



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN
ÁREA CONSTITUCIONAL

Pamplona, nueve de febrero de dos mil veintitrés

REF:	EXP. No. 54-518-31-84-002-2022-00200-01
JUZGADO DE ORIGEN:	IMPUGNACIÓN ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE:	SEGUNDO PROMISCO DE FAMILIA DE PAMPLONA
ACCIONADO:	MARCO ANTONIO GÉLVEZ SUÁREZ
	NUEVA EPS S.A.
MAGISTRADO PONENTE:	JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
ACTA No. 018	

I. A S U N T O

Se pronuncia la Sala respecto de la **IMPUGNACIÓN** formulada por el accionante **MARCO ANTONIO GÉLVEZ SUÁREZ** contra el fallo emitido por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de esta competencia el pasado 15 de diciembre, que negó la protección constitucional de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y dignidad humana, presuntamente vulnerados por la empresa promotora de salud **NUEVA EPS**.

II. A N T E C E D E N T E S

1. *Hechos y solicitud*¹

Del escrito tutelar y los anexos se extrae que el accionante, de 69 años de edad, afiliado a la entidad accionada en el régimen subsidiado y desde hace tres años en tratamiento para prevenir un posible cáncer de piel, el día 22 de agosto de 2022 en consulta con el especialista para la revisión de dos masas nodulares en “zona preauricular izquierda” en la Clínica Piel Dermospa con sede en la ciudad de Cúcuta, el cirujano dermatólogo le prescribió los insumos “Eclipse protector solar” que tiene un costo de \$75.000,00. y “Levitam Serúm” por valor de \$95.000. El 04 de octubre posterior, en la misma IPS, otro médico especialista le recetó la crema “Dermovate” y/o “Duracicat”, con un precio de \$55.000,00.

Insumos que afirma no hacen parte del Plan de Beneficios y tienen un costo que no está en condiciones de sufragar en razón a que es una persona en condición de vulnerabilidad, adulto mayor, con nivel en el Sisbén de B6, “Pobreza moderada”, además que no tiene un trabajo estable debido a que presenta una pérdida auditiva, dedicándose “a lo que salga” durante el día.

¹ Archivo 02 expediente de tutela 1ª instancia

Expone que para asistir a las mencionadas citas tuvo que trasladarse desde Pamplona a Cúcuta a donde fue remitido, por lo que también le solicitó a la Nueva EPS que le reconociera los viáticos, los cuales afirma, entre taxis, comidas y bebidas, tienen un costo de \$100.000,00 cada viaje.

Agrega que por ser una persona de escasos recursos se le dificulta conseguir los medios necesarios para su continuo desplazamiento a la ciudad de Cúcuta y tampoco cuenta con apoyo familiar en ese sentido.

Por lo anterior, solicita le sean suministrados los enunciados medicamentos hasta que perdure el tratamiento y además se le reconozcan los viáticos de los viajes realizados y los que se ameritan para poder seguir con el tratamiento.

2. Admisión de la tutela²

Mediante proveído del pasado 01 de diciembre, el Juzgado cognoscente admitió este resguardo constitucional en contra de la Nueva EPS- Subsidiada, representada por la doctora JOHANNA CAROLINA GUERRERO FRANCO como Gerente Regional Nor-Oriente, Zonal de Norte de Santander, por presunta vulneración a los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida y dignidad humana, a quien corrió traslado para ejercer el derecho de defensa y contradicción. Así mismo, solicitó información y documentación adicional.

3. Intervención de la accionada³

La **Nueva EPS S.A.**, a través de Apoderado Especial, en respuesta a la acción tutelar precisa, en primer término, que el accionante ***“está en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO.”***

Frente al caso concreto advierte que *“mediante la Resolución 2273 de 2021 “por la cual se adopta el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”, y “con fundamento en el artículo 15 de la Ley 1751 en el cual se fijaron los criterios para que el Ministerio de Salud y Protección Social excluyera los servicios o tecnologías que no deberán financiarse con recursos públicos asignados al sector salud”; se tiene que “No puede legítimamente la EPS asumir la responsabilidad de suministrar lo solicitado por el Accionante, pues por expresa prohibición legal no puede ser asumido con cargo a los recursos de salud, so pena de incurrir en UNA DESVIACIÓN DE RECURSOS*

² Archivo 06 ídem

³ Archivo 08 ídem

PÚBLICOS, POR SER DE DESTINACIÓN ESPECÍFICA, al ser utilizados en un servicio NO CUBIERTO Y POR ENDE EXPRESAMENTE PROHIBIDO SER ASUMIDO CON RECURSOS DE LA SALUD”.

Así, considera que la acción de tutela impetrada por el accionante para solicitar servicios e insumos cuya financiación por expresa prohibición legal se encuentra excluida, resulta improcedente.

Agrega que “Los insumos NO PBS, de acuerdo a normatividad vigente, el médico tratante debe solicitar autorización al **MINISTERIO DE SALUD por la página de MIPRES**. Ahora bien, la reglamentación VIGENTE EN SALUD establece (ART 5 Resolución 1885 de 2018) que **ES EL MEDICO TRATANTE el responsable del registro en aplicativo MIPRES de las tecnologías (incluidos medicamentos) no incluidos en PBS, tales como Eclipse protector solar y Levitam Serúm; al igual que medicamento dermovate**”.

Expone que el medicamento, **CLOBETAZOL PROPIONATO 0.05G/100G EQ.0.05% (CREMA TOPICA*30G) – DERMOVATE, NO CUMPLE CON EL DECRETO 2200 DE 2005 Y EL MEDICAMENTO SE ENCUENTRA Inactivo DESABASTECIMIENTO TEMPORAL INDEFINIDO DE MEDICAMENTO Y/O INSUMO MÉDICO- ÚNICA OPCIÓN. SE REQUIERE CORRECCION DE LA FORMULA bajo el Decreto 2200 de 2005.**

Resalta la improcedencia de la acción de tutela para el reembolso de gastos médicos y/o insumos, por cuanto el mecanismo constitucional y legal adecuado para tramitar este tipo de controversias es la jurisdicción ordinaria, en tanto la vulneración al Derecho Fundamental a la Salud ya ha desaparecido.

Respecto al servicio de transporte refiere 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 (...))”**, por lo que no corresponde a la entidad promotora de salud proporcionarlo a sus afiliados; adicionalmente, porque dicho municipio no se encuentra contemplado en los que reciben UPC diferencial en los cuales la EPS si está en la obligación de costear el transporte del paciente.

En cuanto a la pretensión de alimentación, la considera improcedente y perjudicial para el equilibrio financiero del sistema, *“más aún cuando dicha obligación no guarda relación directa con la prestación del servicio de salud que se está solicitando. Dentro de las autorizaciones e Historia Clínica no se observa que la paciente requiera alimentación*

especial toda vez que el juez de tutela no está facultado para ordenar prestación de servicios en salud sin que exista orden del médico tratante ni el servicio resulta imprescindible para la vida del paciente, por tal razón, SE DEBE NEGAR, so pena de que exista una orden médica que indique que la paciente requiere de alguna dieta especial y deba ser suministrada por la accionada”.

Finalmente, expone que **“los servicios que son ordenados al usuario por parte de los Médicos de la Red de Nueva EPS son y serán cubiertos con base en la normatividad vigente, incluyendo el acceso al Plan de Beneficios en Salud - servicios y tecnologías de salud - con cargo a la UPC de que habla la Resolución 2292 de 2021, de acuerdo con lo establecido en el mismo acerca de los procedimientos y requisitos para ello”**, así señala que *“la Integralidad que solicita el usuario se da por parte de Nueva EPS de acuerdo con las necesidades médicas y la cobertura que establece la Ley para el Plan de beneficios de Salud”*; además que el **“JUEZ NO ESTÁ FACULTADO PARA ORDENAR PRESTACIONES O SERVICIOS DE SALUD”**, ya que, conforme a la jurisprudencia constitucional, *“el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, aunque no es exclusivo. Ello, en consideración a que por sus conocimientos científicos es el único llamado a disponer sobre las necesidades médico-asistenciales del paciente”*.

En tal virtud, solicita de **manera principal**: **i)** Declarar improcedente el amparo invocado contra esa entidad por no cumplir con los requisitos de procedibilidad, toda vez que el accionante tiene otro medio ante la justicia ordinaria; **ii)** Se deniegue la solicitud de atención integral, por cuanto hace referencia a servicios futuros e inciertos que no han sido siquiera prescritos por los galenos tratantes, anticipando una supuesta prescripción cuando pueden resultar servicios que no son competencia de la EPS, como los nos financiados por los recursos de la UPC; **iii)** Declarar improcedente la solicitud de transporte, viáticos, alimentación y hospedaje, por ser servicios que no se encuentran incluidos dentro del PBS, adicionalmente por cuanto en el municipio de residencia del usuarios no cuenta con UPC adicional, tampoco se evidencia solicitud médica especial de transporte referida por los galenos, ni se encuentra acreditado en el expediente el cumplimiento de los presupuestos y requisitos previstos por la Corte Constitucional para trasladar dichos gastos a las EPS. Y de **modo subsidiario**: **i)** Según se colige del artículo 5º de la Resolución 586 de 2021 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, que sustituyó la No. 205 del 17 de febrero de 2020, se ordene a la ADRES, reembolsar todos aquellos gastos en que incurra la Nueva EPS en cumplimiento al presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado.

4. Respuesta a requerimientos del Juez de instancia

4.1. El accionante⁴, informa: i) haber elevado un derecho de petición el día 09 de noviembre de 2022 a la Nueva EPS, obteniendo como respuesta que dichos medicamentos no hacen parte del POS. Anexa el documento. ii) Adjunta copia de las órdenes médicas, mismas que allegó con el derecho de petición, y *“(..) en ningún momento la entidad Nueva EPS contravirtió que no se hayan ordenado los medicamentos por parte de los médicos tratantes, la negación fue porque éstas no están dentro del POS”*. iii) Dice que anexa copia de la historia clínica del médico de la EPS que evidencia el diagnóstico y plan de manejo por el Especialista Yordi Fernández García, donde fue remitido por la EPS a la Clínica Piel Dermospa, de la consulta realizada el 4 de octubre de 2022. No se adjunta. iv) Finalmente informa no haber solicitado a la Nueva EPS el suministro de costos de transporte y viáticos para traslado a cada una de las consultas que le son remitidas fuera del municipio de Pamplona.

Posteriormente, allega soporte de autorización de servicios para consulta con especialista⁵.

4.2. La Nueva EPS⁶, para dar respuesta a la prueba decretada por el Juez de instancia⁷, tendiente a que informara, si las ordenes de los medicamentos que originan la acción de tutela *“(...) fueron emitidas de manera oficial en consultas realizadas por remisión de esa Empresa Promotora de Salud o en consultas privadas, teniendo en cuenta para ello que el paciente solicitó por medio de derecho de petición la autorización y mediante oficio NS-DMZ-4094-2022 le fueron negadas porque están excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”*; allega intervención del administrador de la IPS Piel Medicalspa, manifestando, que: *“Los dos documentos anexados por el paciente como una “supuesta” fórmula médica, no cumple con los criterios de la misma, los cuales son: 1. Tener nombre del paciente e identificación, 2. Membrete de la empresa o especialista que ordena, 3. Fecha de expedición del ordenamiento. Por lo anterior se concluye que lo aportado por el paciente no es una formula médica”*.

Agrega que, *“Los productos dermo-cosméticos mencionados en los documentos realizados a manuscrita (eclipse protector solar, c-vitam, duracicat), NO son medicamentos, son productos cosméticos y estéticos, sugeridos a petición del paciente, pero en ningún momento, son ordenados dentro de una formula médica”*; además que en *“El ítem 5 de la tutela, el paciente expresa que le fue formulado el medicamento DERMOVATE CREMA, el cual respetuosamente aclaramos que, este...en toda nuestra base de datos de la historia clínica, NO aparece formulado al paciente”*.

⁴ Archivo 09 ídem

⁵ Archivo 11 ídem

⁶ Archivo 16 ídem

⁷ Archivo 14, auto de fecha 12 de diciembre de 2022

III. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE IMPUGNACIÓN⁸

El Juez constitucional primario para negar la solicitud de amparo, como se advirtió, luego de encontrar satisfechos los requisitos de procedibilidad en el caso concreto, planteó como problema jurídico a resolver: *“establecer si los derechos fundamentales a la vida, salud, y dignidad humana del señor MARCO ANTONIO GÉLVEZ SUAREZ, han sido vulnerados por NUEVA EPS, al no autorizar y entregar los medicamentos Eclipse protector solar, Levitam Serúm, Dermovate y no autorizar el reembolso de los viáticos generados el día 22 de agosto y el día 04 de octubre de 2022, por valor de cien mil pesos m/cte. (\$100.000,00) y los gastos de desplazamiento que sean necesarios cuando se ordenen los servicios de salud fuera de Pamplona, lugar de su domicilio”*.

Conclusión a la que arribó tras considerar que a pesar de que los médicos tratantes del paciente emitieron autorización para los insumos reclamados *“estos no identificaron al paciente por su nombre y número de cédula, el documento aportado no tiene membrete de la empresa que lo ordena o del especialista que lo dictamina y el ordenado por el doctor MATAMOROS no tiene fecha de la orden”*, así, concluye que los citados documentos no reúnen los requisitos de una fórmula médica; que *“Eclipse protector solar y Levitam Serúm”*, son productos cosméticos y estéticos que no están cubiertos por el PBS, que fueron sugeridos al paciente, pero no ordenados dentro de una fórmula médica; y el medicamento *Dermovate crema*, según lo informado por la EPS, en la historia clínica no aparece formulado.

En lo que respecta al suministro de transporte, estimó necesario verificar *“la necesidad del suministro del transporte para evitar un riesgo para la salud, la vida y la integridad del accionante y la incapacidad económica del paciente y su familia”*, estudio a partir del cual concluyó que el transporte solicitado por el accionante no tiene justificación, en razón a que *“no está pendiente un tratamiento que sea continuo, ni tiene pendiente consultas, exámenes, citas, valoraciones, terapias, cirugías, etc., sin que se pueda constituir como una barrera que impide el acceso a los servicios de salud prescritos por el médico tratante”*.

Agrega que frente al transporte intermunicipal el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución 2481 de 2020, la cual, *“en el artículo 122 establece las circunstancias en las que se debe prestar el servicio de transporte de pacientes con cargo a la UPC. Sobre este punto la jurisprudencia ha precisado que: “se presume que los lugares donde no se cancele prima por dispersión geográfica tienen la disponibilidad de infraestructura y servicios necesarios para la atención en salud integral que requiera todo usuario”*.

⁸ Archivo 18 ídem

Afirma que “*el requisito de insuficiencia de recursos por parte del accionante y su núcleo familiar por estar afiliados al régimen subsidiado no es suficiente para ordenar el pago de viáticos a futuro, por cuanto requiere una orden médica de un tratamiento, consultas, exámenes, citas, valoraciones, terapias, cirugías, fuera del lugar del domicilio del accionante (Pamplona)*”.

Situación ante la cual concluye “*que no se hace necesario la eliminación de esta barrera económica, en esta oportunidad para que el sistema asuma algunos costos necesarios para la prestación de los servicios asociados al diagnóstico actual de MARCO ANTONIO. No existen restricciones al no acceder a los viáticos solicitados toda vez que no se ha demostrado un plan de atención médica que indique a este funcionario que éstos son una barrera para el ejercicio de su derecho a la salud, y a la vida digna. En esa medida no es obligación del Estado y la sociedad, a través del sistema de salud, remover ese obstáculo y asegurar la atención en condiciones de equidad y concretar así el principio de solidaridad del sistema. Por ende, en esta oportunidad no se ordenará suministrar transporte ni viáticos al señor MARCO ANTONIO GÉLVEZ SUÁREZ por cuanto no existe orden médica de un tratamiento que sea continuo, ni tiene pendiente consultas, exámenes, citas, valoraciones, terapias, cirugías, etc. prescritos por el médico tratante*”.

Adicionalmente considera improcedente la acción de tutela para ordenar el reembolso de los dineros gastados por el accionante los días 22 de agosto y 04 de octubre de 2022, por no ser el mecanismo adecuado para solicitar prestaciones de naturaleza económica; además, por cuanto la vulneración o amenaza del derecho fundamental a la salud se entiende superada, cuando la persona accede materialmente al servicio requerido.

Finalmente, refiere el a quo no hacer pronunciamiento sobre la orden de recobro formulada por la Nueva EPS, por cuanto no se tutelaron los derechos fundamentales invocados.

IV. LA IMPUGNACIÓN⁹

El accionante reitera las pretensiones del amparo invocado, precisando que “*Uno de los requisitos jurisprudenciales para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico es que éste haya sido ordenado por el médico tratante*”, tal cual acontece en el presente asunto, porque fueron los profesionales de la salud tratantes quienes expidieron las prescripciones médicas, “*GABRIEL MATAMOROS médico dermatólogo (Eclipse protector solar, Levitam Sérúm)* y *YORDIS FERNÁNDEZ GARCÍA médico familiar (Duracicat)*”, pero, se enfatiza, no lo hicieron con las formalidades que exige la ley; circunstancia que no fue alegada en la respuesta al

⁹ Archivo 21 Ídem

derecho de petición, en el que lo único que se dijo fue que estos tratamientos no están dentro del POS, no que no fueran prescritos por los médicos tratantes.

Considera que cumple las reglas que establece la sentencia SU 508/20 para acceder a sus pretensos, debido a que *“las ausencias de estos tratamientos ponen en amenaza y me vulneran mi derecho fundamental a la vida, y a mi integridad física, ya que el no tratar adecuadamente el carcinoma in situ de la piel, me estoy exponiendo aun riesgo inminente para mi salud física, por ende, me ocasionaría un deterioro a mi estado de salud vigentes, las cuales me impedirían llevar una vida en condiciones dignas. El carcinoma in situ de la piel, según estudios es una afección por la que se encuentran células anormales, que parecen células cancerosas, al microscopio solo en el lugar donde se formaron y que todavía no se diseminaron al tejido cercano. Es posible que en algún momento estas células se vuelvan cancerosas y se diseminen al tejido normal cercano, debido a la falta de medicamentos y tratamientos para la prevención de estos, lo cual resultaría en un daño inminente para mi salud”*.

Aunado a ello, sobre que dichos medicamentos no se encuentren dentro del “POS”, como lo afirmó la Nueva EPS en respuesta al derecho de petición, se tiene que no se informó de otro que pudiera suplir el nivel de efectividad. Reitera que *“no cuento con los recursos económicos suficientes para sufragar los pagos de los medicamentos que me fueron recetados y autorizados por los médicos ya mencionados, debido a que soy una persona mayor, que no cuento con un trabajo fijo ni estable, por ende no tengo ingresos fijos ni estables, soy una persona que presenta una discapacidad sensorial, es decir tengo una pérdida de escucha auditiva, además soy una persona cabeza de hogar, que mantengo a mi familia, la cual está conformada por mi esposa, no cuento con ayuda económica de familiares, y reitero hago parte de la protección especial del estado, ya que soy una persona mayor de edad, ya que tengo 69 años de edad”*.

Enfatiza que las ordenes médicas y autorizaciones están totalmente respaldadas por médicos profesionales de la salud, *“GABRIEL MATAMOROS médico y YORDIS FERNANDEZ GARCIA médico familiar”* en las consultas realizadas el día 22 de agosto y 04 de octubre de 2022.

Finalmente, expone que *“la presente tutela sí es procedente para solicitar el reembolso del dinero o la autorización de los viáticos para las citas que me fueron remitidas por fuera de Pamplona”*, porque pertenece a un grupo de personas de especial protección constitucional, en razón a su edad, 69 años, y por ello adulto mayor; *“además como se expresa en el documento del fallo de la tutela cumplo con los requisitos de legitimación en la causa por activa y pasiva, inmediatez y subsidiariedad”*.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia de la Sala

Al tenor del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 es competente esta Sala para conocer la impugnación de la acción de tutela formulada.

2. Problema jurídico

De acuerdo con la situación fáctica planteada, corresponde a la Sala determinar: **i)** si la Nueva EPS S.A., vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas del paciente-tutelante: **a)** al no suministrarle los insumos *Eclipse protector solar*, *Levitam Serúm*, *Dermovate crema* y/o *Duracicat*, por no estar incluidos en el PBS, ni haber sido prescritos con las formalidades legales; **b)** no proporcionarle transporte y viáticos para asistir a las citas médicas que le son autorizadas en una ciudad diferente a la de su domicilio; finalmente, **ii)** si el reclamo formulado a través de la presente acción de tutela, relacionado con el reembolso de viáticos en los que incurrió el actor para asistir las citas médicas de fechas 22 de agosto y 04 de octubre de 2022 autorizadas por la EPS en una ciudad diferente a su domicilio, resulta procedente; **iii)** establecer la viabilidad de que por este mecanismo se faculte a la NUEVA EPS para realizar el recobro ante el ADRES.

Para solucionar los citados problemas jurídicos estima la Sala pertinente abordar los siguientes temas: **i)** Examinar la procedencia de la acción tutelar y, el **ii)** Derecho a la salud del actor como sujeto de especial protección constitucional; **iii)** De la prescripción de los insumos “*Eclipse protector solar*”, “*Levitam Serúm*” y “*Dermovate crema*” y/o “*Duracicat*”; **iv)** Del servicio de transporte y alimentación para el paciente; **v)** Del recobro.

3. Examen de procedencia de la acción

Para la Sala el resguardo constitucional es procedente en razón a que cumple con los requisitos básicos exigidos por la Constitución (Art. 86), a saber:

(i) Legitimación activa: dado que el actor Marco Antonio Gélvez Suárez, es la persona cuyos derechos fundamentales presuntamente han sido vulnerados por la acción u omisión de la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la Sala encuentra que se haya legitimado para interponer la acción de tutela.

(ii) Legitimación pasiva: el amparo se invocó en contra de la Nueva EPS, entidad que presta el servicio público de salud a la accionante, en consideración a la afiliación que ostenta en el régimen subsidiado, ante quien reclama el suministro de los servicios

médicos e insumos que expone y que requiere para llevar una vida en condiciones dignas.

(iii) Principio de inmediatez: la tutela se interpuso en un término prudencial, por cuanto, la primera prescripción médica y solicitud de viáticos datan del 22 de agosto de 2022, la siguientes de 04 de octubre, y la respuesta al derecho de petición lo es del 21 de noviembre de esa anualidad; circunstancias que conminaron al actor a formular el amparo el 30 de noviembre del pasado 2022¹⁰.

(iv) Subsidiariedad: La parte accionante no cuenta con otro medio judicial ordinario de defensa idóneo y eficaz para solicitar la protección de los derechos fundamentales, no sólo por las afecciones en la salud que presenta el señor Gélvez Suárez, de 69 años de edad, que demanda del Estado una especial protección constitucional; también por la ineficacia y falta de idoneidad del mecanismo establecido ante la Superintendencia Nacional de Salud, como lo ha concluido la Corte Constitucional en múltiples oportunidades debido a las falencias que ha evidenciado su estructura¹¹.

Así, el amparo invocado resulta procedente para demandar de la entidad de seguridad social afiliadora, tanto el suministro de los insumos ya descritos como el servicio de transporte y alimentación para el paciente.

Por el contrario, en razón a su naturaleza subsidiaria y residual, la Corte Constitucional ha establecido como regla general que la acción de tutela *“no es el mecanismo adecuado para solicitar el reembolso de prestaciones de naturaleza económica¹²”*, pues el particular dispone de otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria en la medida que si el servicio requerido ya se prestó, no es viable tutelar el derecho a la salud invocado, *“menos aún si la petición se concreta en la reclamación de una suma de dinero que además no se encuentra probada. No existe tampoco perjuicio irremediable, pues la intervención ya se efectuó¹³”*.

Postulados cabalmente aplicables al caso concreto, en tanto si bien el accionante cuantifica las pretensiones económicas que demanda por medio de reembolso, las mismas no tienen respaldo probatorio alguno; aunado a ello el peticionario acepta no haber solicitado dicho reconocimiento a la Nueva EPS, ni de manera previa para acudir a las citas ni con posterioridad a ellas. Circunstancias, que hacen improcedente el amparo invocado con fines de reintegro de prestaciones económicas.

Así, superados los requisitos de subsidiariedad, se pasa a estudiar el asunto en particular, respecto de los aspectos que resulta procedente.

¹⁰ Archivo 03, acta de reparto.

¹¹ Sentencias T-114 de 2019, T-192 de 2019, reiteradas en la sentencia T-195 de 2021

¹² Sentencia T-650-11

¹³ T-080 de 1998 citada en la sentencia que precede

4. Derecho a la salud del actor como sujeto de especial protección constitucional.

A partir de la historia clínica del paciente y demás documentos adosados al plenario se advierte que el accionante Marco Antonio Gélvez Suárez, identificado con la cédula de ciudadanía número 13.349.765, nació el 08 de abril de 1953¹⁴ por lo que a la fecha tiene 69 años de edad, es beneficiario del Sistema de Salud Régimen Subsidiado ante la Empresa Promotora de Salud – Nueva EPS, y fue diagnosticado con *D048 CARCINOMA IN SITU DE LA PIEL DE OTROS SITIOS ESPECIFICADOS*”.

Condiciones que lo ubican en el grupo de personas que demandan un trato preferencial del Estado con el fin de propender por la igualdad efectiva en el goce de sus derechos; y en ese orden, no hay duda de que requiere la implementación de medidas orientadas a proteger a esta población frente a las omisiones o acciones que puedan suponer una afectación a sus garantías fundamentales, no sólo por la patología que presenta también por su avanzada edad.

De acuerdo con la Carta Política, la salud es un servicio público a cargo del Estado. No obstante, la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia reconoció que dicho servicio se considera fundamental en sí mismo y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela. Adicionalmente, ha precisado ese alto Tribunal, el derecho a la salud es universal, en esa medida toda persona, sin distinción alguna, tiene el derecho a acceder al servicio público de atención en salud. *“Sin embargo, el artículo 49 inciso 1 en concordancia con el artículo 13 inciso 3 de la Constitución Política de Colombia reconoce que ciertos grupos pueden gozar de una protección reforzada o ser titulares de ciertos contenidos concretos (escenarios constitucionales). Lo anterior fue recogido por la Ley 1751 de 2015 que en parágrafo del artículo 6 señaló que a pesar de que los principios del derecho fundamental a la salud se deben interpretar de manera armónica y sin privilegiar uno frente a otro, ello no impide que se adopten acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional. Para el presente caso, son de relevancia los menores, los adultos mayores y personas en situación de discapacidad¹⁵. (De la Sala)*

En cuanto a la protección del Estado, tratándose de las personas pertenecientes a la tercera edad o adultos mayores, el máximo Tribunal constitucional ha señalado que conforme con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado deberá protegerlas en razón de que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a *“afrentar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades*

¹⁴ Archivo 02, fls. 09 y 10 expediente de 1ª instancia

¹⁵ Sentencia SU508-20

*propias de la vejez*¹⁶, razón por la cual se deberán garantizar todos los servicios relativos a salud que ellos requieran¹⁷.

Carácter de especial protección que según lo ha dicho la Corte Constitucional implica, *“por una parte, que los derechos fundamentales de los adultos mayores deben interpretarse en concordancia con el principio de dignidad humana*¹⁸ (...) *y, por otra parte, que la protección de dichos derechos es prevalente*¹⁹. *En otras palabras, la defensa de los derechos fundamentales de los adultos mayores es de relevancia trascendental*²⁰²¹.

En conclusión, si bien es cierto que la salud es un derecho fundamental en sí mismo, no debe desconocerse que en sujetos de especial protección como el caso de los adultos mayores este derecho adquiere mayor relevancia, pues las naturales consecuencias de la vejez ubican a estas personas en un estado de debilidad manifiesta del cual el sistema de salud debe encargarse.

5. Prescripciones de insumos “Eclipse protector solar”, “Levitam Serúm”, “Dermovate crema” y/o “Duracicat”.

Para el accionante la Nueva EPS, como entidad prestadora de sus servicios de salud, debe proveerle los insumos *“Eclipse protector solar”, “Levitam Serúm”,* y el medicamento *“Dermovate crema” y/o “Duracicat”,* los cuales si bien no hacen parte del PBS sí le fueron prescritos por los médicos tratantes de su patología; suministro que resiste la entidad accionada, por cuanto *“hacen parte del listado de servicios y tecnología en salud que fueron excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud según Resolución 2273 del 2021...”*²², aunado a ello, que las prescripciones no son fórmulas médicas porque no cumplen con las exigencias legales; adicionalmente, que los dos primeros no son medicamentos sino productos cosméticos y estéticos, sugeridos a petición del paciente, y el *Dermovate crema* no aparece formulado al paciente.

A partir de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, *“Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”,* se modifica el POS y se denominó Plan de Beneficios en Salud, el cual pasó a considerarse *“parte del ámbito irreductible del derecho fundamental a la salud*²³ *y se garantiza mediante la prestación de servicios y tecnologías en salud, estructurados sobre una concepción integral de la*

¹⁶ sentencia T-634 del 26 de junio de 2008, reiterada en la SU508-20

¹⁷ Constitución Política, artículo 46 y sentencia SU508-20

¹⁸ C. Const., sentencias de tutela T-610 de 2013 y T-416 de 2016, reiteradas por la sentencia de tutela T-471 de 2018.

¹⁹ C. Const., sentencia de tutela T-471 de 2018.

²⁰ C. Const., sentencias de tutela T-760 de 2008 y T-519 de 2014, reiteradas por la sentencia de tutela T-471 de 2018. Asimismo, sentencia de tutela T-540 de 2002, reiterada en sentencia T-519 de 2014.

²¹ Reiterada en SU508-20

²² Archivo 09 folio 5 expediente 1ª instancia

²³ Gaceta del Congreso 116/2013, p. 3.

salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas”, comporta “un sistema de exclusiones explícitas, **donde todo aquel servicio o tecnología en salud que no se encuentre expresamente excluido, se encuentra incluido**”²⁴.

Exclusiones, que la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, las encontró condicionadas al cumplimiento de tres requisitos²⁵, a saber:

“El primero consiste en que las exclusiones deben corresponder a alguno de los criterios fijados por el legislador. El artículo 15 inciso 2 LeS –revisado y condicionado por la Corte Constitucional– consagra que los servicios y tecnologías no serán financiados, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes criterios²⁶: a) que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; b) que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica²⁷; c) que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; d) que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; e) que se encuentren en fase de experimentación y, f) que tengan que ser prestados en el exterior.

El segundo consiste en que los criterios deben concretarse en una lista de exclusiones. Para ello, el artículo 15 inciso 3 de la Les establece que el Ministerio de Salud deberá excluir expresamente los servicios y tecnologías en salud que se adecuen a alguno de los criterios enunciados en la consideración anterior, mediante un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente²⁸. La Corte Constitucional aclaró, además, que la

²⁴ ídem

²⁵ ídem

²⁶ La Corte Constitucional condicionó estos criterios y sostuvo que son constitucionales, “siempre y cuando no tenga lugar la aplicación de las reglas trazadas por esta Corporación para excepcionar esa restricción del acceso al servicio de salud y, en el caso concreto, no se afecte la dignidad humana de quien presenta el padecimiento”. C. Const., sentencia de constitucionalidad C-313 de 2014.

²⁷ La Corte consideró que esta disposición debía leerse con dos precisiones. La primera consiste en que “[c]uando un médico tratante considera que cuenta con información técnica y científica para usar un medicamento, como se indicó, su opinión sólo podrá ser controvertida con base en información del mismo carácter. Sólo con base en información científica aplicada al caso concreto de la persona de que se trate, podría una entidad del Sistema de Salud obstaculizar el acceso al medicamento que le ordenó su médico tratante. Por tanto, los medicamentos que aún no han sido autorizados por el INVIMA deben ser suministrados cuando una persona los requiera, con base en la mejor evidencia científica disponible (...)”. C. Const., sentencia de tutela T-418 de 2011, reiterada en sentencia C-313 de 2014; mientras que la segunda indica que (i) toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios que requiera; (ii) el conocimiento científico, aplicado al caso concreto del paciente, son los criterios mínimos para establecer si un servicio de salud se requiere; (iii) cuando el servicio de salud que se requiera es un medicamento, este deber ser ordenado de acuerdo con su principio activo, salvo casos excepcionales y (iv) los medicamentos que aún no han sido autorizados por el INVIMA deben ser suministrados cuando se requieran, con base en la mejor evidencia científica disponible”. C. Const., sentencia de tutela T-539 de 2013, reiterada en la sentencia C-313 de 2014.

²⁸ C. Const., sentencia de constitucionalidad C-313 de 2014: “El inciso 3º del artículo en estudio prescribe que los servicios y tecnologías que cumplan con tales criterios serán excluidos por la autoridad competente previo un procedimiento participativo. Además, establece el deber de contar con expertos y prohíbe el fraccionamiento de un servicio previamente cubierto. Para el Tribunal Constitucional, esta preceptiva resulta constitucional, pues, de un lado, es compatible con el postulado de la participación ya revisado en el artículo 12 del Proyecto y, de otro, resulta ajustado al principio de integralidad, avalado por esta Corporación al pronunciarse sobre el artículo 8 del Proyecto, dado que se proscribió el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto”.

exclusión del servicio y tecnología debe ser plenamente determinada²⁹, es decir, no se pueden construir listas genéricas o ambiguas, pues ellas dejan un margen de discrecionalidad demasiado amplio a las entidades responsables de la autorización y la prestación o suministro de servicios y tecnologías en salud, que podría implicar un desconocimiento al derecho fundamental a la salud y al principio de integralidad³⁰.

Actualmente, los servicios y tecnologías en salud excluidos de financiación con recursos públicos de la salud se encuentran contenidas en Resolución 244 de 2019, que se mencionará posteriormente para analizar los servicios y tecnologías solicitados por los accionantes y agenciados.

El tercer requisito consiste en la verificación caso a caso, y la excepcionalidad de la prestación de un servicio o tecnología excluido. La Corte Constitucional ha sostenido que es posible excepcionar la aplicación de las exclusiones, siempre y cuando operen las reglas que construyó esta Corporación, entre otras, en las sentencias SU-480 de 1997 y T-237 de 2003, y que se reiteraron en la sentencia C-313 de 2014 a saber³¹:

- i) Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas. Sobre este presupuesto, la Sala Plena encuentra necesario precisar que para su superación es necesario que exista una clara afectación a la salud y no basta con la sola afirmación sobre el deterioro de la dignidad humana. De tal forma, la afectación de la salud debe ser cualificada en los anteriores términos, comoquiera que compromete la inaplicación de las restricciones avaladas por el mecanismo participativo bajo criterios técnicos y científicos y, por consiguiente, impacta la garantía de prestación a cargo del Estado y la correlativa financiación de los servicios que se requieren.*
- ii) Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.*
- iii) Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.*

²⁹ C. Const., sentencia de constitucionalidad C-313 de 2014: “Para la Corporación, el derecho fundamental a la salud tiene como punto de partida la inclusión de todos los servicios y tecnologías y que las limitaciones al derecho deben estar plenamente determinadas, de lo contrario, se hace nugatoria la realización efectiva del mismo.”

³⁰ C. Const., sentencia de constitucionalidad C-313 de 2014.

³¹ C. Const., sentencia de unificación SU-480 de 1997, reiterada por las sentencias T-237 de 2003, T-760 de 2008 y C-313 de 2014.

- iv) Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro”.*

Así, en principio dígase que la Resolución 2273 de fecha 22 de diciembre de 2021, *“Por la cual se adopta el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”*, con efectos desde el 1 de enero de 2022, contrario a lo afirmado por la Nueva EPS, no determina de manera expresa la exclusión de los insumos requeridos por el accionante, **“Eclipse protector solar”** y **“Levitam Serúm”**, ni podrían entenderse incluidos en el ítem 18 del mencionado acto administrativo, como productos **“COSMETICOS FACIALES EN TODAS LAS FORMAS COSMÉTICAS (POLVO, LOCIÓN, SOLUCIÓN, EMULSIÓN, BARRA, ETC.), BALSAMO PARA LABIOS Y MAQUILLAJE”**, prescripción genérica, que como lo precisó la Corte Constitucional, deja *“un margen de discrecionalidad demasiado amplio a las entidades responsables de la autorización y la prestación o suministro de servicios y tecnologías en salud, que podría implicar un desconocimiento al derecho fundamental a la salud y al principio de integralidad”*³².

Aunado a ello, en la historia clínica de fecha 22 de agosto de 2022, el especialista dejó constancia del tratamiento prescrito al paciente, entre ellas, **“indicaciones de foto protección y lubricación”** circunstancia que justifica la prescripción médica de dichos insumos, no como un cosmético sino como medio necesario para paliar la patología que padece el señor Gélvez Suárez.

Respecto al medicamento **Dermovate crema y/o Duracicat**, sólo obra en las diligencias el documento que reposa a folio 16 del archivo 02, sin que exista constancia en el expediente de haber sido prescrito ni por el médico tratante ni como parte plan de manejo o tratamiento, al parecer se trata de la recomendación de un médico de la familia.

Se tiene que las prescripciones de los medicamentos que demanda el accionante de la Nueva EPS, no cumplen con los requisitos que establece el Decreto No. 2200 de 2005, *“Por el cual se reglamenta el servicio farmacéutico y se dictan otras disposiciones”*, esto es:

“ARTÍCULO 17. CONTENIDO DE LA PRESCRIPCIÓN. - La prescripción del medicamento deberá realizarse en un formato el cual debe contener, como mínimo, los siguientes datos cuando éstos apliquen:

1. Nombre del Prestador de Servicios de Salud o Profesional de la Salud que prescribe, dirección y número telefónico o dirección electrónica.

³² C. Const., sentencia de constitucionalidad C-313 de 2014.

2. Lugar y fecha de la prescripción.
3. Nombre del paciente y documento de identificación.
4. Número de la historia clínica
5. Tipo de usuario (contributivo, subsidiado, particular, otro).
6. Nombre del medicamento expresado en la Denominación Común Internacional (nombre genérico).
7. Concentración y forma farmacéutica.
8. Vía de administración.
9. Dosis y frecuencia de administración.
10. Período de duración del tratamiento.
11. Cantidad total de unidades farmacéuticas requeridas para el tratamiento, en números y letras.
12. Indicaciones que a su juicio considere el prescriptor.
13. Vigencia de la prescripción.
14. Nombre y firma del prescriptor con su respectivo número de registro profesional”.

En línea con lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional en fallo de tutela de similares contornos al que ocupa la atención de la Sala³³, si bien las prescripción médicas no reúnen las exigencias legales, la patología del actor permite inferir que los insumos prescritos, no lo fueron con fines cosméticos como lo alega la accionada, sino para proteger la lesión que padece de los rayos solares, en la medida que el *carcinoma in situ*³⁴ “es un grupo de células anormales que solo se encuentran en el primer lugar donde se formaron en el cuerpo. Es posible que estas células anormales se vuelvan cancerosas y se diseminen al tejido normal cercano”.

Sin embargo, considerando la importancia del concepto especializado en medicina, en asuntos como el que resuelve la Sala, ha establecido la Corte Constitucional en su jurisprudencia, que “ii) en ausencia de la mencionada evidencia, pero frente a un indicio razonable de afectación a la salud, **ordene a la entidad promotora de salud respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un concepto en el que determinen si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido a fin de que sea eventualmente provisto.** En este contexto, siendo el diagnóstico un componente esencial en la realización efectiva del derecho a la salud, la Sala considera que esta prerrogativa habría de protegerse en los casos concretos en los que sea aplicable, cuando se observe que se desconoce la práctica de todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente. Incluso, tal amparo debe otorgarse indistintamente de la urgencia de su

³³ T-165 de 2009 y que se reitera en la SU580-20

³⁴ <https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionarios/diccionario-cancer/def/carcinoma-in-situ>

práctica, es decir, no simplemente frente al riesgo inminente que pueda sufrir la vida del paciente, sino además frente a patologías que no la comprometan directamente”³⁵.

Por lo tanto, la inexistencia de prescripción médica con las formalidades legales, no es óbice para negar planamente el amparo invocado por el actor como lo decidió el señor Juez de instancia, sin consideración a la patología que padece el señor Marco Antonio. Por el contrario, tal circunstancia hace procedente la acción de tutela para amparar el derecho fundamental a la salud **en su faceta de diagnóstico**, y en esa medida la Sala concederá la protección invocada y ordenará a la Nueva EPS que realice una valoración médica completa del estado de salud del señor Gélvez Suárez en la que exponga, con fundamento en criterios médico – científicos y dando alcance a los resultados de la biopsia y su actual estado de salud, si los medicamentos solicitados son o no los adecuados y además necesarios para tratar su enfermedad.

6 Servicio de transporte y alimentación para el paciente

6.1 Del transporte Intermunicipal para el paciente

En principio, contrario a lo afirmado por el Juez de instancia, dígase que el servicio de transporte intermunicipal para un paciente ambulatorio debe ser cubierto por la EPS cuando el usuario lo requiere para acceder al servicio en el prestador autorizado por la entidad³⁶.

De conformidad con reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona afiliada a ella cuando se abstiene de pagar los gastos de transporte intermunicipal que el usuario debe cubrir para acceder a un servicio o tecnología en salud ambulatorio que requiere y que es prestado por fuera del municipio o ciudad donde está domiciliado. En la Sentencia SU-508 de 2020, la Sala Plena unificó las reglas sobre el suministro del servicio de transporte intermunicipal para pacientes ambulatorios, es decir, que no requieren hospitalización. Dicha providencia reiteró la jurisprudencia que ha establecido que, aunque el transporte no es una prestación médica en sí misma, es necesario para garantizar la faceta de accesibilidad del derecho fundamental a la salud, a la que se hizo referencia anteriormente, por lo que su falta de suministro se puede convertir en una barrera de acceso.

La Sala Plena del máximo Tribunal constitucional enfatizó que en el plan de beneficios actualmente, no existe duda de que el transporte intermunicipal para paciente ambulatorio se encuentra incluido, pues no ha sido expresamente excluido y, de hecho –aunque este no es un factor determinante para concluir que un servicio de salud está incluido en el conjunto de servicios a los que tiene derecho un usuario del Sistema de

³⁵ SU508-20

³⁶ Sentencia T-122 de 2021

Salud–, la reglamentación regula su provisión³⁷. El órgano de cierre constitucional recordó que de acuerdo con el artículo 178 de la Ley 100 de 1993 las EPS están obligadas a conformar su red de prestadores de manera que aseguren que sus usuarios puedan acceder a los servicios que requieran en todo el territorio nacional y escoger un prestador entre las IPS con las que exista convenio en el área de influencia correspondiente.

De esta forma, la citada Corporación unificó su criterio reiterando que el suministro de los gastos de transporte intermunicipal para paciente ambulatorio, se ajusta a las siguientes reglas: “ a) en las áreas a donde se destine la prima adicional, esto es, por dispersión geográfica, los gastos de transporte serán cubiertos con cargo a ese rubro; b) en los lugares en los que no se reconozca este concepto se pagarán por la unidad de pago por capitación básica; c) no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar el suministro de los gastos de transporte intermunicipal de los servicios o tecnologías en salud incluidos por el PBS, debido a que esto es financiado por el sistema; d) no requiere prescripción médica atendiendo a la dinámica de funcionamiento del sistema (prescripción, autorización y prestación). Es obligación de la EPS a partir del mismo momento de la autorización del servicio en un municipio diferente al domicilio del paciente; e) estas reglas no son aplicables para gastos de transporte interurbano, ni transporte intermunicipal para la atención de tecnologías excluidas del PBS³⁸.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que el accionante el 22 de agosto pasado concurrió a la IPS Piel Dermo SPA con sede en la ciudad de Cúcuta, a cita médica con especialista en dermatología por enfermedad actual: “Paciente con cuadro de dos masas nodulares en zona preauricular izquierda, que han aumentado en número y tamaño, 3 años de evolución”; siendo diagnosticado con “D048 CARCINOMA IN SITU DE LA PIEL DE OTROS SITIOS ESPECIFICADOS”; adicionalmente, se consigna en la epicrisis: “FORMULA MÉDICA: 1. Favor autorizar resección de carcinomas baso celulares en hemicara derecha #2.codigo:864203-864202”: y “TRATAMIENTO: se programa para resección, se dan indicaciones de fotoprotección y lubricación³⁹”.

Así mismo, obra documento de la misma IPS y dermatólogo solicitando biopsia a nombre del señor Gélvez Suárez, fecha 04 de octubre de 2022, entidad Nueva EPS, en el que se consigna “Paciente con cuadro de lesión ulcerada en mejilla izquierda bordes irregulares, la lesión no mejora, sino por el contrario aumenta de tamaño muy dolorosa, se realiza biopsia sin complicaciones. IDX: ¿Carcinoma basocelular?”

Igualmente, obra autorización de servicios de la Nueva EPS de fecha 04 de octubre de 2022 para “Consulta de control o de seguimiento por especialista en Dermatología”,

³⁷ Hoy, ver Artículo 108 de la Resolución 2808 de 2022 del Ministerio de Salud y Protección Social.

³⁸ SU508-20

³⁹ Folios 11 y 12 ídem

enfermedad “Dx: D048 Carcinoma in situ de la piel de otros sitios especificados”, que refiere en letra manuscrita “Cita 15 noviembre 10 am”⁴⁰; también orden médica de control en 30 días con dermatología⁴¹. Finalmente, reposa informe de anatomía patológica⁴².

Servicios que han sido autorizados y prestados en IPS adscritas a la red prestadoras de servicios de la Nueva EPS S.A. ubicadas en la ciudad de Cúcuta, teniendo en cuenta que en el municipio de Pamplona donde reside el paciente no se cuenta con prestadores que cumplan dichos requerimientos. En tal virtud, es claro que procede en este evento el reconocimiento del servicio de transporte para quien reclama el amparo, en la medida en que se torna necesario para garantizar la faceta de accesibilidad del derecho fundamental a la salud, pues su no suministro se puede convertir en una barrera de acceso para su goce efectivo.

Además, en consideración a la patología que padece el señor Marco Antonio Gélvez Suárez, que demanda seguimiento y control, de no concurrir a las ciudades en las que deba recibir los servicios médicos requeridos y prescritos por los galenos tratantes por ausencia de recursos para su traslado, su vida e integridad personal quedan en riesgo.

Razones suficientes para revocar la negativa del Juez de instancia y conceder el amparo del derecho a la salud del señor Gélvez Suárez, disponiendo que la nueva EPS suministre al paciente el servicio de transporte cada vez que con ocasión a su patología “Dx: D048 Carcinoma in situ de la piel de otros sitios especificados”, deba trasladarse de su domicilio a otra ciudad, con el fin de recibir procedimientos médicos que le sean prescritos por el médico tratante y hagan parte del PBS.

6.2 De la alimentación para el paciente

Sobre el tópico, el órgano de cierre constitucional ha precisado⁴³:

“La alimentación y alojamiento del afectado

20. Esta Corporación ha señalado que estos dos elementos no constituyen servicios médicos[58]. Por lo tanto, cuando un usuario es remitido a un lugar distinto al de su residencia para recibir atención médica, por regla general, los gastos de estadía deben ser asumidos por él. Sin embargo, esta Corte ha determinado que no es posible imponer barreras insuperables para asistir a los servicios de salud, razón por la que de manera excepcional ha ordenado su financiamiento.[59] En

⁴⁰ Archivo 11, folio 3, expediente 1ª. instancia

⁴¹ Folio 4 ídem

⁴² Folio 6 ídem

⁴³ T-101/21

consecuencia, se han establecido las siguientes subreglas para determinar la procedencia de estos servicios:

“i) se debe constatar que ni los pacientes ni su familia cercana cuentan con la capacidad económica suficiente para asumir los costos; ii) se tiene que evidenciar que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente; y, iii) puntualmente en las solicitudes de alojamiento, se debe comprobar que la atención médica en el lugar de remisión exige más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento.”[60]

En ese orden, con relación a los recursos económicos necesarios para asumir el costo de estas prestaciones, de la documental aportada se evidencia que la accionante si bien se encuentra afiliada al régimen contributivo de la entidad accionada, está clasificada en el Grupo C13 - Vulnerable del SISBEN; además, junto con su señora madre perciben un ingreso de 2 smmlv dinero con el cual deben asumir lo correspondiente a servicios públicos, arriendo, alimentación, transporte, deudas personales, los gastos de su hermano e incluso el pago de una señora que le ayuda en su cuidado; circunstancias, que advierten los escasos recursos económicos con los que la señora Zayra Patricia y su núcleo familiar deben solventar sus necesidades básicas y que hacen necesario que la entidad promotora de salud asuma dicha prestación cuando remita a la paciente a un lugar diferente al de su residencia con el fin de ser atendida médicamente.

Porque de negar dicho financiamiento, es indudable que se pone en riesgo la vida de la paciente, en consideración a las patologías que padece que requieren una alimentación balanceada y oportuna”.

En ese orden, con relación a los recursos económicos necesarios para asumir el costo de esta prestación, de la documental aportada se evidencia que el accionante tiene 69 años de edad, expone que debido a una deficiencia auditiva no le es posible ocuparse laboralmente razón por lo cual se dedica “a lo que salga” diariamente debiendo sostener a su esposa, además de encontrarse clasificado en el Grupo B6 – pobreza moderada del Sisben y recibe los servicios médicos en el régimen subsidiado; hechos que no fueron desvirtuados por la entidad accionada y que advierten los escasos medios con los que cuenta el accionante para solventar sus necesidades básicas y del núcleo familiar, que hacen necesario que la entidad promotora de salud asuma dicha prestación cuando remita al paciente a un lugar diferente al de su residencia con el fin de ser atendido médicamente.

7. Orden de recobro

De otra parte, frente a lo solicitado subsidiariamente por la entidad accionada, tendiente a que se le ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos que asuma en cumplimiento del fallo de tutela “y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios”, 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 dicho⁴⁴:

“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 procedimiento 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 requisitos legales pertinentes, decisión que no le corresponde adoptar al Juez en este escenario (...)’⁴⁵”.

Así mismo, rememorando el emitido el 18 de noviembre de 2015⁴⁶:

“(...) 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 atendidos para valorar la eventual violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos”.

⁴⁴ Sentencia del 22 de septiembre de 2017, M.P. Jaime Raúl Alvarado Pacheco, radicación 54-518-31-04-001-2017-00157-01

⁴⁵ Sentencia STL6080 de 2017

⁴⁶ Radicación 54-518-31-12-001-2015-00070-01 M.P. Jaime Andrés Mejía Gómez

Por tanto, al no existir premisa normativa alguna que obligue al Juez constitucional a facultar expresamente a la EPS para realizar recobros por la asunción de pagos derivados del suministro de implementos, servicios o medicamentos excluidos del Plan de Beneficios de Salud, no es dable entrar a definir un asunto administrativo que no tiene por qué ser abordado en el marco de la acción de tutela.

VII. D E C I S I O N

En armonía con 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: REVOCAR la sentencia proferida el quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de esta competencia, que negó la tutela invocada. En su lugar, **AMPARAR** los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas del señor **MARCO ANTONIO GELVEZ SUAREZ**, identificado con cédula de ciudadanía número 13.349.765, expedida en Pamplona, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **Nueva EPS-S** que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, programe y garantice una valoración médica completa del estado de salud del señor Gélvez Suárez en la que exponga, con fundamento en criterios médico-científicos y dando alcance a los resultados de la biopsia y su actual estado de salud, si los insumos solicitados “*Eclipse protector solar*”, *Levitam Serúm*”, y el medicamento “*Dermovate crema*” y/o “*Duracicat*”, - son o no los adecuados y además necesarios para tratar su enfermedad “*Dx: D048 Carcinoma in situ de la piel de otros sitios especificados*”; según se analizó en la presente providencia.

TERCERO: ORDENAR a la **Nueva EPS-S**, **SUMINISTRAR** al señor **MARCO ANTONIO GÉLVEZ SUÁREZ**, los gastos por concepto de transporte y alimentación, cada vez que con ocasión a su patología “*Dx: D048 Carcinoma in situ de la piel de otros sitios especificados*”, deba trasladarse de su domicilio a otra ciudad, con el fin de recibir procedimientos médicos que le sean prescritos por el médico tratante y hagan parte del PBS; acorde con lo previsto.

CUARTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la protección constitucional solicitada por el Accionante frente a la solicitud de reembolso de los gastos de viáticos que asumió para concurrir a las citadas médicas de fecha 22 de agosto y 04 de octubre de 2022, por las razones expuestas.

QUINTO: NEGAR la pretensión de la Nueva EPS relacionada con el recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ

NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Firmado Por:

Jaime Andres Mejia Gomez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

002

Tribunal Superior De Pamplona - 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: 40441d9b0fd23963d23dc1c99681f73e772f6b75b364337cb0337f5dd51a87f9

Documento generado en 09/02/2023 02:37:45 PM

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