



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona
Sala Única de Decisión

-ÁREA CONSTITUCIONAL-

Magistrado Ponente:

DR. NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Pamplona, 6 de octubre de 2022

Acta No. 0158

Radicado	54-518-31-84-001-2022-00172-01
Accionante	DIOMEDES GRANADOS RODRÍGUEZ
Accionada	NUEVA EPS

ASUNTO

Decide la Sala la impugnación presentada por medio de apoderado especial por la NUEVA EPS S.A. contra el fallo de tutela de fecha 12 de septiembre de 2022 proferido por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Pamplona.

ANTECEDENTES

Hechos¹.-

DIOMEDES GRANADOS RODRÍGUEZ relató que fue “operado el 26 de octubre del 2021 de POP DE CRANEOTOMÍA RESECCION DE TUMOR DE FOSA POSTERIOR – NEUROMA DEL VII PAR CRANEAL, en la operación perdí totalmente la audición del oído derecho y el oído izquierdo la audición es de un 50% y me quedó un zumbido muy fuerte en mi cabeza que no me deja llevar una vida tranquila, no me deja dormir, soy paciente psiquiatría, problemas de ansiedad, agresividad”.

¹ Folios 1 Archivo 006 Escrito TutelaCuaderno primera instancia.

Como seguimiento a dicha patología, le ordenan controles con varias especialidades, entre ellos con neurocirugía, en la ciudad de Cúcuta.

Agregó, que *“mis recursos no me alcanzan el pago que me están cancelando por incapacidades es de \$400.000 tengo familia, pago arriendo, pago servicios, mercado, universidad de mi hija y otros, mi esposa no trabaja permanece todo el día cuidándome, nos ha tocado pedir ayudas para poder subsistir mi sueldo no es el mínimo vital para poder vivir dignamente”*.

Situaciones por las que señaló, el 26 de mayo de 2022 elevó petición a la NUEVA EPS para que *“me sean autorizados viáticos integrales para mí y acompañante, para las que se tiene que desplazar de su domicilio que es el municipio de Pamplona”*, sin obtener respuesta.

PETICIONES².-

Reclamó el amparo de los derechos fundamentales a la *“dignidad humana y la igualdad de oportunidades, prestación de un buen servicio a la salud”*, en consecuencia:

Se ordene a quien corresponda me sean autorizados los gastos del traslado de Pamplona a la ciudad de Cúcuta Norte de Santander como son la compra de alimentos, transporte, hotel depende de las condiciones de la cita médica, taxi dentro de la ciudad, ya que en mis condiciones que me encuentro no puedo desplazarme a pie me encuentro emocionalmente decaído, agotado sin deseos de seguir viviendo y no ser una carga para mi familia.

-Se declare que la NUEVA EPS. S.A está vulnerando el derecho a mi salud, ha vulnerado mi derecho fundamental de petición.

-Se tutele mi derecho fundamental de petición.

-Como consecuencia, se ordene a la NUEVA EPS. S.A que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela se dé respuesta de fondo conforme lo establece la normatividad y la Jurisprudencia Colombiana.

² Folio 2 ibidem.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA

El 29 de agosto de 2022³ la *A quo* admitió la acción de tutela formulada por DIOMEDES GRANADOS RODRÍGUEZ contra la NUEVA EPS, a quien ordenó correr traslado por el término de dos días para ejercitar su derecho de defensa, vinculó a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, ALCALDÍA DE PAMPLONA y GOBERNACIÓN DE NORTE DE SANTANDER y tuvo como prueba los documentos aportados con el escrito de tutela.

El 12 de septiembre de 2022 decidió la acción constitucional⁴.

RESPUESTA A LA ACCIÓN DE TUTELA

ADRES⁵.-

Por medio de apoderado judicial indicó que *“es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, ni tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS”*.

Recordó que *“las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud”*

Solicitó *“NEGAR el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia DESVINCULAR a esta Entidad del trámite de la presente acción constitucional”*.

³ Archivo 007AutoAdmisorio20220829.

⁴ Archivo 011 Fallo20220912.

⁵ Archivo 009ContestaciónAdres20220831.

NUEVA EPS⁶.-

Indicó que el Accionante se encuentra activo en el sistema de seguridad social en salud en el régimen contributivo, como cotizante, categoría A y *“NUEVA EPS S.A. asume todos y cada uno de los servicios médicos que ha requerido el usuario desde el momento mismo de su afiliación y en especial los servicios que ha requerido, siempre que la prestación de dichos servicios médicos se encuentre dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad que, para efectos de viabilidad del Sistema General de Seguridad social en Salud, ha impartido el Estado Colombiano”*.

Respecto de la petición de fecha 26/05/22, señaló que:

en virtud de que las respuestas que proyecta el área jurídica dependen de la información que las áreas pertinentes le suministren, hemos procedido a dar traslado de dicha solicitud al área encargada de Nueva E.P.S. para que realice el análisis correspondiente, si este fue radicado correctamente y posterior a ello se proceda a dar respuesta de fondo a la petición del accionante; mientras ello se resuelve no debe ser tomado esto como prueba ni indicio alguno de que dicha respuesta haya sido o esté siendo negada por ésta EPS, por el contrario estamos desplegando las acciones positivas necesarias para que se materialice la misma y una vez se tenga respuesta, se allegará documento informativo como alcance para conocimiento del Despacho.

Frente a la solicitud de servicio de transporte y viáticos, señaló que *“NO SE EVIDENCIA SOLICITUD MÉDICA”*. Además, frente al transporte expuso que *“tampoco se allega prueba respecto a la falta de capacidad económica, tan solo obra la simple manifestación de la parte accionante, careciendo la misma de soporte probatorio, lo cual no puede llevar a concluir al Operador Judicial, que el usuario o su núcleo familiar carezcan de capacidad económica para solventar los gastos que generen los traslados a otra ciudad, pues la simple manifestación de no contar con los recursos económicos no es suficiente para demostrar a este Estrado Judicial”*.

Luego de anotar precedente jurisprudencial, concluyó que *“esta solicitud NO SE ENCUENTRA INCLUIDA EN LOS SERVICIOS DE SALUD QUE ESTÁN EN EL PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD (RESOLUCIÓN 2292 DE 2021 – por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de Salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación UPC - Plan de Beneficios en Salud), por lo que no corresponde a la entidad promotora de salud proporcionarlas a sus afiliados. La normatividad vigente del Plan de beneficios de Salud no cubre dichos transportes y*

⁶ Archivo 010ContestaciónNuevaEps20220902.

erogaciones de alimento, hospedaje, por cuanto éstos no cumplen con los requisitos en la norma, tal y como se observa de la lectura de la Resolución 2292 DE 2021 “TRANSPORTE O TRASLADOS DE PACIENTES”.

Considera que de acuerdo a los parámetros fijados por la Corte Constitucional *“le corresponde al Juez de instancia probar la falta de capacidad económica del accionante antes de tomar una decisión que implique erogaciones extras para el sistema de seguridad social en salud pues como lo ha manifestado por el Consejo de Estado, los recursos del sistema son dineros del Estado”.*

Refirió que el gasto de alimentación es una responsabilidad de cada ser humano *“independientemente de la enfermedad que desafortunadamente aqueja al usuario, éste tiene el deber de autocuidado y suministrarse lo necesario para alimentación”, pretensión que considera es “improcedente y perjudicial para el equilibrio financiero del sistema”.*

Expuso que el municipio de Pamplona no se encuentra contemplado entre los que reciben UPC diferencial y a los cuales la EPS sí está en la obligación de costear el transporte del paciente, según la Resolución No. 00002381 de 2021.

En cuanto a la solicitud de transporte para un acompañante señaló que *“En aplicación al principio de solidaridad social, corresponde al paciente o a su familia, asumir los costos de transporte, alojamiento y manutención, excepcionalmente cuando el afiliado o su grupo familiar no cuenten con la capacidad económica para asumir dichos gastos, la obligación será trasladada a la EPS”.*

Además, señaló que *“dentro del escrito y anexos de tutela no se encuentra acreditado o demostrado siquiera sumariamente que la accionante deba asistir a las citas programadas en compañía de otra persona, así como tampoco que su núcleo familiar no se encuentre en condiciones para sufragar los gastos que están siendo solicitados. Y es que el simple hecho de informar que el usuario tiene gastos no significa que se encuentre en situación de indefensión o que NO PUEDA SUFRAGAR EL COSTO de los transportes y viáticos que son solicitados, y los cuales se insiste no son servicios o tecnologías de salud”.*

Solicitó negar por improcedente la acción de tutela contra NUEVA EPS *“toda vez que NO se ha vulnerado derechos, omitido o restringido el acceso a los servicios en salud de la accionante, en vista de que el área encargada de Nueva Eps ya se encuentra*

validando el caso respecto al Derecho de Petición presentado por el accionante el día 22/05/22 si este fue radicado en debida forma, una vez se tenga respuesta, se allegará documento informativo como alcance para conocimiento del Despacho” y en “En cuanto a la solicitud de transporte, viáticos, alimentación, hospedaje, no se evidencia solicitud médica especial de transporte referida por los galenos”.

Subsidiariamente solicitó que *“En caso que el despacho ordene tutelar los derechos invocados, solicitamos al despacho que en virtud de la Resolución 205 de 2020, por medio de la cual se establecieron unas disposiciones en relación al presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPS, se ordene al **ADRES** reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios”.*

SENTENCIA IMPUGNADA⁷.-

Mediante fallo de fecha 12 de septiembre de 2022 el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de esta municipalidad concedió la protección constitucional de los derechos fundamentales invocados por DIOMEDES GRANADOS RODRÍGUEZ, y en consecuencia dispuso:

SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA EPS, para que el término de DOS (2) DÍAS, contados a partir de la notificación de la presente providencia, si no lo hubiere hecho, por conducto de la dependencia y/o funcionario pertinente, realice los trámites administrativos necesarios para autorizar y suministrar efectivamente el valor de los gastos de transporte, alojamiento, alimentación y transporte interno, que demanda el traslado de la accionante DIOMEDES GRANADOS RODRIGUEZ a la ciudad de Cúcuta, con el fin de asistir a los servicios médicos que requiera para el tratamiento derivado del procedimiento “CRANEOTOMIA RESECCION DE TUMOR DE FOSA POSTERIOR – NEUROMA DEL VII PAR CRANEAL”; debiendo además, garantizar tales gastos para un acompañante, solo en caso que así lo determine el médico tratante.

Advirtiéndole que los servicios de alojamiento y alimentación están sometidos a la necesidad de los mismos en caso de requerir pernoctar en la ciudad y/o casos de hospitalización, no siendo necesarios en caso de atenciones ambulatorias.

TERCERO: ABSTENERSE de autorizar a la accionada el recobro ante el ADRES, toda vez que dispone de los mecanismos legales y administrativos para hacer efectivo sus derechos de contenido patrimonial.

⁷ Archivo 011Fallo20220912.

CUARTO: No impartir orden frente al Derecho de Petición, conforme lo antes anotado.

QUINTO: EXONERAR a ADRES, la GOBERNACIÓN DE NORTE DE SANTANDER, la ALCALDIA DE PAMPLONA, por no haber vulnerado derecho fundamental alguno a DIOMEDES GRANADOS RODRÍGUEZ.

Encontró que *“DIOMEDES GRANADOS RODRÍGUEZ es sujeto de especial protección constitucional por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta e indefensión debido a las patologías que afectan su salud”*.

Respecto a la imposibilidad económica del accionante, halló que *“no cuenta con ingresos suficientes para pagar el costo de los gastos que podrían generarse por transporte, hospedaje y alimentación al ser remitido a otra ciudad, aspecto ese que conforme a los criterios jurisprudenciales, debe tenerse por cierto y es la entidad accionada, a la que compete desvirtuar la ausencia de capacidad económica de su afiliado. Quien ha sido enfático en señalar que, si bien cuenta con auxilio de incapacidad, el mismo no es de medio salario mínimo mensual, lo que le limita gravemente para suplir sus necesidades básicas, afirmación que tampoco fue refutada por la accionada.”*

Respecto de los viáticos para un acompañante consideró, que el mismo debe ser definido por el médico, atendiendo a que se trata *“de un afiliado que presenta una patología relacionada con su sistema nervioso y/o de origen psiquiátrico, que requiere atención en una ciudad distinta a aquella en la que reside y conoce”*.

Señaló que pese a estar acreditada la ausencia de respuesta de la petición elevada, no amparó el derecho fundamental de petición por amparar el derecho a la salud y además conocer la postura de la entidad siendo su criterio negar la pretensión reclamada.

IMPUGNACIÓN⁸.-

Fue propuesta unitariamente por NUEVA EPS respecto del numeral tercero, *“ABSTENERSE de autorizar a la accionada el recobro ante el ADRES, toda vez que dispone de los mecanismos legales y administrativos para hacer efectivo sus derechos de contenido patrimonial”*.

⁸ Archivo 11 ESCRITO IMPUGNACIÓN NUEVA EPS.

Con fundamento en la Resolución 205 de 2020 señaló que *“No cabe duda alguna señor Juez que, en tanto la EPS deba asumir la prestación de un servicio que no se encuentre expresamente consagrado dentro del Plan de beneficios desarrollado y descrito por la normatividad legal vigente a través del Plan beneficios de Salud Contributivo, mantiene su legítimo derecho de poder recuperar el costo económico derivado de dicha prestación, pues, asumir lo contrario sería tanto como asumir un pasivo que iría en detrimento del equilibrio financiero que debe observarse en la relación EPS – Estado, y lo que es peor aún, sería tanto como poner en riesgo la existencia misma de la entidad administradora”*.

Luego de anotar algunos antecedentes jurisprudenciales señaló que:

Valga decir aquí que si bien es cierto el tema del recobro es un asunto de carácter económico que escapa de la órbita del Juez Constitucional, cuya función es la de proteger derechos fundamentales, y no debatir cuestiones que deben ser dilucidadas mediante un diligenciamiento administrativo interinstitucional, máxime que no emitir decisión sobre el mismo no descarta dicha prerrogativa, pues la respectiva EPS puede hacer uso de la vía pertinente para obtener tal prestación, no lo es menos que, previendo las secuelas que surjan y en aras de que a la postre el derecho a la salud de las personas no se vea menoscabado por el déficit de dineros que debe **EL ADRES** para con la obligación de girar recursos a las EPS – como es su deber ser-, los Jueces de Tutela, en seguimiento de abundantes precedentes de la Honorable Corte Constitucional, pueden emitir órdenes o autorizaciones del respectivo recobro a favor, y sin ser repetitivos, a favor de las Entidades Prestadoras de Salud, condicionadas eso si a que la entidad brinde servicios médicos que escapen a lo cubierto por el PBS o PBS-S y que legalmente no deben asumir.

Solicitó revocar el numeral tercero del fallo impugnado, y en su lugar facultar a NUEVA EPS para que, *“VINCULE y ORDENE a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de insumos”*.

CONSIDERACIONES

Competencia. -

Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación de la presente acción de tutela según lo establecido por el artículo 86 de la constitución Política de Colombia, artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991 y por lo dispuesto en el Decreto

1983 de 2017 modificado por el Decreto 333 de 2021.

Problema Jurídico. -

No existiendo apelación por parte del Accionante, y habiéndose contraído la de la NUEVA EPS a la solicitud de reembolso de recursos a cargo de la ADRES, será tal temática el objeto de este nivel decisonal.

Cumplimiento de los Requisitos Generales de Procedencia de la Acción de Tutela. -

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Nacional, toda persona puede ejercer la acción de tutela mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, siempre que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares. La acción de tutela resulta procedente cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz para la protección de sus derechos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable.

En esta medida, antes de pronunciarse de fondo sobre el caso concreto, es deber del juez constitucional verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, a saber: (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva, (ii) la inmediatez y (iii) la subsidiariedad⁹.

Legitimación en la Causa. -

Este requisito de procedencia tiene por finalidad garantizar que quien interponga la acción tenga un *“interés directo y particular”*¹⁰ respecto de las pretensiones elevadas, de manera que el juez constitucional pueda verificar que *“lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro”*¹¹. A su vez, esta acción debe ser ejercida en contra del sujeto responsable de la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sea este una autoridad pública o un particular¹².

⁹ Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T 511 de 2017.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T 176 de 2011.

¹² *Ibídem*.

Por activa, tenemos a DIOMEDES GRANADOS RODRÍGUEZ, quien interpone la acción constitucional en nombre propio por considerar que la NUEVA EPS vulnera sus derechos fundamentales, encontrando satisfecho este requisito por ser el titular de los derechos quien interpone la acción.

Por pasiva, está la NUEVA EPS, entidad pública prestadora de servicios de salud, ámbito de competencia cuya omisión es el objeto de la acción en estudio.

Queda así acreditado este requisito.

Inmediatez. -

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable computado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Este requisito tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como *“un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados”*¹³.

Con el fin de orientar la labor del juez de tutela, la jurisprudencia constitucional ha identificado cinco criterios que ayudan a determinar, en cada caso, el cumplimiento del requisito de inmediatez¹⁴.

Al estudiar el cumplimiento de dicho requisito en el caso *sub judice*, la Sala lo encuentra acreditado atendiendo que la anomalía se desencadenó desde el 12 de mayo de 2022¹⁵, fecha en que DIOMEDES GRANADOS RODRÍGUEZ elevó petición a la NUEVA EPS. Como se acudió a la acción de tutela el 29 de agosto de 2022, es decir, aproximadamente tres meses y quince días después, dicho término resulta razonable para acudir a la vía constitucional, atendiendo a que la Corte Constitucional ha sostenido que ante la inexistencia de un término definido se ha considerado que el plazo oportuno por regla general es de seis meses, transcurridos los cuales la tutela devendría en principio improcedente¹⁶.

¹³ Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

¹⁴ “(i) la situación personal del peticionario, que puede hacer desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve; (ii) el momento en el que se produce la vulneración, ya que pueden existir casos de violación permanente de derechos fundamentales; (iii) la naturaleza de la vulneración, pues la demora en la presentación de la tutela puede estar relacionada, precisamente, con la situación que, según el accionante, vulnera sus derechos fundamentales; (iv) la actuación contra la que se dirige la tutela, ya que si se trata de una providencia judicial, el análisis debe ser más estricto, y (v) los efectos de la tutela en los derechos de terceros, quienes tienen la expectativa legítima de que se proteja su seguridad jurídica”. Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

¹⁵ Folio 2 archivo 002Anexos.

¹⁶ Sentencias Corte Constitucional T-328 de 2010 y T-1063 de 2012.

Subsidiariedad. -

En su carácter residual, *“La acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial efectivo para la protección de sus derechos fundamentales o, en caso de existir tal recurso judicial, se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*¹⁷.

Con respecto a la existencia de otros mecanismos de protección del derecho a la salud en la Superintendencia Nacional de Salud, mismo que haría inviable el trámite de esta acción, nuestra Corte Constitucional manifestó en sentencia T 117 de 2019:

1.8.2. A raíz de algunos análisis efectuados por el Alto Tribunal, cuando se encuentran de por medio intereses de sujetos de especial protección constitucional (menores de edad, mujeres embarazadas, adultos mayores, personas con disminuciones físicas y psíquicas y personas en situación de desplazamiento), y especialmente por casos estudiados en ésta Sala, se detectaron debilidades en la estructura del procedimiento ante la SNS que desvirtúan, en algunos casos su idoneidad y en otros su eficacia en razón a: (i) *la falta de reglamentación del término en que se debe resolver la segunda instancia cuando se presenta el recurso de apelación; (ii) la ausencia de garantías para exigir el cumplimiento de lo ordenado; (iii) la carencia de sedes de la SNS en todo el país; y (iv) el incumplimiento del término legal para proferir los fallos.*

Las debilidades mencionadas han cobrado mayor relevancia, debido a la reciente Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018 realizada por la Sala de Seguimiento de la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional, en donde el Superintendente de Salud aceptó que dicha entidad de vigilancia no cuenta con la infraestructura necesaria para cumplir con los términos del trámite aludido. Puntualmente señaló: *“...hoy no tenemos la infraestructura, la Superintendencia, para responder en los términos que quieren todos los colombianos en el área jurisdiccional, tenemos un retraso que puede estar en **dos y tres años**”*. (Negrilla en original)

Además de lo anterior, se evidenció que los asuntos establecidos en los artículos 41 de la Ley 1122 de 2007 y 126 de la Ley 1438 de 2011 no abarcan en su totalidad las posibles controversias que puedan suscitarse entre los usuarios y sus EPS.

Así pues, para un sector del alto Tribunal, el procedimiento establecido por la Ley 1122 de 2007 y modificado por la ley 1438 de 2011 no es idóneo y tampoco eficaz, pues carece de idoneidad y eficacia, por lo que la acción de tutela se convierte en el único medio de defensa con el que cuentan los ciudadanos para obtener protección de sus garantías fundamentales.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-091 de 2018.

Tesis que fue reiterada en sentencia SU-508 de 2020, en donde además se señaló que:

mientras persistan las dificultades para el ejercicio de dichas facultades, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar dichos derechos.

De esa manera, por existir debilidades constitutivas en el mecanismo de resolución principal, se dará por cumplido este requisito.

Satisfechos los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, la Sala examinará exclusivamente si hay lugar a ordenar el recobro a la ADRES, por ser el único aspecto abordado por la apelación de la NUEVA EPS y en cuanto no se constata la existencia de otros tópicos que deban abordarse de oficio.

Sobre la orden de recobro a la -ADRES.-

La NUEVA EPS solicitó ordenar al ADRES reembolsar los gastos en que incurra en cumplimiento del fallo y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

Desde la sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional se pronunció frente a la condición de ordenar mediante fallo de tutela el recobro de los servicios médicos ordenados a la EPS:

En primer lugar, órdenes para no supeditar a la decisión sobre eventual revisión por parte de la Corte la fecha de ejecutoria de la sentencia que amparó el derecho a la salud. En este caso se ordenará al Ministerio de Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga sea más ágil con miras a asegurar el flujo de recursos necesarios para proteger efectivamente el derecho en el sistema. **Dentro de estas medidas por lo menos se tendrán en cuenta las siguientes, cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela:** (i) la entidad promotora de salud deberá cumplir inmediatamente la orden de protección del derecho a la salud y podrá iniciar el proceso de recobro una vez el fallo se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que la autorización del servicio de salud y el procedimiento de recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del proceso de revisión que se surte ante la Corte Constitucional; (ii) **no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se debe autorizar el recobro ante el Fosyga como condición para autorizar el servicio médico no cubierto por el POS**

ni para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. La EPS debe acatar oportunamente la orden de autorizar el servicio de salud no cubierto por el pos y bastará con que en efecto el administrador del Fosyga constate que la entidad no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC; (iii) en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca, sin que pueda negarse el reembolso con base en la glosa "Principio activo en POS" cuando el medicamento de marca sea formulado bajo las condiciones señaladas en el apartado 6.2.1 de esta providencia (...).

(...)

6.2.1.1.5. En el mismo sentido, la exigencia de que el fallo de tutela otorgue explícitamente la posibilidad de recobro ante el Fosyga también debe ser interpretada *conforme* a la Constitución, **en cuanto es el pago de un servicio médico no incluido en el plan de beneficios, lo que da lugar al surgimiento del derecho al reembolso de la suma causada por la prestación del servicio, y no la autorización de un juez o del CTC.** En relación con este último aspecto, la Corte advierte que en ningún caso el Fosyga está obligado al reembolso de los costos generados por servicios médicos que hagan parte del Plan de Beneficios. Negrilla fuera de texto.

De otra parte, frente a lo solicitado subsidiariamente por la entidad accionada y que es objeto de impugnación, en cuanto a que se le ordene a la ADRES reembolsar todos aquellos gastos que asuma en cumplimiento del fallo de tutela, advierte la Sala que no han sido pocos los pronunciamientos de este Tribunal sobre el tema, en el que se puntualiza que para el efecto está previsto un trámite administrativo, sin que este mecanismo sea el sendero para ordenar el pago de sumas de dinero. Es así como se ha dicho¹⁸:

Por último, en relación con el recobro de los servicios y medicamentos NO POS, queda claro que es un derecho que la EPS-S COMPARTA adquiere una vez preste el servicio no incluido en el POSS a la agenciada, el cual tiene origen y fundamento en la ley y no en la sentencia, pues no es el objeto de la tutela ordenar el pago de sumas de dinero, postura que últimamente se ha acogido por esta Sala en acogimiento además de precedentes recientes de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otros el siguiente:

“(...) En relación con la autorización del recobro al FOSYGA, cabe señalar que éste es un pronunciamiento administrativo que le corresponde adelantar a las entidades promotoras de salud, conforme a las disposiciones legales y a la regulación que para tal efecto ha expedido el Ministerio de Salud. Por consiguiente, son las autoridades administrativas a quienes corresponde determinar si se cumple con los

¹⁸ Sentencia del 22 de septiembre de 2017, M.P. Jaime Raúl Alvarado Pacheco, radicación 54-518-31-04-001-2017-00157-01.

requisitos legales pertinentes, decisión que no le corresponde adoptar al Juez en este escenario (...) ¹⁹.

Así mismo, rememorando el emitido el 18 de noviembre de 2015²⁰:

(...) ii) Por la especial naturaleza de la acción de tutela (protección de derechos fundamentales) no le asiste al operador judicial el deber de pronunciarse sobre aspectos que desbordan el análisis ius fundamental. Al punto, en Auto 297 de 2007, la Corte Constitucional expuso:

Ahora bien, en cuanto a la solicitud de adición de sentencias, de manera general esta Corporación ha señalado que dicha pretensión sólo resulta procedente en aquellos eventos en los cuales el fallo de tutela ha 'omitido la resolución de algún extremo de la relación jurídico procesal que tenía que ser decidido'. Sobre el particular vale anotar que, en razón de la especial naturaleza del proceso judicial de amparo, el Juez de tutela cuenta con un razonable margen de discrecionalidad en virtud del cual es excusado de la obligación de abordar la totalidad de los problemas jurídicos planteados por las partes, pues dada la celeridad propia con la cual debe tramitarse la acción y, especialmente, en virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, el operador jurídico está llamado a concentrar su atención en aquellos puntos que tengan relevancia constitucional y que, de manera cierta, deban ser atendido para valorar la eventual violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Determinaciones igualmente referenciadas en sentencias del 07 y 16 de marzo de 2018, radicaciones 54-518-31-12-002-2018-00011-01 y 54-518-31-87-001-2018-00042-01, respectivamente; 07 de junio de 2019, radicación 54-518-31-04-001- 2019-00064-01 y 28 de mayo de 2020, radicación 54-518-31-84-001-2020-00040- 01²¹.

Dados los anteriores precedentes, que constituyen un robusto precedente horizontal de la Corporación, no hay lugar a acceder a la petición de ordenar a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES- (antes FOSYGA), el reembolso de los gastos en que incurra la NUEVA EPS como consecuencia del cumplimiento del fallo, por tratarse de un asunto de carácter legal y no propiamente constitucional, que tiene previsto un trámite administrativo, tesis que ha sido adoptada por este Colegiado en numerosos pronunciamientos²².

¹⁹ Sentencia STL6080 de 2017.

²⁰ Radicación 54-518-31-12-001-2015-00070-01 M.P. Jaime Andrés Mejía Gómez.

²¹ M.P. Jaime Andrés Mejía Gómez.

²² Radicado 54-518-31-89-001-2018-00061-01 de fecha 20 de junio de 2018 M.P. JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO. Radicado 54-518-31-12-001-2020-00048-01 de fecha 17 de julio de 2020 M.P. NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS.

En consecuencia, se confirmará el fallo proferido por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Pamplona el 12 de septiembre de 2022.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

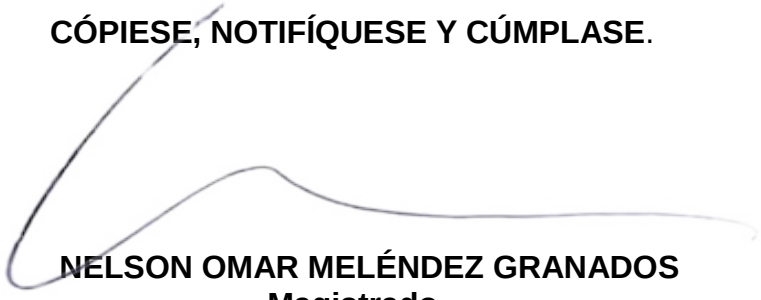
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela proferida el 12 de septiembre de 2022 por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Pamplona, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COMUNICAR lo decidido a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

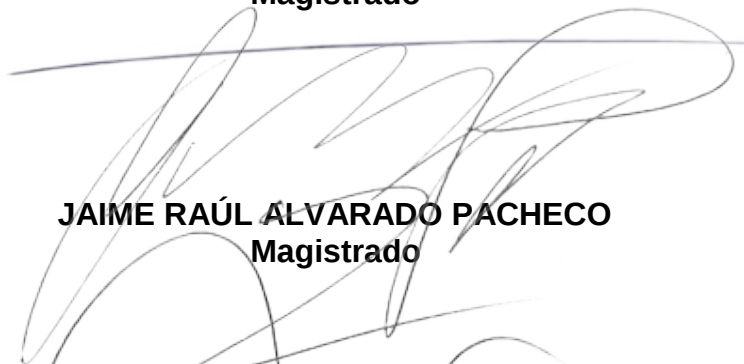
TERCERO: REMITIR la actuación procesal a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La presente decisión fue discutida y aprobada en sala virtual el día 6 de octubre de 2022.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS
Magistrado



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO
Magistrado



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
Magistrado

Firmado Por:
Nelson Omar Melendez Granados
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Juzgado De Circuito
Promiscuo 1 De Familia
Cucuta - N. De Santander

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: **f79935858142149699abdf01d6ddfc1acc4790c2f5470e301717ae81d193b9f6**

Documento generado en 06/10/2022 12:37:46 PM

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