de equilibrio, el cual se ha mantenido con la venta de servicios, sin embargo, el no pago oportuno de los servicios de salud efectivamente prestados limita la operación a la disponibilidad de recursos para cubrir el pago a proveedores de bienes y servicios. Señaló que en las últimas vigencias se ha producido liquidaciones de EPS importantes, con gran número de afiliados en el territorio nacional (CAPRECOM, SALUDCOOP, HUMANAVIVIR, SOLSALUD, SALUD CONDOR), situación que también ha impactado la disponibilidad de recursos, toda vez que estas empresas adeudan una cartera importante a la E.S.E.

Resaltó que otro de los mayores problemas con que cuenta la entidad es la sobreocupación y sobredemanda de servicios, al ser la única institución hospitalaria de tercer (III) y cuarto (IV) nivel de complejidad del departamento, sin embargo, indicó que pese a las grandes dificultades en el flujo de recursos, la entidad ha continuado con la operación de la totalidad de servicios habilitados y garantizado la prestación de servicios de salud a la población usuaria del departamento de Boyacá. Realizó un llamado de atención a la responsabilidad que debe recaer en la generalidad de entidades administradoras de planes de beneficios, quienes son los encargados del aseguramiento de cada uno de los usuarios, de conformidad con lo establecido en la normatividad legal vigente. Recalcó que algunas de las entidades responsables de pago no cuentan con red suficiente de prestadores de servicios de salud, lo que conlleva a la permanencia de sus usuarios en la E.S.E., a la espera de trámites, autorizaciones y remisión a otras IPS de mayor o menor complejidad, lo que genera la sobreocupación mencionada.

Aseveró que la E.S.E. proyecta las necesidades del servicio de consulta externa de forma anual; que sus instalaciones cuentan únicamente con 16 consultorios habilitados distribuidos en 13 consultorios para medicina especializada, 1 consultorio para oftalmología, 1 consultorio para maxilofacial y 1 consultorio para procedimientos; que, adicionalmente, verifica el comportamiento presentado en los años anteriores por EPS y especialidad, para cuantificar el costo de estos servicios con el fin de planificar el presupuesto institucional anual, ya que el comportamiento presentado en el año 2018 superó lo planificado para esta vigencia, por ser la principal IPS de la red de prestación de servicios en el departamento de Boyacá, por ello la institución aumentó el número de los servicios prestados, observando un aumento de aproximadamente 15%, sin

¹⁴ Memorial allegado el 22 de enero de 2021 desde el correo electrónico: juridicanotificaciones@hospitalsanrafaeltunja.gov.co

lograr satisfacer las necesidades de la población que demanda estos servicios. Finalmente, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

4.2.2. Departamento de Boyacá¹⁵:

Reiteró los argumentos de defensa y excepciones expresados en la contestación de la demanda, especialmente, lo relacionado con la falta de legitimación en la causa por pasiva y la responsabilidad de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, como entidad con autonomía jurídica, técnica y presupuestal a la luz de la Ley 100 de 1993.

Destacó que la Secretaría de Salud de Boyacá limita su función a los servicios que presta la ESE Hospital San Rafael de Tunja, a lo ordenado por el Decreto 780 de 2016, decreto único reglamentario del sector salud expedido por el Ministerio del ramo, consistente en efectuar en su jurisdicción el registro de los prestadores públicos y privados de servicios de salud, recibir la declaración de requisitos esenciales para la prestación de los servicios y adelantar la vigilancia y el control correspondiente, con lo que consideró que el departamento de Boyacá – Secretaría de Salud no tiene ninguna injerencia en la organización interna de los prestadores de servicios de salud, es decir, no le corresponde fijar horarios, número de profesionales, entre otros aspectos propios de su autonomía.

Solicitó se declaren probadas las excepciones planteadas y, como consecuencia, se nieguen las pretensiones de la misma en lo que tiene que ver con el departamento de Boyacá.

4.2.3. Superintendencia Nacional de Salud¹⁶:

Reiteró los fundamentos expuestos en la contestación de la demanda, y agregó que en ningún aparte de la demanda se relacionó a la Superintendencia Nacional de Salud como causante de la presunta vulneración de los derechos colectivos invocados. Recordó las auditorías realizadas en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, en cumplimiento de sus funciones de inspección y vigilancia de forma eficiente y oportuna. Por último, llamó la atención respecto al incumplimiento de la carga probatoria en cabeza del accionante. Solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda.

4.2.4. Ministerio de Salud y Protección Social¹⁷:

Ratificó todos y cada uno de los argumentos de defensa esbozados en la contestación de la demanda, con sustento en lo conceptuado por el Área Técnica del Ministerio, a través del memorando relacionado. Solicitó la declaratoria de prosperidad de la excepción de falta de legitimación por activa planteada.

4.2.5. Comparta EPS¹⁸:

Referenció que el actor popular no asumió la carga probatoria y no demostró los hechos alegados; manifestó que la EPS cumple a cabalidad todas y cada una de sus obligaciones constitucionales y legales en la autorización y programación de citas médicas a sus usuarios. Añadió que Comparta EPS tiene plenamente organizadas las formas y mecanismos, por medio de los cuales sus afiliados y sus familias acceden a los servicios

¹⁵ Memorial allegado el 22 de enero de 2021 desde el correo electrónico: hectorfariasm@hotmail.com

¹⁶ Memorial allegado el 22 de enero de 2021 desde el correo electrónico: mgrimaldo@supersalud.gov.co

¹⁷ Memorial allegado el 19 de enero de 2021 desde el correo electrónico: jcano@minsalud.gov.co

¹⁸ Memorial allegado el 22 de enero de 2021 desde el correo electrónico: Co.publico@gdle.com.co

de salud en todo el territorio nacional; además, de que ha definido todos y cada uno de los procedimientos para garantizar de manera oportuna, eficaz y suficiente el acceso de sus usuarios las diferentes especialidades médicas, por lo cual ha desplegado una serie de contratos y/o convenios con IPS, siguiendo todos los protocolos de calidad y atención integral. Consideró cumplidos los presupuestos para declarar probadas las excepciones propuestas y, en consecuencia, una sentencia que niegue las pretensiones.

4.2.6. Coosalud EPS¹⁹:

Insistió en los argumentos y excepciones propuestas con la contestación de la demanda; agregó que no existe vulneración a los derechos e intereses colectivos de la población señalada por el actor popular, además de que los hechos de la demanda son atribuidos a la ESE Hospital San Rafael de Tunja y no a la EPS accionada. Expresó que las pruebas aportadas y solicitadas por el actor popular dentro del proceso no guardan relación o conexidad alguna que permita atribuir responsabilidad a la EPS, y que no se configura una situación de amenaza o peligro por parte de esta EPS a los derechos e intereses colectivos invocados. Solicitó declarar la no prosperidad de las pretensiones.

4.2.7. Nueva EPS²⁰:

La entidad reiteró los argumentos y excepciones expuestos en la contestación de la demanda, y solicitó negar las suplicas de la demanda.

4.2.8. EPS Sanitas²¹:

La EPS insistió en las razones planteadas en la contestación de la demanda, y destacó que ha cumplido en todo momento su deber de aseguramiento teniendo dentro de su red de prestadores puntos de atención propios. Añadió que no existe relación entre las actuaciones de la entidad y las pretensiones de la demanda, por lo que solicitó que sean denegadas.

4.2.9. Famisanar EPS²²:

Relacionó los fundamentos expuestos en la contestación de la demanda; agregó que no opera el régimen subsidiado, y que además de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja tiene contrato vigente con la Clínica Medilaser para la prestación de servicios del tercero y cuarto nivel de complejidad, además de una amplia red de consultorios ambulatorios. Resaltó que no se cumplió la carga probatoria en cabeza del actor popular, por lo que solicitó negar las pretensiones invocadas.

4.2.10. Comfamiliar Huila EPS²³:

Manifestó que en el desarrollo del proceso, con las pruebas decretadas y practicadas, pudo determinarse que la EPS con Sede Boyacá no está llamada a responder por las pretensiones, declaraciones y condenas solicitadas en la demanda. De igual forma, señaló que es evidente que la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja es el único centro hospitalario que presta los servicios de mediana y alta complejidad en Tunja - Boyacá, no obstante, resaltó que dentro de las estrategias implementadas por la EPS para descongestionar la

¹⁹ Memorial allegado el 22 de enero de 2021 desde el correo electrónico: msanchez@coosalud.com

²⁰ Memorial allegado el 19 de enero de 2021 desde el correo electrónico: secretaria.general@nuevaeps.com.co

²¹ Memorial allegado el 22 de enero de 2021 desde el correo electrónico: impaez@keralty.com

²² Memorial allegado el 22 de enero de 2021 desde el correo electrónico: lmorenoo@famisanar.com.co

²³ Memorial allegado el 18 de enero de 2021 desde el correo electrónico: lisbethja@hotmail.com

atención de sus usuarios afiliados ha optado por contratar servicios de algunas especialidades con otras instituciones, con lo cual se ha logrado minimizar los inconvenientes que alega el actor, aunque la oferta y demanda de servicios de otras IPS no dispone con la misma disponibilidad con relación a especialidades, infraestructura y habilitación con que cuenta la E.S.E. Finalmente, solicitó despachar desfavorablemente las pretensiones de la parte demandante, toda vez que no existe nexo causal entre la conducta desplegada por la EPS y las pretensiones de la demanda.

4.2.11. Saludvida EPS en liquidación²⁴:

Recalcó los argumentos y excepciones propuestas con la contestación de la demanda; sostuvo que dentro del trámite del proceso y agotada la etapa probatoria podía descartarse la responsabilidad de Saludvida EPS en liquidación, toda vez que no se asoció la actuación de la EPS como nexo causal ante posibles fallas en la prestación del servicio de salud a sus asegurados en el SGSSS, durante el tiempo que los tuvo como afiliados.

4.3. Ministerio Público

No emitió concepto en esta oportunidad.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Problema jurídico principal:

¿Existe vulneración o amenaza de los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y que su prestación sea eficiente y oportuna y de los consumidores y usuarios, consagrados en los literales j y n del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, como consecuencia de los obstáculos para acceder a la atención por consulta externa en las diferentes especialidades médicas habilitadas en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja?

5.2. Problemas jurídicos asociados:

Para establecer la existencia de una amenaza o vulneración de los derechos colectivos invocados, deben despejarse los siguientes interrogantes:

¿Existen falencias en cuanto al proceso de asignación y agendamiento de citas?

¿Las empresas promotoras de salud cuentan con una red de prestadores de servicios de salud que garanticen la cobertura y aseguramiento de sus afiliados?

¿Los entes de control de los agentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud han realizado un seguimiento efectivo a las presuntas falencias presentadas por E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja en el acceso a los servicios de consulta externa por las diferentes especialidades médicas habilitadas en la institución?

¿Cuál es la entidad competente de adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos e intereses colectivos mencionados?

5.3. Tesis del Juzgado:

El Despacho encuentra configurada una amenaza de los derechos colectivos invocados,

²⁴ Memorial allegado el 22 de enero de 2021 desde el correo electrónico: JuanDiaz@saludvidaeps.com

al evidenciar que existe una sobreocupación y una sobredemanda en los servicios de salud prestados por la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (hoy E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja), situación que afecta el acceso a los servicios de salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, además de que no existen canales efectivos de asignación de citas que garanticen el acceso de los usuarios a los servicios de salud previstos en su portafolio en condiciones de igualdad, dignidad y eficiencia, con criterios diferenciales para los sujetos de especial protección.

6. DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

6.1. De la jurisdicción y competencia

El artículo 15 de la Ley 472 de 1998 asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el conocimiento de los procesos en acciones populares contra entidades públicas, situación que se configura en el presente caso respecto al servicio de salud prestado en le E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja. Ahora, este Juzgado es competente para conocer el presente asunto, de acuerdo con el artículo 16 de *ibídem*, que dispone que los Juzgados Administrativos conocen en primera instancia de procesos que se susciten con ocasión de acciones populares, teniendo como factor objetivo de competencia territorial el lugar de ocurrencia de los hechos, siendo en el caso *sub-examine* la ciudad de Tunja.

6.2. De la oportunidad para demandar

La acción popular fue radicada oportunamente, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 472 de 1998, que señala que este medio podrá promoverse mientras subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo, y cuando se haya agotado el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 144 del CPACA.

6.3. De la legitimación en la causa por activa

Por ser una acción pública, cualquier persona tiene la titularidad de la acción (artículos 12 y 13 de la Ley 472 de 1998), de tal modo que el actor popular se encuentra legitimado para actuar como demandantes en el presente proceso.

6.4. De la legitimación en la causa por pasiva y representación judicial

La parte demandada está integrada, de una parte, por la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y el Departamento de Boyacá, los cuales cuentan con personería jurídica y, por tanto, con capacidad para defender sus derechos e intereses dentro este proceso judicial. Adicionalmente, estas entidades fueron debidamente notificadas de la demanda, mediante su representante legal y comparecieron a este proceso a través de apoderado especial constituido con esa finalidad.

De otra parte, se encuentra vinculadas a la parte pasiva el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, Comparte EPS, Coosalud EPS, la Nueva EPS, EPS Sanitas, Famisanar EPS, Comfamiliar Huila EPS y Saludvida EPS en liquidación, las cuales, también fueron debidamente notificadas, a través de sus representantes legales y se hicieron presentes en este proceso, por medio de sus respectivos apoderados judiciales, por consiguiente, cuentan con legitimación en la causa por pasiva de hecho, y una vez se resuelva el fondo del asunto, se determinará si también ostenta legitimación material, esto es, sí tienen el deber jurídico de satisfacer las pretensiones del accionante.

7. PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

7.1. De las acciones populares

De conformidad con el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, reglamentadas por la Ley 472 de 1998, las acciones populares tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, y su ejercicio obedece a la amenaza o vulneración por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, con el propósito de evitar el daño, hacer cesar el peligro, amenaza o vulneración de esos derechos o restituir las cosas a su estado anterior.

Con relación al **carácter preventivo de las acciones populares**, tanto la Corte Constitucional²⁵ como el Consejo de Estado²⁶ han establecido que la prosperidad de la acción popular no depende de que exista un daño o perjuicio, pues la posibilidad de que se vulnere un derecho colectivo es razón suficiente para que el juez conceda la acción, y adopte las medidas necesarias para evitar que la vulneración se presente.

Según lo ha señalado el Consejo de Estado, en forma reiterada²⁷, los supuestos sustanciales para la procedencia de las acciones populares son: (i) la existencia de una acción u omisión por parte de autoridades públicas o de los particulares, en relación con el cumplimiento de sus deberes legales²⁸, (ii) la existencia de un daño contingente, peligro, amenaza, o vulneración de derechos o intereses colectivos; y (iii) la relación de causalidad entre la acción u omisión, y la afectación de los derechos e intereses mencionados²⁹.

Adicionalmente, corresponde precisar que a la parte actora incumbe la carga de la prueba respecto a la vulneración o amenaza de los derechos colectivos que invoca, y la ocurrencia de los demás requisitos de procedencia de la acción popular, de tal manera que si en desarrollo de la misma no ejerce la carga probatoria que le impone de manera expresa el art. 30 de la Ley 472 de 1998, la acción no está llamada a prosperar, sin perjuicio de la excepción establecida por esa misma norma, en caso de que la parte actora por razones de orden económico o técnico se encuentre en imposibilidad de cumplir con esa carga, situación en la que se impone al juez el deber de impartir las órdenes que correspondan para suplir dicha deficiencia y obtener los elementos probatorios necesarios para proferir sentencia de mérito.

7.2. Derechos colectivos invocados

De conformidad con la disposición constitucional del artículo 88 Constitucional, la acción popular se instituyó para la protección de derechos e intereses colectivos, entre los que se encuentran el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna (literal j), y los derechos de los consumidores o usuarios (literal n).

²⁵ Sentencia C-215 de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número: N°2002-2693-01.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Bogotá, D.C., 5 de marzo de 2015. Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00086-01(AP). Actor: Defensoría del Pueblo - Regional Boyacá. Demandado: Fiscalía General de La Nación - Dirección Seccional de Fiscalías De Tunja – CTI.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 9 de junio de 2011, Consejera Ponente: María Elizabeth García González. Radicación número: (AP) 25000-23-27-000-2005-00654-01. En aquella ocasión la Sección Primera estableció que la amenaza y/o vulneración de los derechos colectivos, se examina a la luz de la conducta diligente o negligente de las autoridades públicas o de los particulares, en cuanto al cumplimiento de sus deberes legales tendientes a protegerlos o a abstenerse de lesionarlos.

²⁹ Sobre el particular ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 30 de junio de 2011. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación número: 50001-23-31-000-2004-00640-01(AP).

7.2.1. Derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna

Se trata de un derecho colectivo previsto en el numeral j) del artículo 4.º de la Ley 472 de 1998, que comprende tres características de los servicios públicos: calidad, precio y cobertura³⁰. A la luz de la Constitución Política de 1991, los servicios públicos hacen parte de los fines y deberes del Estado Colombiano, así:

“Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.”

Asimismo, el órgano de cierre de la jurisdicción, en providencia del año 2018, explicó la relación de este derecho colectivo con el derecho fundamental a la salud y otros, de la siguiente manera³¹:

“De allí que tanto la Nación como las entidades territoriales, tengan el deber de garantizar a los ciudadanos una infraestructura de servicios, que proteja su derecho a la salud, de lo que se sigue que este derecho colectivo está íntimamente relacionado con la vida en condiciones dignas, lo que tiene por consecuencia que el Estado debe realizar para su consecución acciones afirmativas, por medio de las cuales se otorguen a las personas los medios necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas relacionadas con la salubridad pública. (...)

Así las cosas, se concluye que, a través de la adecuada prestación de los servicios públicos, el Estado puede alcanzar las metas sociales propias del Estado Social de Derecho. No obstante, si mediante la prestación de los servicios públicos se afectan los derechos de las personas, como puede ser el caso de la salud, la salubridad pública y la dignidad humana, entonces quienes se consideren lesionados, podrán hacer uso de las acciones constitucionales y legales pertinentes para exigir el acatamiento de las responsabilidades que la Carta le ha asignado al Estado; dentro de esas acciones debe resaltarse la acción popular.”

7.2.2. Derechos de los consumidores y usuarios

Pese a que el artículo 88 de la Constitución no alude expresamente a los derechos de los consumidores como susceptibles de protección por vía de las acciones populares, el Consejo de Estado ha reconocido y amparado tal derecho con base en *“el desarrollo de la*

³⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Oswaldo Giraldo López. Radicación número: 66001-23-33-000-2014-00322-01(AP), Bogotá, D.C. veinticinco (25) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera. Sentencia del 31 de julio de 2018. AP radicación nro. 13001-23-33-000-2011-00117-01, C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés.

habilitación al legislador para reconocer otros derechos de esta índole...³².

Sobre el derecho de los consumidores previsto en el literal n) del artículo 4.º de la Ley 472 de 1998, la jurisprudencia ha señalado que se trata de un reconocimiento de orden constitucional sobre un segmento específico de la población, caracterizado dentro de sistema económico social del mercado por su posición de desigualdad y vulnerabilidad en las relaciones de consumo, razón que impone a los productores y distribuidores de bienes y servicios el cumplimiento de una serie de deberes y responsabilidades³³. De acuerdo con el artículo 78 constitucional, el Consejo de Estado expresó que el reconocimiento de este derecho colectivo persigue una suerte de contrapeso a la libertad de empresa, para efecto de proteger a la parte de la población que, por la posición que ocupa dentro del sistema económico, es la parte débil en la relación con productores, comercializadores y distribuidores de bienes y servicios.

El Consejo de Estado señaló que, en razón del deber de protección a los consumidores, se ha expedido diversas normas como el Estatuto del Consumidor, que establece diferentes derechos tales como: *(i) que los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores³⁴; (ii) a obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación³⁵; o (iii) a recibir protección contra la publicidad engañosa³⁶. Igualmente, y en paralelo con este último derecho, se ha establecido la prohibición de publicidad engañosa³⁷, entendida como “[a]quella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”;³⁸ y se ha impuesto una especial carga de advertencia en cabeza de los productores y distribuidores de bienes nocivos para la salud de las personas³⁹.* Agregó que el desconocimiento de estas reglas conlleva a la vulneración derecho colectivo contenido en el literal n) del artículo 4.º de la Ley 472 de 1998 susceptible de ser amparado en sede de acción popular.

- Del servicio público y derecho constitucional a la salud

Por disposición de la Constitución Política de 1991 *“la seguridad social 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.”* Se trata, pues, de un derecho irrenunciable del cual son titulares todos los habitantes del territorio nacional. Según el Preámbulo, corresponde a las entidades del Estado el mejoramiento de la calidad de vida, de manera que uno de sus objetivos será

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicación número: 85001-23-33-000-2017-00075-01(AP). Actor: Personería Municipal de Chámeza (Casanare) y Otros. Demandado: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MINTIC), Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) y Radio Televisión de Colombia (RTVC). Bogotá, D. C., siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

³³ Sentencia de 3 de junio de 2010, Rad. No. 19001-23-31-000-2005-01737-01(AP). C.P.: María Claudia Rojas Lasso. Respecto de la legítima coexistencia de mecanismos de amparo de derechos individuales con acciones populares, véase la sentencia del 23 de mayo de 2013, Rad. No. 15001 23 31 000 2010 01166 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

³⁴ Artículo 3.1.2 del Estatuto del Consumidor.

³⁵ Artículo 3.1.3 ídem.

³⁶ Artículo 3.1.4 íbidem.

³⁷ ARTÍCULO 30. PROHIBICIONES Y RESPONSABILIDAD. Está prohibida la publicidad engañosa. El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados.

³⁸ Artículo 5.13 del Estatuto del Consumidor.

³⁹ ARTÍCULO 31. PUBLICIDAD DE PRODUCTOS NOCIVOS. En la publicidad de productos que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud, se advertirá claramente al público acerca de su nocividad y de la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto, así como las contraindicaciones del caso. El Gobierno podrá regular la publicidad de todos o algunos de los productos de que trata el presente artículo. PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo, no podrá ir en contravía de leyes específicas que prohíban la publicidad para productos que afectan la salud.

solucionar las necesidades insatisfechas en materia de salud, así la Ley 100 de 1993 prevé el Sistema de Seguridad Social Integral destinado a proveer las prestaciones económicas y de salud a favor de la comunidad, y garantizar su dignidad y calidad de vida⁴⁰.

La Ley Estatutaria 1751 de 2015⁴¹, por su parte, advierte que el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo, y comprende el acceso al servicio de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud⁴². Establece, además, unos elementos y principios, así:

“Artículo 6°. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;

b) Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad;

c) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información;

d) Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos.

Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios:

a) Universalidad. Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida;

b) Pro homine. Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas;

⁴⁰ *Ibíd.*, artículo 1.°.

⁴¹ “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

⁴² Artículo 2.°.

c) Equidad. El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección;

d) Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas;

e) Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones;

f) Prevalencia de derechos. El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años;

g) Progresividad del derecho. El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;

h) Libre elección. Las personas tienen la libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación;

i) Sostenibilidad. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal;

j) Solidaridad. El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades;

k) Eficiencia. El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población;

l) Interculturalidad. Es el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global;

m) Protección a los pueblos indígenas. Para los pueblos indígenas el Estado reconoce y garantiza el derecho fundamental a la salud integral, entendida según sus propias cosmovisiones y conceptos, que se desarrolla en el Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural (SISPI);

n) Protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas,

raizales y palanqueras. Para los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras, se garantizará el derecho a la salud como fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres.

Parágrafo. Los principios enunciados en este artículo se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección". (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, el derecho a la salud exige una garantía de calidad, acceso oportuno, eficacia, disponibilidad y condiciones de igualdad para los usuarios, así como un deber de actualización, ampliación y modernización en su cobertura.

8. PREMISAS FÁCTICAS – CASO CONCRETO

8.1. De las excepciones propuestas:

Respecto a la excepción de falta de requisito de procedibilidad planteada por la Nueva EPS y Famisanar EPS, debe señalarse que el actor popular mediante derechos de petición de fecha 12 de febrero de 2018, radicados ante la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y la Secretaría de Salud de Boyacá, solicitó el ejercicio de las acciones necesarias para la protección de los derechos colectivos aquí invocados, cumpliendo de esta forma con el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 144 de la ley 1437 de 2011. Ahora bien, de acuerdo con la facultad prevista en el artículo 14 de la Ley 472 de 1998, la vinculación de las EPS accionadas fue ordenada por el Despacho durante el trámite del proceso, luego, se desvirtúa el argumento de la falta de agotamiento del mencionado requisito procesal, por lo tanto, la excepción no prospera.

Con relación a las excepciones propuestas por los demandados y por las entidades vinculadas, se observa que no corresponden a las excepciones enunciadas en el artículo 23 de la Ley 472 de 1998, sino que se trata de argumentos dirigidos a enervar las pretensiones de la demanda, por tanto, su resolución se producirá a lo largo de esta proveído y se decidirán al resolver las mismas.

8.2. Pruebas obrantes en el expediente:

Mediante auto de fecha 31 de julio de 2020 se incorporaron los documentos aportados por los sujetos procesales, y se les otorgó el valor probatorio que les confiere la Ley. De igual manera, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

Así las cosas, en el expediente obran las siguientes pruebas documentales:

8.2.1. Aportadas por el actor popular

- Derecho de petición de interés general presentado el 12 de febrero de 2018 ante el Hospital San Rafael de Tunja, dentro del Radicado No. 20181300020544 (fs. 25 a 29).
- Derecho de petición de interés general presentado el 10 de febrero de 2018 ante la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, enviado vía electrónica para su vigilancia por la Superintendencia Nacional de Salud (fs. 33 a 37).

- Constancia de radicación de 10 de Febrero de 2018 NURC 4-2018-040421 de Superintendencia Nacional de Salud (fs. 40 y 41).
- Respuesta al derecho de petición de 27 de marzo de 2018 suscrito por la gerente de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (fs. 31 y 32)
- Respuesta al derecho de petición de 16 de julio de 2018 suscrito la coordinadora del Grupo Asistencial de Prestadores de Servicios de Salud Superintendencia Nacional de Salud (f. 38).
- Derecho de petición de interés general presentado ante el Ministerio de Salud y Protección Social enviado vía electrónica el 10 de febrero de 2018 dentro del Radicado No.201842400185392 (fs. 42 a 44).
- Derecho de petición de interés general presentado el 12 de Febrero de 2018 ante la Secretaría de Salud del departamento de Boyacá, dentro del Radicado No.44493 (fs. 17 a 21).
- Respuesta al derecho de petición de 21 de febrero de 2018 de la directora técnica de prestación de servicios de la Secretaría de Salud de Boyacá (fs.22 y 23)

8.2.2. Aportadas por la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja

- Copia Circular No. 20181000001135-GER de 7 de mayo de 2018, por la cual se declara alerta amarilla por una emergencia funcional (f. 94).
- Copia Circular No. 20181000001495-GER de 23 de noviembre de 2018, por la cual se declara alerta amarilla por una emergencia funcional (f. 96).
- Copia Circular No. 20191000000025-GER de 10 de enero de 2019, por la cual se declara alerta roja por una emergencia funcional (f. 95).

8.2.3. Aportadas por el departamento de Boyacá

- Certificación en la que consta la reestructuración de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, como entidad descentralizada del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera (f. 74)
- Constancia de habilitación en el registro especial de prestadores de servicios de salud de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (fs. 75 a 77)

8.2.4. Aportadas por la Superintendencia Nacional de salud

- Informe final de auditoría remitida por la gerente de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, radicado NURC: 1-2016-014750 del 4 de febrero de 2016 (fs. 167 a 175)
- Plan de mejora remitido por la gerente de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, radicado NURC: 1-2018-057270 de 16 de abril de 2018 (fs. 176 a 178)
- Copia del oficio de fecha 27 de febrero de 2019, mediante el cual la Supersalud le informó a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja el incumplimiento en la remisión de avances del plan de mejoramiento (fs. 179 y 180).

8.2.5. Aportadas por el Ministerio de Salud y Protección Social

- Memorando No. 20192300004413 de 6 de marzo de 2019 suscrito por el director de prestación de servicios y atención primaria Ministerio de Salud y Protección Social (fs. 182 a 188).

8.2.6. Aportadas por Coosalud EPS

- Copia del Decreto 1528 de 1995 por el cual se reestructura el Hospital San Rafael

(fs. 290 a 296)

- Copia de la Resolución No. 918 de 2018 por la cual la Supersalud habilita a Coosalud EPS S.A. (fs. 297 a 301)
- Copia de la Resolución No. 2427 de 2017 por la cual la Supersalud aprueba la reorganización de Coosalud EPS S.A. (fs. 302 a 322)

8.2.7. Aportadas por la Nueva EPS

- Copia del memorando GZB-CONT-00002 del 20 de septiembre de 2019 suscrito por la gerente regional Centro Oriente de la Nueva EPS, que relaciona los vínculos contractuales en el departamento de Boyacá (fs. 501 a 536).
- CD contentivo de los contratos con la red de prestadores para el departamento de Boyacá (f. 537)

8.2.8. Aportadas por la EPS Sanitas

- CD contentivo de los contratos suscritos con la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, alertas hospitalarias emitidas por la E.S.E., base de datos de direccionamiento hospitalario y ambulatorios para el departamento de Boyacá y el resultado de la medición de servicios para la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja en 2019 (f. 559).

8.2.9. Aportadas por Famisanar EPS

- Copia del contrato de prestación de servicios suscrito con la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (fs. 598 a 615).
- Certificación de la población afiliada a la EPS a 30 de septiembre de 2019 (f. 616).
- Copia de la Resolución No. 008678 de 2018 por la cual la Supersalud actualiza la autorización de funcionamiento de Famisanar EPS S.A.S. (fs. 617 a 622).
- Copia de la comunicación 2-2019-141057 de 9 de octubre de 2019, mediante la cual la Supersalud da respuesta a la capacidad de afiliación de Famisanar (fs. 623 a 627)
- Documento contentivo de la red de prestadores de servicios para Tunja y Boyacá (f. 629 CD)

8.2.10. Aportadas por Comfamiliar Huila EPS

- Copia del contrato de prestación de servicios suscrito con la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja en 2018 (fs. 636 a 641).
- Copia del contrato de prestación de servicios suscrito con la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja en 2019 (fs. 642 a 647).
- Copia del acta de reunión del Comité de Salud de 29 de octubre de 2019, con la representante legal de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja para acordar el trámite de agendamiento de citas y gestión de servicios (fs. 648 y 649)

8.2.11. Pruebas allegadas por solicitud de parte

- Oficio de fecha 4 de septiembre de 2020, recibido desde el correo juridicanotificacionessanrafa@gmail.com, mediante el cual la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja rinde un informe y allega los anexos solicitados en el auto de fecha 31 de julio de 2020.
- Oficio de fecha 13 de octubre de 2020, recibido desde el correo

mgrimaldo@supersalud.gov.co, mediante el cual la Superintendencia Nacional de Salud rinde un informe y allega los anexos solicitados en el auto de fecha 24 de septiembre de 2020.

8.3. Solución al caso concreto

Las pretensiones de la demanda se contraen al amparo de los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y el derecho de los usuarios del SGSSS establecidos en los literales j y n del artículo 4.º de la Ley 472 de 1998, mediante la orden a la parte demandada de que amplíe los horarios de atención presencial para el agendamiento de citas y controles con especialistas a usuarios de régimen contributivo y subsidiado de salud; de igual forma, a la programación de citas por los canales telefónicos y virtuales en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja. Asimismo, el actor popular solicitó ordenar a las accionadas realizar las acciones administrativas y contractuales necesarias para la incorporación de personal médico, realizar la ampliación de la planta física y extender la capacidad de atención en las especialidades médicas de alta demanda, con trato preferente y prioritario a los sujetos de especial protección constitucional y realizar la planificación estratégica necesaria para garantizar una solución definitiva a la problemática planteada.

Ahora bien, durante el trámite procesal fueron vinculados el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, Comparta EPS, Coosalud EPS, la Nueva EPS, EPS Sanitas, Famisanar EPS, Comfamiliar Huila EPS y Saludvida EPS en liquidación, por tener relación directa con las pretensiones de amparo de los derechos colectivos invocados, razón por la cual el Despacho procede a realizar el análisis del presente caso a la luz del acervo probatorio obrante en el plenario.

Con base en lo pretendido, el actor popular presentó un derecho de petición radicado el día 12 de febrero de 2018 ante la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y la Secretaría de Salud de Boyacá, ente que remitió por competencia la petición a la E.S.E., en dicha petición solicitó la realización de las acciones necesarias para conjurar la amenaza o vulneración a los derechos colectivos anunciados, por su parte, la E.S.E. demandada, mediante oficio fechado 27 de marzo de 2018, dio respuesta a la petición e informó las especialidades de mayor demanda durante el año 2017, el número de citas asignadas en el año 2018; relacionó los problemas presupuestales de la E.S.E, ante la falta de pago por parte de las EPS, y la afectación que generó el cierre o liquidación de varias de ellas que tienen obligación en mora con la entidad, situaciones que influyen en la no prestación del servicio en condiciones óptimas, a lo que se suma los problemas de sobreocupación y sobredemanda de servicios. En este entendido, básicamente se plasmaron los mismos argumentos expuestos en la contestación de la acción popular.

Ahora bien, aparte de los contratos de prestación de servicios, los listados de las redes de prestadores de servicios o los actos administrativos de constitución o autorización de operaciones, las EPS no allegaron material probatorio que afirmara o desvirtuara los hechos de la demanda, igual situación sucede con el escaso material probatorio aportado por el departamento de Boyacá y el Ministerio de Salud y Protección Social, por tal razón el Despacho centrará el análisis del presente caso en los informes presentados tanto por la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja como por la Superintendencia Nacional de Salud, mediante la relación de los aspectos más relevantes al caso que nos convoca.

8.3.1. Del Informe presentado por la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja:

Respecto a los problemas de sobreocupación y sobredemanda de servicios, señaló que la

respuesta es conjunta entre cartera, facturación y auditoría. En este orden, allegó un informe pormenorizado sobre el número de usuarios en los servicios de urgencias, hospitalización, servicios ambulatorios, consulta externa, exámenes especializados, consultas con especialistas, en este último *ítem* se informó también el número de usuarios atendidos, según la especialidad y la EPS a la cual se encuentran afiliados; de igual manera, aportó el reporte de citas asignadas de manera presencial y telefónica entre los años 2017 a 2020.

Ahora bien, sobre los hechos narrados en la demanda, se destaca que en la parte financiera si bien la E.S.E. no presenta problemas de desequilibrio o déficit operacional, puesto que en cada vigencia la entidad genera mayores recursos por la prestación de servicios de salud que los que compromete para su prestación, no obstante, ese recaudo incluye la recuperación de cartera de años anteriores, es decir, que no se recauda lo suficiente para cubrir el gasto de la vigencia, lo que genera una baja significativa en el recaudo, puesto que se deben cubrir las cuentas por pagar generadas en vigencias anteriores. Adicionalmente, se advierte que el incumplimiento en el pago por parte de las EPS imposibilita realizar inversión en mejoramiento tecnológico e infraestructura para la ampliación de la cobertura de servicios de salud, dado a que estos rubros son los de menor asignación presupuestal.

Frente a la capacidad instalada para la prestación de los servicios de consulta externa con especialistas señaló que cuenta con 15 consultorios y una sala de procedimientos debidamente acreditados; que la entidad tiene vínculos contractuales con 164 especialistas entre las diferentes especialidades y sub especialidades que se encuentran en su portafolio de servicios. Respecto a los canales para la asignación de citas señaló que cuenta con un procedimiento documentado para la asignación de citas de forma presencial, por teléfono fijo o celular, a través de correo electrónico y por gestora de las EPS; además, resaltó que se ampliaron los horarios de asignación de citas y el recurso humano para su atención, asignando los dos primeros días del mes para la atención preferencial y fortaleciendo los canales virtuales para evitar el desplazamiento de los usuarios para la asignación de los servicios de salud. Las cifras de asignación de citas con especialistas entre los años 2017 a 2020 se indicaron las siguientes: en forma presencial 238.135, a través de los canales telefónicos, y electrónicos, 158.756, para un total de 396.891 citas asignadas por la E.S.E.

En cuanto a las quejas recibidas o tramitadas por la asignación de citas médicas reportó 3 quejas en 2019 y 4 por el mismo aspecto en el año 2020, además, realizó un informe sobre tutelas tramitadas en contra de la E.S.E. sin precisar si las mismas tienen origen en la asignación de citas con especialistas.

8.3.2. Del informe presentado por la Superintendencia Nacional de Salud

Respecto a la asignación de citas médicas con especialistas en la E.S.E. Hospital San Rafael referenció lo siguiente:

- La entidad no realizó reporte de indicadores de oportunidad para la asignación de citas de Ginecología, Medicina Interna, Cirugía General y Ecografía para las vigencias revisadas.
- La oportunidad en la asignación de citas de Pediatría presentó aumento para el segundo semestre de 2019, estando en 3.4 días con respecto al mismo período del 2018, donde se encontraba a menos de un día.
- La ESE no realizó el reporte del indicador correspondiente a la vigencia 2017 ni primer semestre de 2019.

- En cuanto al tiempo promedio de espera para la asignación de cita de Obstetricia se observa que para la vigencia 2017 presentó un total de 3 días, y un comportamiento similar presenta la vigencia 2018.
- Para la vigencia 2019 señaló una disminución de un día estando el resultado en 2 días.
- Con relación a la oportunidad de tiempo de espera para la realización de Cirugía de Cataratas, la institución no reportó el indicador para la vigencia del año 2017.
- Para las vigencias 2018 y 2019, el resultado presentó comportamiento similar de un tiempo promedio de espera de 8 días.

Con relación al presupuesto de la E.S.E. destacó que, realizado un análisis para los períodos 2019 a 2020, encontró que al verificar la información presupuestal de la relacionada con los ingresos recaudados y reconocidos versus los compromisos adquiridos en los cortes analizados, la entidad presenta déficit presupuestal del recaudo con relación al compromiso a diciembre de 2019 y junio de 2020, debido a que en ambos períodos compromete un 5.64% y 40.85% más de lo recaudado, respectivamente, lo que significa que a diciembre de 2019 la ESE asumió obligaciones sin contar con un respaldo financiero y, en consecuencia, puso en riesgo el equilibrio financiero de la entidad. Pese a lo anterior, al realizar el mismo análisis, teniendo en cuenta los ingresos reconocidos versus los compromisos, se observa un comportamiento positivo para los períodos mencionados toda vez que existe superávit de 73.697 y 1.860 millones de pesos, respectivamente, el cual está dado por la relación entre reconocimientos superiores a los compromisos adquiridos por la E.S.E.

De igual forma, según la información reportada por la E.S.E., en el marco del Decreto 2193 de 2004, con corte a diciembre de 2019 y junio de 2020, los activos de la IPS ascienden a 258.761 y 238.704 millones de pesos, respectivamente, la mayor representación de activo a diciembre de 2019 se encuentra en la propiedad, planta y equipo con un 48.4% y el 46.26%, que corresponde a cuentas por cobrar con un valor de 119.693 millones de pesos; a junio de 2020, por su parte, se observa que las cuentas por cobrar disminuyeron al valor de 99.274 millones de pesos. Al verificar la cartera por edades reportada por la entidad en la plataforma SIHO, se evidencia que la disminución de las cuentas por cobrar entre los períodos analizados se debe principalmente al deterioro de la cartera registrado por la E.S.E., que pasa del 35% a diciembre de 2019 al 45% a junio de 2020 con relación al valor total de la cartera, por lo tanto, la cartera bruta asciende a 172.216 millones de pesos a diciembre de 2019 y 173.837 millones de pesos a junio de 2020. En cuanto a la concentración de la cartera por edades, se observa que el 54% (93.540) se encontraba vencida en más de 360 días a diciembre de 2019, y a junio de 2020 el porcentaje aumentó al 56% (98.200).

Agregó que, al verificar la cartera desglosada por deudor a junio de 2020, observó que las entidades con las cuales el hospital concentra sus cuentas por cobrar son EMDISALUD EPS, entidad que se encuentra en liquidación con una participación del 16%; MEDIMAS EPS, 11%; NUEVA EPS, 10%; CAPRECOM, entidad liquidada con el 9%, y el departamento de Boyacá con el 8%. En conclusión, la E.S.E. presenta cartera del 28% con entidades liquidadas y/o en liquidación con relación al total de la misma, para un valor total de 44.252 millones de pesos.

Finalmente, con relación a las quejas y/o reclamos reportados ante la Supersalud respecto a la asignación de citas con especialistas relacionó para los períodos 2017 a 2020, lo siguiente:

	2017	2018	2019	2020 (1)	Total (1 ene.
--	------	------	------	----------	---------------

MOTIVO ESPECÍFICO				ene. a 28 sept.)	De 2017 a 28 sept. De 2020)
Falta de oportunidad en la asignación de citas de consulta médica especializada de otras especialidades médicas	12	25	51	35	123

No se relacionan procesos sancionatorios relacionados con la asignación de citas con especialistas.

8.4. Análisis probatorio para la solución del caso

Recordemos que lo pretendido en la demanda es la extensión de la capacidad de respuesta de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja respecto a las especialidades médicas de alta demanda, además de optimizar los canales de asignación de citas con especialistas y la extensión de horarios para su agendamiento, razón por la cual corresponde contrastar las citadas pretensiones a la luz de la realidad procesal, para de esta forma establecer si existe una vulneración o amenaza a los derechos colectivos invocados y, en caso de advertirse la procedencia del amparo, establecer las medidas necesarias para su protección.

Revisados los informes allegados al proceso, para el Despacho resulta claro que, de una parte, la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja atraviesa una situación presupuestal que si bien no pone en riesgo su funcionamiento, si le impide invertir en tecnología e infraestructura para cubrir la demanda de servicios de salud que enfrenta actualmente, debido a la existencia de una cartera morosa con las entidades administradoras de planes de beneficios, entre ellas, las empresas promotoras de salud (EPS), que puede superar los 360 días de mora, circunstancia que no permite tener un flujo adecuado de recursos, toda vez que los gastos operativos abarcan la mayoría del recaudo de la vigencia y no permite proyectar un presupuesto con asignaciones altas de inversión para el siguiente período fiscal, lo que se traduce en la imposibilidad presupuestal de ampliar la planta física y, por ende, la contratación del recurso humano para complementar los servicios que actualmente presta la E.S.E. y, en igual medida, limita la apertura de nuevos servicios.

De otra parte, analizada la información obrante en el proceso respecto a las citas programadas con especialistas en la E.S.E., se puede evidenciar que existe una gran demanda de servicios por parte de los usuarios de las diferentes EPS o entidades administradoras de planes de beneficios, no obstante, de los informes presentados no se puede vislumbrar que exista una demanda que desborde la capacidad de respuesta de la E.S.E., salvo lo manifestado por el mismo Hospital, que si bien acepta la existencia de una alta demanda de servicios al ser la única institución prestadora del servicio de salud (IPS) de la red pública que oferta servicios de III y IV nivel de complejidad, en ninguno de los informes hace referencia a indicadores que permitan establecer realmente el nivel de afectación de los usuarios del Sistema de Seguridad Social, que acuden a esta institución hospitalaria en busca de obtener atención por las especialidades ofertadas.

Por último, no se aportó al expediente prueba alguna que permita establecer las falencias anotadas en el proceso de asignación de citas, específicamente los tiempos de espera y los horarios de atención presencial a los que deben someterse los usuarios interesados en agendar una cita por especialista en la E.S.E., tal como se relata en los hechos de la demanda, así como tampoco la E.S.E. documentó el procedimiento de asignación de citas al que hizo referencia en su informe, en el cual se menciona que para el agendamiento de citas tiene dispuestas las modalidades presencial, por teléfono fijo o celular, a través de correo electrónico y por gestora de las EPS.

Pese a la aparente regularidad en la capacidad de respuesta del hospital demandado, debe señalarse que las políticas y acciones de control y vigilancia ejercidas frente a los problemas de sobreocupación y sobredemanda en la E.S.E. son nulas o casi nulas, pues así se puede extraer de las pruebas allegadas tanto por el Ministerio de Salud y Protección Social como por la Superintendencia Nacional de Salud y el departamento de Boyacá – Secretaría de Salud, en tanto que de los argumentos de defensa presentados dentro de la presente acción constitucional se denota un papel pasivo ante la problemática anunciada y lo demostrado dentro del proceso.

Contrastados estos aspectos, aunque el Despacho no advierte concretamente la configuración de una flagrante o inmediata vulneración a los derechos colectivos anunciados por el actor popular, sí avizora la existencia de una sobredemanda y sobreocupación en los servicios de salud ofertados por la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, por tratarse de la única institución prestadora de la red pública que oferta servicios de III y IV nivel de complejidad, aunado a su capacidad operacional que le permite mantener de forma permanente la atención en las especialidades médicas de alta demanda, y que es el centro principal de referencia del departamento.

Así las cosas, al considerar la actual situación presupuestal de la E.S.E. Hospital San Rafael, y el hecho de ser la IPS con más alto flujo de demanda de usuarios en el departamento, a juicio de este Juzgado, tal circunstancia tiene la capacidad de amenazar los elementos esenciales del derecho fundamental a la salud, lo que impone la adopción de las acciones necesarias para su protección. Obsérvese que la prestación del servicio de salud exige asegurar su disponibilidad, accesibilidad en condiciones de igualdad, con calidad desde el punto de vista médico y técnico, y evaluación oportuna. Además, dicha prestación se rige, entre otros principios, por el de eficiencia, continuidad, oportunidad y progresividad, este último que impone la ampliación gradual al acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en la prestación y la ampliación de la capacidad instalada y la disminución de barreras para el goce de este derecho fundamental. También exige contar con los recursos necesarios y suficientes que aseguren dicha progresividad, según las normas de sostenibilidad fiscal.

De acuerdo con lo anterior, como el propósito de las acciones populares es evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos consagrados por la Constitución y la Ley, o para restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, la acción aquí ejercida procede contra la omisión de las autoridades públicas demandadas, en tanto amenaza violar los derechos colectivos invocados en la demanda.

En suma, esta Judicatura considera reunidos los siguientes supuestos sustanciales para la prosperidad de la acción: i) una conducta omisiva de la parte pasiva del proceso, con relación al principio de progresividad en la prestación de los servicios de salud, que impone la ampliación gradual al acceso a los servicios y tecnologías de salud, la ampliación de la capacidad instalada y la disminución de barreras para el goce de los servicios de salud ii) una amenaza en ciernes sobre los derechos colectivos invocados y iii) una relación de causalidad entre dicha omisión y la amenaza de estos derechos colectivos. Así las cosas, concederá el amparo solicitado y ordenará la adopción de medidas tendientes a mitigar la amenaza advertida.

En este punto, con relación a quiénes son los responsables o destinatarios de las órdenes de protección de los derechos colectivos, el Despacho señala que se trata de una

responsabilidad compartida tanto del encargado del diseño de políticas del sector, es decir, del Ministerio de Salud y Protección Social, los entes de control, que para este caso son la Superintendencia Nacional de Salud y el departamento de Boyacá – Secretaría de Salud, como del prestador E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y de las diferentes EPS o entidades administradoras de planes de beneficios, cuyos usuarios reciben los servicios en la E.S.E., por lo que se logra establecer la legitimación material por pasiva tanto de las entidades demandadas como de las que se ordenó vincular durante el trámite procesal.

Como corolario de lo expuesto, en lo que atañe a las demás excepciones presentadas por la defensa del extremo pasivo, el Despacho las tendrá como no probadas, en virtud de que corresponden a argumentos adicionales a los fundamentos de la defensa, sin que sea menester ahondar en otras razones diferentes a las aquí plasmadas.

9. CONCLUSIÓN

El Despacho encuentra acreditada una amenaza a los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y el derecho de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud establecidos en los literales j y n del artículo 4.º de la Ley 472 de 1998, como consecuencia de la sobredemanda y sobreocupación en los servicios de salud ofertados por la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (ahora E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja) para el tercer y cuarto nivel de complejidad en el departamento de Boyacá.

Con base en lo anterior, este Juzgado ordenará al Ministerio de Salud y Protección Social, dentro de los seis (6) meses siguientes, si aún no lo ha hecho, formular una política encaminada a asegurar y facilitar el acceso a los servicios de salud de alta complejidad (Niveles III y IV), en términos de calidad, eficiencia y accesibilidad, en aquellos territorios donde la capacidad de respuesta de las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) sea inferior a la demanda de servicios como es el caso de la ciudad de Tunja y, en concreto, respecto a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (ahora E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja).

Se ordenará a la Superintendencia Nacional de Salud y al departamento de Boyacá – Secretaría de Salud, en calidad de entes de control, que en ejercicio de sus funciones de control y vigilancia, en el término de seis (6) meses, realicen un seguimiento y diagnóstico sobre las citas y/o controles **autorizados** por las EPS o entidades administradoras de planes de beneficios, cuyos usuarios reciben los servicios en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (ahora E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja), frente a las citas **efectivamente agendadas o programadas** por la mencionada IPS, para establecer la capacidad de respuesta frente a la demanda de servicios y de esta forma tomar las medidas correctivas y de prevención a que haya lugar. Lo anterior se efectuará de manera conjunta con la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y las EPS o entidades administradoras de planes de beneficios, con el fin de garantizar el acceso de los usuarios a los servicios de salud en términos de oportunidad y calidad.

Se ordenará a las EPS o entidades administradoras de planes de beneficios vinculadas a la presente acción constitucional que, con base en el diagnóstico realizado por los entes de control, ejerzan vigilancia respecto al número de citas autorizadas con especialistas ante la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (ahora E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja), y redireccionen a sus usuarios a otras instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) de su red de prestadores cuando adviertan el sobrepaso de la capacidad de respuesta de la ESE, con el fin de garantizar el acceso al servicio y la cobertura a sus afiliados.

Se ordenará a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (ahora E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja), en el término de seis (6) meses, implementar un procedimiento de fácil manejo que permita la asignación de citas, de manera ágil y organizada, que priorice los canales de atención no presencial —dada la coyuntura en la que se emite este fallo ante la emergencia sanitaria generada por el SARS-CoV-2, que dio lugar a la enfermedad Covid-19—. Para tal fin, si aún no lo tiene, deberá adoptar un sistema de agendamiento electrónico de citas a través del portal Web del Hospital como mecanismo principal de asignación de citas, sin perjuicio de la existencia de otros mecanismos como operadores telefónicos, atención presencial, etc.

El Hospital deberá hacer pública la agenda de citas, según las especialidades ofrecidas, y su capacidad instalada; además, deberá ofrecer otros canales opcionales de asignación de citas (teléfono fijo o celular, a través de correo electrónico y por gestora de las EPS), para garantizar el acceso de los usuarios a los servicios de salud de su portafolio de servicios en condiciones de igualdad, dignidad y eficiencia. Adicionalmente, dentro de dicho procedimiento, deberá establecer un canal y/o mecanismo de atención y asignación de citas preferencial para los sujetos de especial protección constitucional (madres gestantes, personas de la tercera edad, personas con necesidades especiales, etc.).

10. DEL INCENTIVO ECONÓMICO

Sin lugar a pronunciarse sobre el incentivo económico previsto en los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, máxime, que fue derogado por la Ley 1425 de 2010⁴³.

11. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de 6 de agosto de 2019⁴⁴, en aplicación del numeral 8.º del artículo 365 del CGP, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas *cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*. En el caso de acciones populares, se entenderá la causación de agencias en derecho cuando el actor popular resulte vencedor en su pretensión de proteger un derecho o interés colectivo, según los criterios de valoración previstos en el numeral 4.º del artículo 366 *ibídem*. De acuerdo con lo anterior, al evaluar el resultado del proceso y la conducta procesal de las partes, el Despacho condenará en costas (agencias en derecho) al departamento de Boyacá, E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, Ministerio de Salud y Protección Social y Superintendencia Nacional de Salud, cuyo valor se fijará con posterioridad a la ejecutoria de la presente providencia, de conformidad a lo preceptuado en la norma en mención.

12. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas y las vinculadas durante el proceso, por las razones expuestas la parte motiva

⁴³ Artículo 1º. *Deróguense los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998. Artículo 2º. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga y modifica todas las disposiciones que le sean contrarias.*

⁴⁴ Consejo de Estado, Sentencia de 06 de agosto de 2019, acción popular No 15001-33-33-007-2017-00036-01.

de esta providencia.

SEGUNDO.- Amparar los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y el derecho de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud establecidos en los literales j y n del artículo 4 de la ley 472 de 1998, según las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO.- Disponer el cumplimiento de las siguientes órdenes tendientes a mitigar el riesgo o amenaza de los derechos e intereses colectivos de los usuarios de los servicios de salud de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (ahora E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja), así:

3.1. Ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social, dentro de los seis (6) meses siguientes, si aún no lo ha hecho, formular una política encaminada a asegurar y facilitar el acceso a los servicios de salud de alta complejidad (Niveles III y IV), en términos de calidad, eficiencia y accesibilidad, en aquellos territorios donde la capacidad de respuesta de las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) sea inferior a la demanda de servicios como es el caso de la ciudad de Tunja y, en concreto, respecto a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (ahora E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja).

3.2. Ordenar a la Superintendencia Nacional de Salud y al departamento de Boyacá – Secretaría de Salud, en calidad de entes de control, que en ejercicio de sus funciones de control y vigilancia, en el término de seis (6) meses, realicen un seguimiento y diagnóstico sobre las citas y/o controles **autorizados** por las EPS o entidades administradoras de planes de beneficios, cuyos usuarios reciben los servicios en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (ahora E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja), frente a las citas **efectivamente agendadas** o programadas por la mencionada IPS para establecer la capacidad de respuesta frente a la demanda de servicios, y de esta forma tomar las medidas correctivas y de prevención a que haya lugar. Lo anterior se efectuará de manera conjunta con la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y las EPS o entidades administradoras de planes de beneficios, con el fin de garantizar el acceso de los usuarios a los servicios de salud en términos de oportunidad y calidad.

3.3. Ordenar a las EPS o entidades administradoras de planes de beneficios vinculadas a la presente acción constitucional que, con base en el diagnóstico realizado por los entes de control, ejerzan vigilancia respecto al número de citas autorizadas con especialistas ante la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (ahora E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja), y redireccionen a sus usuarios a otras instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) de su red de prestadores cuando adviertan el sobrepaso de la capacidad de respuesta de esta ESE, con el fin de garantizar el acceso al servicio y la cobertura a sus afiliados.

3.4. Ordenar a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (ahora E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja), en el término de seis (6) meses, implementar un procedimiento de fácil manejo que permita la asignación de citas, de manera ágil y organizada, que priorice los canales de atención no presencial. Para tal fin, si aún no lo tiene, deberá implementar un sistema de agendamiento electrónico de citas a través del portal Web del Hospital como mecanismo principal de asignación de citas, — teniendo en cuenta la emergencia sanitaria derivada del Covid-19—, sin perjuicio de la existencia de otros mecanismos como operadores telefónicos, atención presencial, etc.

El Hospital deberá hacer pública la agenda de citas, según las especialidades ofrecidas, y

su capacidad instalada; además, deberá ofrecer otros canales opcionales de asignación de citas (teléfono fijo o celular, a través de correo electrónico y por gestora de las EPS), para garantizar el acceso de los usuarios a los servicios de salud de su portafolio de servicios en condiciones de igualdad, dignidad y eficiencia. Adicionalmente, dentro de dicho procedimiento, deberá establecer un canal y/o mecanismo de atención y asignación de citas preferencial para los sujetos de especial protección constitucional (madres gestantes, personas de la tercera edad, personas con necesidades especiales, etc.).

CUARTO.- Denegar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO.- Para la vigilancia y cumplimiento de las decisiones adoptadas en esta providencia, por disposición del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, conformar el Comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia con el actor popular, el gerente de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (ahora E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja), el ministro de Salud y Protección Social o su delegado, el superintendente nacional de Salud o su delegado, el secretario de Salud de Boyacá, y los representantes legales de Comparta EPS, Coosalud EPS, Nueva EPS, EPS Sanitas, Famisanar EPS, el representante legal de Comfamiliar Huila EPS y el agente liquidador de Saludvida EPS en liquidación, o sus respectivos delegados, el defensor regional del pueblo o su delegado y el procurador judicial que ha actuado dentro del presente proceso.

SEXTO.- Condenar en costas al departamento de Boyacá, E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, Ministerio de Salud y Protección Social y Superintendencia Nacional de Salud. Las agencias en derecho serán fijadas por el Despacho una vez en firme esta providencia, según los criterios previstos en el artículo 366 del CGP. Por Secretaría practicar la liquidación.

SÉPTIMO.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998, **remítase** copia de esta decisión a la Defensoría del Pueblo - Regional Boyacá.

OCTAVO.- En firme esta providencia, archivar el expediente y dejar las anotaciones del caso.

Notifíquese y cúmplase

Firmado Por:

**ANGELA MARIA JOJOA VELASQUEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 004 ADMINISTRATIVO DE TUNJA**

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:

c1514d108402a1a4323f98570d52db4eea20afe1aab74cc3132b72e8f7f9c880

Documento generado en 15/03/2021 10:46:39 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**