

H. Magistrados

TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO
E.S.D.

ACCIÓN: TUTELA
ACCIONANTE: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES
ACCIONADO: JUZGADO 005 ADMINISTRATIVO ORAL DE BARRANQUILLA
ASUNTO: ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Respetado Magistrado:

DIEGO ALFONSO LEAL GONZALEZ, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía N° 1.032.447.457 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional N° 315.173 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, me permito promover **ACCIÓN DE TUTELA**, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en contra del **Juzgado 005 Administrativo Oral De Barranquilla**, por la vulneración del debido proceso, acceso a la administración de justicia y la confianza legítima, en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES PROCESALES ACCIÓN DE TUTELA 2021-00228

PRIMERO: Ante el Juzgado 005 Administrativo Oral De Barranquilla se tramitó en primera instancia la acción de tutela 2021-00228, a través de la cual, la señora Yuris González Torres en calidad de accionante, interpuso el medio constitucional en contra del Ministerio De Defensa, Policía Nacional y Dirección De Sanidad De La Policía Nacional, con el fin de que se protegieran los derechos constitucionales fundamentales a la Salud, Vida en condiciones dignas, a la Familia como núcleo esencial de la sociedad y, se garantizaran y protegieran los derechos sexuales y reproductivos.

SEGUNDO: A criterio de la parte actora, quien se encuentra afiliada frente al Sistema de Salud bajo Régimen de Excepción con la entidad Policía Nacional, manifestó en su

Página 1 de 27

escrito de tutela que, le fue negada la practica y/o tratamiento denominado Fertilización In Vitro.

TERCERO: En atención al auto admisorio de fecha 13 de octubre de 2021, se puede evidenciar que, se mantuvieron como accionadas y vinculadas las siguientes partes:

(...)

PRIMERO: Admítase la acción de tutela promovida, a través de apoderado judicial, por la señora YURIS GONZÁLEZ TORRES, contra la MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL SECCIONAL BARRANQUILLA, por la denunciada violación de sus derechos constitucionales fundamentales a la Salud, Vida en condiciones dignas, "...a la *FAMILIA*, como núcleo esencial de la sociedad; y se garanticen y protejan sus derechos *SEXUALES* y *REPRODUCTIVOS* reconocidos como fundamentales en nuestra jurisprudencia constitucional", e Igualdad.

SEGUNDO: Notifíquese a los señores Representantes Legales del MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL SECCIONAL BARRANQUILLA, y/o a quien haga sus veces a momento de la notificación del presente auto, la admisión de la presente Acción de Tutela. Hágasele entrega de la copia del libelo respectivo, para que se pronuncie en relación con los hechos que sustentan la demanda

(...)

De acuerdo con lo anterior, se puede constatar que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES no fue vinculada y notificada de esas diligencias, desconociendo así el trámite allí adelantado.

CUARTO: Una vez surtidas las etapas procesales, el Despacho Judicial en primera instancia mediante providencia judicial de fecha de fecha 27 de octubre de 2021 falló a favor de la parte actora, consignado las siguientes ordenes:

(...)

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la a la Salud, Vida En Condiciones Dignas, "a la *FAMILIA*, como núcleo esencial de la sociedad; y se garanticen y protejan sus derechos *SEXUALES* y *REPRODUCTIVOS* reconocidos como fundamentales en nuestra jurisprudencia constitucional", e Igualdad, deprecados por la señora YURIS GONZÁLEZ TORRES, contra la DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL – REGIONAL ATLÁNTICO, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: En consecuencia, se ordena al señor Representante Legal de la DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL – REGIONAL ATLÁNTICO, y/o quien haga sus veces al momento de la notificación del presente fallo, que en el perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este proveído, designe un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas (**comité técnico científico**) que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la señora YURIS GONZÁLEZ TORRES, justifique o descarte científicamente la viabilidad del procedimiento prescrito por el medico Ginecólogo y Obstetra Dr. YEISMAN PINEDA LECHUGA. Dicho concepto deberá abarcar los aspectos que vienen detallados en la parte considerativa y rendirse en el término máximo de 15 días contados a partir de la fecha de notificación de este fallo; o desde cuando se realice el último examen diagnóstico que eventualmente pueda requerirse.

(...)

QUINTO: Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, tanto la allí accionante como la entidad accionada interpusieron recurso de impugnación en contra de la providencia judicial; pues bien, una vez concedidos los recursos, la acción de tutela fue de conocimiento en Segunda Instancia por parte del Tribunal De Lo Contencioso Administrativo Del Atlántico Sección C de Barranquilla, quien finalmente resolvió mediante fallo de fecha 30 de noviembre de 2021 lo siguiente:

(...)

FALLA:

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo de tutela calendarado 27 de octubre de 2021, dictado por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Barranquilla, a través del cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la solicitud de tutela, de conformidad a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ADICIONAR al fallo de tutela calendarado 27 de octubre de 2021, dictado por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Barranquilla, tres ordinales, los cuales son del siguiente tenor:

“SÉPTIMO: En caso de que la decisión del grupo interdisciplinario de especialistas (comité técnico científico) sea negativa, la tutelante podrá discutir tal decisión ante la Junta de Profesionales de la Salud de la respectiva IPS a la cual se encuentre vinculado el médico particular que prescribió el tratamiento; y en ausencia de esta, ante una IPS que cuente con habilitación de servicios en ginecología y obstetricia con cobertura en el DEIP de Barranquilla. Esta junta deberá decidir dentro de los quince (15) días posteriores a su conformación.

OCTAVO: ORDENAR a la ADRES que, en el término de **un mes** contado a partir de la recepción del concepto médico favorable para la práctica del tratamiento de fertilización in vitro de la accionante Yuris González Torres: (i) **verifique** el cumplimiento del requisito de ausencia de capacidad económica de acuerdo con el criterio de gastos soportables; (ii) **establezca** el porcentaje que debe ser financiado con cargo a recursos públicos; y (iii) **remita** inmediatamente su concepto favorable a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional o a quien haga sus veces.

NOVENO: ORDENAR a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional o a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la actora al momento de la presente sentencia que, en el término de veinte (20)

(...)

Como se puede apreciar, se impartió una orden judicial en contra de esta Administradora con la aguda inobservancia de no ser notificada en ninguna instancia procesal, y más preocupante, por cuanto ADRES no tuvo conocimiento sobre las ordenes allí impuestas por parte del Tribunal Administrativo del Atlántico.

SEXTO: Posterior a diversos requerimientos previos y apertura incidente de desacato en contra de la allí entidad accionada, **ipor primera y única vez!** esta

Página 3 de 27

Administradora tuvo conocimiento de ese trámite de tutela, ello, por cuanto mediante Auto de fecha 10 de agosto del hogaño, el despacho judicial ordenó:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: Oficiar al señor Director o Representante Legal de la DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL –REGIONAL ATLÁNTICO, para que dentro de las 48 horas siguientes al recibo de respectivo oficio de comunicación respectivo, se sirva informar, con destino al expediente, la fecha en la cual fue notificado o comunicado el Concepto Médico favorable emitido por el Comité Técnico Científico de la entidad, en favor de la señora YURIS GONZALEZ TORRES, a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

(...)

SEPTIMO: Una vez se tuvo conocimiento de esas diligencias, la ADRES interpuso escrito de nulidad toda vez que, esta Entidad no fue vinculada ni tuvo conocimiento de las etapas procesales previas al Auto de fecha 10 de agosto del hogaño, así como también, la orden *OCTAVA* consignada en el a-quem, se escapa de todo marco legal y jurisprudencial frente a la pretensión de la parte actora, esto es, solicitar sea practicado el servicio de salud denominado Fertilización In Vitro; a su vez, se evidencia una aplicación y desarrollo jurisprudencial incorrecto por parte del Despacho Judicial en segunda instancia al momento de proferir sentencia.

OCTAVO: Finalmente, el Juzgado Cinco Administrativo Oral De Barranquilla mediante auto de fecha 07 de septiembre del hogaño decidió NEGAR la solicitud elevada por esta Administradora, así como también se abstiene de aperturar incidente de desacato contra la misma, veamos:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: Rechazar de plano la solicitud de nulidad presentada, a través de apoderado judicial, por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

SEGUNDO: Abstenerse de abrir incidente de desacato en contra de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: Ejecutoriado el presente auto, **archívase** el expediente.

(...)

2. MARCO NORMATIVO

2.1. DE LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 y atendiendo lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 546 de 2017, me permito informarle que a partir del día primero (01) de agosto del año 2017, entró en operación la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud - FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

En consecuencia, a partir de la entrada en operación de la ADRES, y según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, debe entenderse suprimido el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, y con este la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social -DAFPS del Ministerio de Salud y Protección Social tal como señala el artículo 5 del Decreto 1432 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 547 de 2017 y que cualquier referencia hecha a dicho Fondo, a las subcuentas que lo conforman o a la referida Dirección, se entenderán a nombre de la nueva entidad quien hará sus veces, tal como lo prevé el artículo 31 del decreto 1429 de 2016.

Finalmente, es preciso indicar que la ADRES cuenta con la página web: <http://www.adres.gov.co/>, en la cual puede consultarse todo lo relacionado con su operación, su domicilio para todos los efectos legales es la Avenida Calle 26 N°. 69-76 piso 17, Edificio Elemento en Bogotá D.C. y su correo electrónico para notificaciones judiciales es: notificaciones.judiciales@adres.gov.co.

3. DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS.

3.1.1 VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE CONTRADICCIÓN

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho al Debido Proceso, así:

"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."

Conforme a lo señalado por la precitada norma, se tiene que derecho al Debido Proceso- es un Principio inherente al Estado Social de Derecho, cuyas características esenciales son el ejercicio de funciones bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad. En este orden de ideas, la Corte Constitucional, en desarrollo de la enunciada prerrogativa, en Sentencia C-034/14, definió:

"Si bien una de las características más destacadas del orden constitucional adoptado en 1991 es la extensión de las garantías del debido proceso a toda actuación administrativa, también ha señalado la Corte que su extensión y aplicación no es idéntica a la que se efectúa en el ámbito judicial. Como se indicó en los fundamentos normativos de esta providencia, ello obedece a dos razones: La primera es que, el debido proceso judicial se encuentra ligado a la materialización de los derechos, la protección de la Constitución o de la ley; en tanto que la actuación administrativa atañe al adecuado ejercicio de funciones públicas de

diversa naturaleza para la satisfacción de los intereses de toda la comunidad. Por ello, también ha puntualizado la Corte, la segunda debe ceñirse a la vez a los artículos 29 y 209, Superiores. Además, los procesos judiciales deben otorgar una respuesta definitiva a los conflictos sociales, en tanto que las actuaciones administrativas son susceptibles de control ante la jurisdicción. Por ello, aunque el debido proceso se aplica en toda actuación administrativa o judicial, en el primer escenario ocurre bajo estándares más flexibles para asegurar la eficiencia, eficacia, celeridad y economía por parte de la Administración (...).

(...) el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos".

En ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha definido el debido proceso como el conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo .Entre estas se cuentan el principio de legalidad, el derecho al acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, el principio del juez natural, la garantía de los derechos de defensa y contradicción, el principio de doble instancia, el derecho de la persona a ser escuchada y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en esos procedimientos.

De acuerdo con lo señalado en los anteriores acápites, se tiene que derecho al Debido Proceso, es un Principio inherente al Estado Social de Derecho, cuyas características esenciales son el ejercicio de funciones bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad, siendo extensible su aplicación tanto a las actuaciones administrativas y contractuales como a las judiciales.

En este orden de ideas, el **Juzgado 005 Administrativo Oral De Barranquilla** vulnera el derecho al debido proceso a la ADRES de dos formas perfectamente identificables: **i)** está trasladando las consecuencias nocivas del proceso a un tercero que no fue vinculado como parte; **ii)** no permite a la ADRES ejercer las prerrogativas que le ofrece el ordenamiento jurídico.

Respecto del primer punto, sobra decir que la Constitución garantiza que tanto personas naturales como entidades puedan concurrir al proceso donde se puedan ver afectados sus intereses, lo anterior, bajo el supuesto de otorgarle la oportunidad de controvertir cualquier hecho o argumento que podría generarle un perjuicio. En este caso, el Tribunal Administrativo del Atlántico pretende que la ADRES, en el término de un (1) mes contado a partir de la recepción del concepto médico favorable para la práctica del tratamiento de fertilización in vitro de la accionante Yuris González Torres para:

- (i) *Verificar el cumplimiento del requisito de ausencia de capacidad económica de acuerdo con el criterio de gastos soportables;*
- (ii) *establezca el porcentaje que debe ser financiado con cargo a recursos públicos; y*
- (iii) *remita inmediatamente su concepto favorable a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional o a quien haga sus veces, y jamás se molestó en vincularlo como parte o tercero con interés directo en las resultas del proceso. Con ello, impidió actuar en etapas tempranas o por lo menos explicarle que las medidas que debiera decretar debían dirigirse a recursos propios de la EPS y no a los del Sistema.*

En segundo lugar, vulnera el derecho de contradicción de la ADRES, al castigar a esta Entidad, obligándola a materializar acciones que no se encuentran dentro del ámbito de las competencias atribuidas a esta Entidad, pues bien, dichas obligaciones no se encuentran consagradas ni en el marco legal ni dentro del marco jurisprudencial, sin duda alguna, el Tribunal Administrativo del Atlántico realizó un incorrecto e indebido análisis de la Sentencia SU – 074 de 2020, ello, por cuanto dicho proceder **no le es aplicable a las entidades pertenecientes al Régimen de Excepción.**

En este punto cabe resaltar que la autoridad judicial, no tiene escenario claro y preciso respecto a las obligaciones y derechos que le asisten a las partes intervinientes frente a los trámites que relacionados con el tratamiento y procedimiento denominado Fertilización In Vitro, fruto de ello, equivocadamente consignó ordenes que se escapan de la órbita legal y jurisprudencial; Pues bien, la ADRES, al no ser vinculada y escuchada dentro del trámite de tutela 2021-00228 no se le permitió ejercer su defensa y contradicción y así, exponer un contexto acorde a los lineamientos jurisprudenciales desarrollados por la H. Corte Constitucional mediante Sentencia SU – 074 de 2020.

3.1.2 VULNERACIÓN AL DERECHO AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El artículo 229 de la Constitución Política consagra el derecho al acceso a la justicia así:

"Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado"

La Corte Constitucional en sentencia T-283 de 2013 lo definió de la siguiente manera:

"El derecho a la administración de justicia ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Aquella prerrogativa de la que gozan las personas, naturales o jurídicas, de exigir justicia, impone a las autoridades públicas, como titulares del poder coercitivo del Estado y garantes de todos los derechos ciudadanos, distintas obligaciones para que dicho servicio público y derecho sea real y efectivo. En general, las obligaciones que los estados tienen respecto de sus habitantes pueden dividirse en tres categorías, a saber: las obligaciones de respetar, de proteger y de realizar los derechos humanos. Con base en esta clasificación, a continuación se determinará el contenido del derecho fundamental a la administración de justicia. En primer lugar, la obligación de respetar el derecho a la administración de justicia implica el compromiso del Estado de abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización. Asimismo, conlleva el deber de inhibirse de tomar medidas discriminatorias, basadas en criterios tales como el género, la nacionalidad y la casta. En segundo lugar, la obligación de proteger requiere que el Estado adopte medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho. En tercer lugar, la obligación de realizar implica el deber del Estado de (i) facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y, (ii) hacer efectivo el goce del derecho. Facilitar el derecho a la administración de justicia conlleva la adopción de normas y medidas que garanticen que todas las personas, sin distinción, tengan la posibilidad de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que la normativa proporciona para formular sus pretensiones.

De acuerdo con lo anterior, es el Estado el que tiene la obligación de garantizar el derecho de los ciudadanos de acceder a la administración de justicia y la facultad que tiene la ley para regular los casos en que sea necesario acceder por interpuesto abogado.

Partiendo de lo previamente mencionado, el Juzgado 005 Administrativo de Barranquilla vulneró el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia de la ADRES, debido a que impidió que esta Entidad actuara dentro del trámite de acción de tutela 2021-00228 al ser rechazada de plano la solicitud de nulidad.

Como se explicó en apartes previos, en atención a lo definido por la H. Corte Constitucional mediante sentencia SU – 074 de 2020, se establecieron ciertas cargas a los actores que intervienen frente a los trámites relacionados con la materialización y/o práctica del procedimiento Fertilización In Vitro, es así como, el órgano constitucional plasmó de manera clara en la aludida sentencia un fragmento de la defensa emanada por el Ministerio de Salud y Protección Social, quien en su oportunidad indicó:

(...)

*140. De acuerdo con lo informado por el Ministerio de Salud y Protección Social en el curso del presente proceso, **los tratamientos de reproducción asistida se encuentran actualmente dentro de las prestaciones cubiertas por el SGSSS**, a pesar de no hallarse en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (PBSUPC). En tal sentido, de conformidad con las disposiciones vigentes, el sistema garantiza el acceso a dichos tratamientos siempre y cuando el médico tratante ordene su realización a través del aplicativo Mi Prescripción (MIPRES), **tanto en el Régimen Contributivo como en el Régimen Subsidiado.***

(...)

De acuerdo con lo anterior, con el simple hecho de que ADRES hubiese sido vinculada a dicho trámite tutelar, se hubiese planteado entre otras cosas, lo allí incorporado por la H. Corte Constitucional, y así, tener un escenario claro por parte del Despacho en Primera Instancia como el de Segunda Instancia.

Es así como, la ADRES presentó escrito de nulidad en contra del Auto de fecha 10 de agosto del hogaño ante el Despacho Judicial, pues es la única actuación notificada a esta Administradora, a través de la cual, manifestó los motivos tanto legales como procesales suficientes para decretar la nulidad de todo lo actuado, con el fin de que

se le permitirá integrar al contradictorio, sin embargo, y tal como puede evidenciarse mediante auto de fecha 07 de septiembre de 2022 el Juzgado 005 Administrativo Oral de Barranquilla rechazó la nulidad presentada.

Como puede observarse, la autoridad judicial accionada se rehúsa a permitir controvertir las vías de hecho en que se está incurriendo, bajo el pretexto que: *ello no afecta el debido proceso en la acción de tutela, habida cuenta que, conforme a las circunstancias fácticas y pretensiones del caso, la entidad en comento no fue vinculada como accionada o como tercero con intereses, y tal sentido no había lugar a practicarle notificación alguna en relación con el trámite.* Es decir, está desplegando acciones positivas encaminadas a impedir que esta Administradora defienda sus intereses y recursos en sede judicial, y más gravosa la situación, por cuanto el mismo despacho judicial ha indicado que **la entidad en comento no fue vinculada como accionada o como tercero con intereses.**

En este punto, es necesario preguntar al H. Juez Constitucional: sí la ADRES no es parte dentro del trámite tutelar 2021-00228, ¿por qué el Tribunal Administrativo del Atlántico pretende que se utilicen los recursos de ADRES que hacen parte del **Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia** para que, se establezca el porcentaje que **debe ser financiado con cargo a recursos públicos?**

3.1.3 VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE BUENA FE Y CONFIANZA LEGÍTIMA

De acuerdo con lo desarrollado en nuestra carta política a través de su artículo 83, se ha definido el principio de la buena fe como, todas aquellas actuaciones por parte de los particulares y de las autoridades y que deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.

El mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma.

Partiendo de dicha premisa, existió un rompimiento del principio de buena fe procesal y confianza legítima por parte de la autoridad judicial accionada, en los siguientes puntos específicos:

- La H. Corte Constitucional mediante Sentencia SU – 074 DE 2020 determino de manera clara y precisa que, la ADRES es la entidad encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 4º de la Ley 1953 de 2019, hasta tanto el Ministerio de Salud y Protección Social dicte la regulación ordenada en dicha normativa y defina la autoridad que debe evaluar que se acrediten tales condiciones.
- Así mismo ese Órgano Constitucional fue claro y precisa en indicar que, **para garantizar el adecuado manejo de los recursos públicos del Sistema de Seguridad Social**, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación vigilarán que se autoricen los tratamientos únicamente cuando concurren los requisitos que la Ley 1953 de 2019 determinó, desarrollados en esta providencia.
- El ordenamiento jurídico colombiano también garantiza que, si existe un proceso judicial en el cual podría verse afectado cualquier persona o entidad, la autoridad judicial lo llamaría en calidad de parte o tercero con interés directo en las resultadas del mismo, para que pudiera presentar sus argumentos. Los Despachos Judiciales en primera y segunda instancia no sólo no llamaron a la ADRES, sino que han desplegado el poder de su investidura para frustrar cualquier intento de evitar afectar a los recursos que hacen parte del SGSSS, así como también que ADRES pueda arribar al trámite de tutela y permitir presentar su posición frente a las pretensiones incoadas por la parte actora.
- En idéntico sentido, y de acuerdo con lo informado por el Ministerio de Salud y Protección Social, los tratamientos de reproducción asistida se encuentran actualmente dentro de **las prestaciones cubiertas por el SGSSS**, a pesar de no hallarse en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (PBSUPC). En tal sentido, de conformidad con las disposiciones vigentes, el sistema garantiza el acceso a dichos tratamientos siempre y cuando el médico tratante ordene su realización a través del aplicativo Mi Prescripción (MIPRES), **tanto en el Régimen Contributivo como en el Régimen Subsidiado.**

4. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

4.1 REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

4.1.1 PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Aunado a lo anterior, es importante traer a colación la sentencia T 375 de 2018 frente al principio de subsidiariedad de la acción de tutela, la cual establece lo siguiente:

*"12. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un **perjuicio irremediable**. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que "permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos"[32]. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.*

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

13. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,

(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

Nótese entonces, que para el caso en particular, es necesario que la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, como su nombre lo indica, en su responsabilidad de administrar y salvaguardar los recursos del SGSSS tiene la obligación de propender cualquier acción judicial encaminada a que se reconozcan y se admitan las consideraciones establecidas por ley, sin que por encima de esto se encuentre la autonomía judicial o la interpretación judicial que pueda llevar a cabo un administrador de justicia.

Es por esto que, pese a que mediante incidente de nulidad presentado ante el Auto de fecha 10 de agosto de 2022, la ADRES, en su calidad de garante de los recursos del SGSSS se presenta ante el Juez Constitucional con el fin de que se anule las actuaciones judiciales y se permita intervenir con el fin de que se protejan tanto los intereses e integridad de esta Entidad como de los recursos que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social En salud, pese a ello, se encuentra con una decisión desfavorable, y aún más gravoso, en una etapa incidental en contra de la entidad perteneciente al régimen de excepción; pues bien, y aunque no se apertura (de momento) incidente contra la entidad, si se ha impuesto cargas que no le competen a esta Administradora, y de lo cual, a corto plazo, la ADRES, puede verse inmersa dentro de un trámite de incidente de desacato, siendo más preocupante al obligarla a ejercer acciones por fuera del marco legal y jurisprudencial.

Resulta cuestionable que, pese a la autonomía judicial que se le otorga por mandato constitucional a quienes administran justicia, de algún modo se desborden estas facultades y competencias, dejando de lado los derechos fundamentales como el debido proceso, acceso a la administración de justicia y buena fe.

Para ello, la ADRES haciendo el uso adecuado de la protección de los derechos fundamentales y en defensa de estos, considera oportuno necesario y ajustado a derecho la interposición de la acción de tutela, con el fin de que no solo se reconozcan y tutelen a nuestro favor los derechos fundamentales alegados, sino que a su vez, dicha consideración sea adoptada en el marco del impacto social y económico que resulta de adoptar una decisión, por lo que el presente medio constitucional se vuelve el mecanismo idóneo y eficaz con el fin de evitar un perjuicio irremediable, el cual, se ve amenazado a esta Entidad al no permitirle ser parte dentro del trámite tutelar 2021-00228, al ser rechazado el incidente de nulidad en contra del Auto de fecha 10 de agosto del hogaño, es así que no cuenta con otro mecanismo que permita la integración al litis y así ejercer el derecho a la defensa que le asiste.

4.2. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, es posible acudir a la acción de tutela para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales "*cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*". Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha sostenido que, de manera excepcional, **este mecanismo de protección constitucional procede contra sentencias y providencias proferidas por los jueces de la República.**

De acuerdo con lo anterior, para salvaguardar los principios de autonomía judicial y seguridad jurídica, que podrían verse afectados por la revisión en sede de tutela de

sentencias judiciales, la Corte ha previsto que este mecanismo de protección constitucional solo procede cuando se reúnen estrictos requisitos que han sido consolidados por la jurisprudencia de esta Corporación.

En este sentido, en la sentencia C-590 de 2005, la H. Corte Constitucional efectuó la sistematización de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela promovida contra una sentencia o una providencia judicial. A través de aquellos presupuestos, el juez constitucional determina la viabilidad del examen constitucional de la providencia o sentencia que se ataca.

De conformidad con la sentencia SU-050 de 2017, los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela promovida contra una sentencia o una providencia judicial son los siguientes:

4.2.1. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

Este requisito implica evidenciar de una manera clara y expresa que la cuestión que se entra a resolver es genuinamente de relevancia constitucional, teniendo en cuenta que, con el accionar arbitrario y su elemental postura por parte del Juez Quinto (5) Administrativo Oral de Barranquilla, se amenazan la integridad de esta Administradora y los recursos que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Como bien lo mencionó la H. Corte Constitucional mediante sentencia SU-074 de 2020 es claro que la ADRES tiene la competencia de constatar los aspectos relativos al reconocimiento y pago de distintos conceptos, entre los cuales es posible incluir, sin duda alguna, los tratamientos y prestaciones que, pese a no garantizarse con cargo a la Unidad de Pago por Capitación, deben sufragarse parcialmente con recursos públicos.

En tal sentido, la ADRES es la autoridad encargada de garantizar que las personas y parejas que cumplan con la totalidad de requisitos establecidos accedan a la financiación parcial y excepcional de los tratamientos de reproducción asistida. Así, es necesario que la autoridad administrativa asegure que los beneficiarios de este tipo de procedimientos sean quienes cumplan con las condiciones anteriormente señaladas.

En contraste, la posibilidad de que corresponda al juez de tutela, en todos los casos, decidir acerca de la viabilidad de garantizar tratamientos de reproducción asistida ocasionaría una gran congestión en la administración de justicia, en la medida en que se trata de un mecanismo constitucional subsidiario que, en principio, únicamente debe ser agotado cuando no existan otros medios judiciales de defensa idóneos para la protección de los derechos fundamentales invocados.

Por último, el hecho de que una sola autoridad administrativa a partir de un mecanismo centralizado defina en cuáles casos es procedente la financiación parcial y excepcional de tratamientos de fertilización in vitro –en los términos de la Ley 1953 de 2019 y de la presente sentencia– garantiza de la mejor manera posible el principio de igualdad. Adicionalmente, es necesario que el porcentaje de financiación pública de los tratamientos de fertilización in vitro en cada caso responda a criterios unívocos, aunque siempre se respete la autonomía judicial al aplicarlos.

Pues bien, y tal como lo mencionó la Corte Constitucional, le asiste a la ADRES cierta obligación frente al trámite relacionado con la Fertilización In Vitro, en donde determinó las condiciones y requisitos para que las personas y parejas con infertilidad puedan acceder a la financiación parcial de los tratamientos de reproducción asistida en circunstancias excepcionales. **Sin embargo, no puede dejarse de lado que la casuística que originó el pronunciamiento acaeció dentro de un régimen ordinario más a los entes pertenecientes al régimen exceptuado.**

En el caso objeto de estudio, la accionante pertenece al Régimen de Excepción de la Policía Nacional por lo que el Juez Constitucional debió adecuar las instituciones a las cuales les pondría cargas con ocasión del amparo. Dentro de la providencia, se puede observar que el juez de primera instancia determinó el régimen de excepción de la Policía, como responsable del aseguramiento en salud de su afiliado.

Por otra parte, es oportuno hacer énfasis en que, a través del presente trámite NO se busca fundar un recurso adicional con el fin de controvertir la decisión judicial adoptada por el Tribunal Administrativo Del Atlántico De Barranquilla, sino por el contrario, se persigue hacer de este medio judicial, una garantía de protección a los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración y buena fe, con el fin de que se le permita a esta Administradora ser parte e intervenir dentro del trámite de tutela 2021-00228, se le respete el derecho a la contradicción y así, exponer un escenario real y acorde al marco legal y jurisprudencial frente al problema jurídico que se desarrolla en dicho trámite.

4.2.2. Que se hayan agotado todos los medios-ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

Sostiene la Corte Constitucional que, el perjuicio irremediable se configura: “cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea: (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su

prevención o mitigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable.”

En otras palabras, el daño que al juicio de la ADRES y en armonía con lo señalado en las normas referentes al caso en concreto, causó el juzgado al omitir de alguna manera la oposición congruente que expuso la entidad, por consiguiente no permite que esta Entidad se integre al contradictorio y así, amenazar de manera grave los recursos del SGSSS y su destinación ya definida, vulnerando la integridad de esta Administradora, pues se encuentra en cabeza de ella la administración de los mismos, por ende, el rechazo del escrito de nulidad propuesto por esta Entidad, fue contradictorio a lo establecido en la ley, a los principios de imparcialidad, sana crítica y transparencia con los que debe contar un funcionario que administra justicia, lo cual fue materializado en el auto emitido por el mismo despacho como consecuencia de la solicitud elevada por la ADRES, mediante el cual básicamente decidió continuar adelante con la ejecución, omitiendo la trascendencia de dicha decisión y la envergadura e impacto negativo que esto genera en todo el sistema, poniendo igualmente en riesgo los recursos de la salud.

Por consiguiente, se hace necesario acudir a la acción de tutela aludiendo la existencia de un perjuicio irremediable, con el ánimo de que se evite la continuación de la vulneración y amenaza de los derechos fundamentales expuestos, derivado de la negación por parte del Juez Constitucional para que ADRES tenga la oportunidad de intervenir en el trámite de tutela y así lograr presentar un panorama claro en relación con el problema jurídico que allí se envuelve, así mismo, y de continuar dicha actuación preocupa que se conmine a que se profieran decisiones similares o fallos que puedan ser inminentemente peligrosos para el SGSSS en Colombia.

Adicionalmente, es importante aclarar que la presente acción se hace el medio inexcusable para acceder a la administración de justicia, garantizar y proteger los derechos fundamentales vulnerados por los aquí demandados, en vista de que, la ADRES no fue puesta en conocimiento sino hasta el Auto de fecha 10 de agosto del hogaño, bajo este panorama podemos concluir que:

- 1) Frente al Auto admisorio y el escrito de tutela, no tuvo oportunidad de presentar el escrito de defensa,*
- 2) frente al Fallo de Tutela de 1ra instancia, no fue puesto en conocimiento, por ende, no tuvo la oportunidad de proponer recurso contra el mismo y,*

3) *frente al Auto que admitió impugnación y Auto que avocó conocimiento en segunda instancia no se le brindó la oportunidad de intervenir a esta Administradora.*

De acuerdo con los tres escenarios procesales mencionados, a la ADRES no se le brindó oportunidad para ejercer el derecho a la defensa y contradicción que le asistía, así que, dentro del trámite de tutela se desconoció desde un principio las obligaciones y derechos que le asisten a las partes intervinientes frente a los trámites que relacionados con el tratamiento y procedimiento denominado Fertilización In Vitro, ello, de acuerdo a los parámetros desarrollados mediante sentencia SU – 074 DE 2020, pasando por alto la toda órbita legal y como resultado impuso drástica que afecta de manera grave los recursos que hacen parte del SGSSS y el correcto flujo de los mismos.

Por todo lo anterior, el único medio con el que contaba esta Administradora para intervenir y ser parte dentro del trámite tutelar 2021-00228 fue el escrito de nulidad presentado en contra del Auto de fecha 10 de agosto del hogaño, sin embargo, el Despacho Judicial desestimó el mismo y continuó con el curso del trámite, transgrediendo los derechos fundamentales que le asisten a esta Administradora.

4.2.3. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

Recordemos que, tal como lo ha mencionado la H. Corte Constitucional a través de sus pronunciamientos mediante sentencias judiciales, ha indicado que “la inmediatez es un principio orientado a la **protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros**, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. **La satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto.** Esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental”.

Bajo la postura por parte del Órgano Constitucional, y habiéndose hecho un análisis a la presente situación fáctica, podemos entonces evidenciar que, esta Administradora fue puesta en conocimiento de la Acción de Tutela 2021-00228 durante etapa incidental **hasta la fecha 10 de agosto del hogaño**, en donde de manera sorpresiva la ADRES se ve inmersa en un trámite de tutela que desconocía, en donde se le impuso ordenes que no le competen a la entidad y que puede resultar

en sanción injustificada, toda vez que, como ya se ha indicado se encuentra en etapa incidente de desacato.

Por lo anterior, el término en que se interpone la presente Acción de Tutela es oportuno y preciso, en tanto a pocos días del conocimiento del trámite 2021-00228 está Administradora acude ante el H. el Despacho Judicial con el fin de que se protejan los derechos fundamentales al Debido Proceso, Acceso a la Administración de Justicia y Buena Fe, amenazados y vulnerados por parte del Tribunal Administrativo del Atlántico y Juzgado Cinco Administrativo Oral De Barranquilla, por ende, se cumplen con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez.

4.2.4. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

La irregularidad procesal para el caso que nos ocupa comprende las siguientes situaciones, a saber:

- (i) Violación al derecho a la defensa y contradicción en lo que respecta a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social En Salud – ADRES, por cuanto fue excluida dentro del proceso 2021-00228, que como ya se ha mencionado en diversos apartes del presente escrito, es la Entidad que administra los recursos del SGSSS y que, los mismos cuentan con una destinación específica,
- (ii) la adopción de una medida judicial por parte del Tribunal Administrativo del Atlántico que amenaza y lesiona en gran magnitud los recursos ya mencionados e impone obligaciones que no se encuentran en cabeza de esta Administradora, pasando por alto adicionalmente decisiones adoptadas por el máximo órgano constitucional en Colombia
- (iii) por último, y más importante, frente a la oportunidad en que se la ADRES pudo ser parte dentro del trámite tutelar, derivado del incidente de nulidad, la misma fue rechazada y negada, en donde el Juzgado 005 Administrativo Oral de Barranquilla presenta la siguiente elemental excusa **“la entidad en comento no fue vinculada como accionada o como tercero con intereses”**, más sin embargo, si se impartió una orden en donde, deben utilizarse los recursos de ADRES que hacen parte del **Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia** para que se establezca el

porcentaje que debe ser financiado con cargo a recursos públicos.

4.2.5. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

En atención a los apartes previos, se ha mencionado manera clara, expresa y razonable que, ante el JUZGADO CINCO (5) ADMINISTRATIVO ORAL DE BARRANQUILLA, en donde cursa el trámite de tutela 2021-00228 promovido por la señora YURIS GONZÁLEZ TORRES contra DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL – REGIONAL ATLÁNTICO, se impartió una orden en segunda instancia que compromete la estabilidad de los recursos que hacen parte del SGSSS, así mismo, dicha orden se escapa de todo marco legal y jurisprudencial, imponiendo ordenes que no le competen a esta Administradora.

De acuerdo con lo anterior, la ADRES no fue vinculada y notificada de ninguna de las actuaciones procesales surtidas a lo largo del trámite de tutela en comentario, pues bien, es puesta en conocimiento únicamente hasta el Auto de fecha 10 de agosto de 2022, dentro trámite incidental, razón por la cual y de manera sorpresiva esta Entidad evidencia que se le impuso orden judicial.

Pese a lo anterior, esta Entidad haciendo uso del único elemento con que cuenta para poder ser parte dentro del trámite de tutela 2021-00228, esto es, escrito de nulidad ante el Auto 10/8/22 no fue suficiente para el Despacho Judicial, quien rechazó el mismo de manera injustificada exponiendo una elemental apreciación, sin duda, dicho accionar amenaza los derechos fundamentales al debido proceso, administración de justicia y buena fe, en tanto la ADRES debía ser parte dentro de ese litigio, y así, poder ejercer en ambas instancias el derecho a la defensa y contradicción que le asiste, razón por la cual, el rechazo por parte del Juez de Tutela al escrito de nulidad y su rudimentario fundamento no es razón suficiente para que esta Entidad se le niegue ser parte del proceso, pues derivado de ello, se está imponiendo cargas que no se encuentran en cabeza de esta Administradora y por consiguiente, amenaza la estabilidad de los recursos que hacen parte del SGSSS, el cual, excluye a los entes que pertenecen al Régimen de Excepción.

4.2.6. Que no se trate de sentencias de tutela

En el presente apartado, se informa al H. Tribunal que la presente acción constitucional de tutela se dirige contra el Auto de fecha 10 de agosto del hog año proferido por el Juzgado 005 Administrativo Oral de Barranquilla, a través del cual, se informó a esta Administradora acerca del curso en que se encuentra el proceso

Página 20 de 27

08001333300520210022800, esto es, trámite incidental y, Auto de fecha 07 de septiembre del hogaño por el cual se rechazó el incidente de nulidad presentado por esta Administradora por las razones ya previamente mencionados a lo largo del presente escrito de tutela, lo que permite acreditar que el presente requisito se cumple a cabalidad.

4.3. REQUISITOS ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD

Una vez establecido el cumplimiento de los anteriores presupuestos, se debe establecer si en decisión judicial atacada se configura **al menos uno de los requisitos especiales de procedibilidad** que fueron consolidados en la sentencia C-590 de 2005 de la siguiente manera:

(...)

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución.”

(...)

Para el caso que nos ocupa, esta Administradora procede a acreditar los siguientes requisitos, a saber:

4.3.1 Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido,

El fundamento constitucional de esta causal se encuentra en los artículos 29 y 228 de la Constitución, los cuales reconocen los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal. En términos generales esta causal de procedibilidad se configura cuando el juez actúa completamente por fuera del procedimiento establecido. Recordemos lo normado por el articulado, así:

(...)

ARTICULO 29. *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

ARTICULO 228. *La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo. (...)*

Vale recordar que la jurisprudencia constitucional ha identificado que una autoridad judicial puede incurrir en un defecto procedimental bajo dos modalidades: **(a) el defecto procedimental absoluto ocurre cuando "se aparta por completo del procedimiento establecido legalmente para el trámite de un asunto específico, ya sea porque: i) se ciñe a un trámite completamente ajeno al pertinente -desvía el cauce del asunto-, o ii) omite etapas sustanciales del procedimiento establecido legalmente, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso".** (b) El defecto procedimental por exceso de ritual manifiesto, ocurre cuando la autoridad judicial "(...) un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia"; es decir, el funcionario judicial incurre en esta causal cuando "(i) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos, (ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados

en el caso concreto, (iii) porque aplica rigurosamente el derecho procesal, (iv) pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales”.

Así las cosas, se avizora un claro defecto procedimental absoluto, por cuanto dentro del trámite tutelar en ambas instancias, se **omitieron etapas sustanciales del procedimiento establecido legalmente, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso**”, para el caso que nos ocupa, esta Administradora no fue vinculada negándosele el derecho a la defensa que le asistía, bajo esta premisa, podemos concluir que el Juzgado 005 Administrativo de Barranquilla omitió vincular a la ADRES como tercero que tiene interés en el asunto que se discutió, y derivado de ello, en segunda instancia el Tribunal Administrativo del Atlántico trajo a colación la Sentencia SU-074 de 2020, aun así, ni si quiera se cuestionó acerca de la ausencia de esta Entidad dentro del proceso, siendo lo correcto, haberse decretado la nulidad y así rehacer las actuaciones procesales, ello, con el fin de no vulnerar los derechos fundamentales hoy alegados por esta Administradora, pese a todo ello, se continua adelante con el curso del proceso.

4.3.2 Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales

En relación con defecto material o sustantivo, se presenta cuando existe una evidente y desatenta contradicción entre los fundamentos y la decisión o, cuando el juez falla con base en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto o en normas inexistentes o inconstitucionales.

Esta causal especial de procedibilidad de la acción de tutela encuentra fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política, según el cual indica:

ARTICULO 4o. *La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*

Así mismo, en Sentencia SU-659 de 2015, la Corte Constitucional reitero que ésta causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial puede identificarse en alguna de las siguientes situaciones:

“(i) Cuando existe una carencia absoluta de fundamento jurídico. En este caso la decisión se sustenta en una norma que no existe, que ha sido derogada, o que ha sido declarada inconstitucional.

“(ii) Aplicación de norma que requiere interpretación sistemática con otras normas, caso en el cual no se tienen en cuenta otras normas aplicables al caso y que son necesarias para la decisión adoptada.

“(iii) Por aplicación de normas constitucionales, pero no aplicables al caso concreto. En este evento, la norma no es inconstitucional, pero al ser aplicada al caso

concreto vulnera derechos fundamentales, razón por lo que debe ser igualmente inaplicada.

(iv) Porque la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se configura cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia.

(v) Al aplicar una norma cuya interpretación desconoce una sentencia de efectos 'erga omnes'. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la ratio decidendi de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico.

(vi) Por aplicación de normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual, si bien el contenido normativo no ha sido declarado inexecutable, este es abiertamente contrario a la constitución. En este evento, la tutela procede si el juez ordinario no inaplica la norma por medio de la figura de la excepción de inconstitucionalidad."

Así mismo sostuvo que "**Porque la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se configura cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia**"

De lo anterior, si bien, desde la presentación de la demanda, la accionante solicita que, a cargo de la entidad perteneciente al Régimen de Excepción adelante todo trámite en cabeza suya con el fin de materializar el procedimiento denominado Fertilización In Vitro, también es que, la jurisprudencia ha señalado una serie de condiciones para que ello sea materializado, pues bien, como se ha mencionado en diversos apartes del presente escrito, fue mediante Sentencia SU - 074 de 2020 en donde se incorporaron ciertas obligaciones para todas las partes que intervengan en ese tipo de trámites, para el caso de la ADRES, la H. Corte Constitucional indicó:

"En síntesis, el procedimiento para el acceso a tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad se compondrá de los siguientes pasos:

- Se requiere contar con un concepto favorable de un médico especialista adscrito a la EPS a la cual se encuentra afiliada la paciente o de un grupo de especialistas cuando se trate de una orden dictada por un médico particular. En este concepto se verificará el cumplimiento de los requisitos de edad, condiciones de salud de la pareja infértil, se establecerá el número de ciclos (máximo tres intentos) y su frecuencia. Además, se verificará que se trate de personas o parejas con infertilidad primaria, es decir, que no hayan tenido previamente hijos.
- **Una vez se cuente con dicho concepto, corresponde a la ADRES recibir la solicitud respectiva y verificar el cumplimiento de los requisitos de capacidad económica y la vulneración o afectación de los derechos fundamentales a la dignidad humana, los derechos reproductivos, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar y a**

conformar una familia, a la igualdad y, potencialmente, del derecho a la salud.

- *Una vez se cuente con el segundo concepto, emitido por ADRES, se remitirá a la EPS respectiva para que se practique el procedimiento de fertilización in vitro a través de los médicos de su red de prestadores o mediante los convenios respectivos.*

Adicionalmente, debe tenerse claro, que dichas cargas recaen para aquellos actores que pertenecen al Régimen General, mas no al Régimen Exceptuando, en el caso objeto de estudio, la accionante pertenece al Régimen de Excepción con la entidad Policía Nacional por lo que el Juez Constitucional debió adecuar las instituciones a las cuales les pondría cargas con ocasión del amparo. Dentro de la providencia, se puede observar que el juez de primera instancia determinó el régimen de excepción de la Policía, como responsable del aseguramiento en salud de su afiliado.

Por lo anterior, no existe relación entre las consideraciones que consignó el a-quem frente a la decisión que adoptó en contra de la ADRES, razón más que suficiente para que se configura acreditarse la presente causal.

En conclusión, una vez desarrollados los hechos facticos y jurídicos dentro del presente escrito tutelar, se puede evidenciar de manera clara que se cumplen con cada uno criterios de procedibilidad tanto generales como específicos de la acción de tutela contra decisiones judiciales, acreditando así la admisión del presente trámite.

5. PRETENSIONES

Conforme a lo expuesto a lo largo del presente escrito, la Administradora de Los Recursos Del Sistema General De Seguridad Social en Salud – ADRES, solicita respetuosamente:

1. Se declare que el JUZGADO CINCO (5) ADMINISTRATIVO ORAL DE BARRANQUILLA, ha vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia, buena fe y confianza legítima, por ende, sean tutelados.
2. Como consecuencia de la anterior declaración, se disponga que la autoridad judicial accionada dé el trámite a la solicitud de nulidad propuesta por ADRES, para que sea resuelta como en derecho

corresponda. Deberá igualmente garantizarse los recursos de Ley en caso de que la decisión sea adversa a los intereses de la Entidad.

3. Conminar al JUZGADO CINCO (5) ADMINISTRATIVO ORAL DE BARRANQUILLA a que se abstenga de reiterar comportamientos como los aquí señalados.

6. PRUEBAS

Para acreditar los hechos narrados, y comprobar las vulneraciones alegadas, solicitamos se tengan como pruebas las siguientes:

- *Oficio*: solicitar al Juzgado 005 Administrativo de Barranquilla la remisión del expediente. Con esto se comprobará que ADRES no ha sido vinculada como parte o tercero interviniente, pero sí, afectado por la orden judicial en segunda instancia y el rechazo al escrito de nulidad, para así ser parte del trámite 2021-00228.
- *Vinculaciones*: al Ministerio de Salud y Protección Social. Su intervención y conocimiento por ser el ente Rector del sector salud en Colombia, acreditará las competencias y/o directrices emanadas por la H. Corte Constitucional mediante sentencia SU-074 de 2020.
- *Vinculaciones*: a las partes intervinientes de tutela 2021-00228, en tanto podrían verse afectadas con las decisiones de la presente acción constitucional.

7. JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que, por los mismos hechos y derechos, la ADRES no ha presentado petición similar ante ninguna autoridad judicial.

8. NOTIFICACIONES

La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES recibe notificaciones en la Avenida Calle 26 N° 69 - 76 Torre 1, Piso 17, Edificio Elemento en Bogotá D.C.

Correo electrónico para notificaciones judiciales es:
notificaciones.judiciales@adres.gov.co y diego.leal@adres.gov.co
teléfono: 4322760 Ext. 1767 – 1771.

El Juzgado 005 Administrativo de Barranquilla recibe notificaciones en
jadmin05baq@notificacionesrj.gov.co
recepcionadm05bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono celular 300-6477689

Cordialmente,



DIEGO ALFONSO LEAL GONZALEZ

Apoderado

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –
ADRES