



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, 14 de diciembre de 2020
Acta No. 088

Radicado	54-518-31-84-001-2020-00102-01
Accionante	MARÍA EVANGELISTA VERA WILCHES agente oficiosa de ANA JULIA WILCHES DE VERA
Accionada	NUEVA EPS

ASUNTO

Decide la Sala resolver la impugnación presentada por medio de apoderado especial por la NUEVA EPS S.A. contra el fallo de tutela de fecha 27 de octubre de 2020 proferido por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Pamplona.

ANTECEDENTES

HECHOS¹.-

Según lo referido en el escrito tutelar, la agenciada ANA JULIA WILCHES DE VERA, tiene 89 años de edad, se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud en el régimen contributivo – beneficiaria - de la NUEVA EPS y actualmente está diagnosticada con *“HIPERTENSIÓN ARTERIAL, ENFERMEDAD OBSTRUCTIVA*

¹ Folio 1 y ss del archivo 02 Demanda y Anexos Tutela 102 – expediente digital de primera instancia enviado por OneDrive. La paginación corresponde al archivo pdf del expediente de primera instancia de tutela al que tuvo acceso el magistrado sustanciador, el cual le fue enviado a su correo electrónico institucional el 12 de noviembre de 2020.

CRONICA Y DOLOR CRONICO con dificultades para comer, asociado a somnolencia además presenta síntomas de tos, movilización de secreciones, fiebre, diarrea, orina fétida entre otros.”

Refiere la accionante que el médico tratante le ha ordenado un tratamiento consistente en manejo del entorno, se debe continuar con plan de consulta domiciliaria, cuidador debe tomar los signos vitales dos veces al día, brindar alimentación enteral cada 6 horas, garantizar cambios de posición, no suspender la medicación así no presente síntomas, adecuada higiene y manejo de boca, pies y uñas. Se explican medidas antidelirium y medidas de higiene del sueño (mantener un horario de sueño regular, evitar bebidas con cafeína o cerca de la hora de dormir, hacer que el ambiente del dormitorio sea propicio para dormir, evitar la luz al acostarse.

Anota que la EPS ha entregado algunos medicamentos y visita médica domiciliaria mensual, pero no ha suministrado cuidador o enfermera.

Señala que son una familia de escasos recursos, lo que les impide pagar un cuidador o enfermera para el cuidado de su progenitora ANA JULIA, quien vive con sus hijos, quienes se dedican a las labores del campo y carecen de preparación y conocimiento en salud o enfermería para atender los cuidados que requiere su madre por lo que *“las heridas se han infectado y le están saliendo llagas en su cuerpo.”*

PETICIONES².-

Solicita se amparen los derechos fundamentales a la vida y a la salud de ANA JULIA WICHES DE VERA, en consecuencia, se ordene a la NUEVA EPS SA suministrar el servicio de cuidador domiciliario 24 horas al día y garantizar tratamiento integral.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA

El 14 de octubre de 2020³ la *A quo* admitió la acción de tutela formulada por MARÍA EVANGELISTA VERA WILCHES agente oficiosa de ANA JULIA WILCHES DE VERA contra la NUEVA EPS, corrió traslado para que en el término de dos días el

² Folio 3 ibidem.

³ Archivo 05 AutoAdmisorio Tutela2020-00102.

ente Accionado ejercitara su derecho de defensa, tuvo como pruebas los anexos presentados con la acción de tutela y decretó medida provisional para *“autorización y suministro del CUIDADOR DOMICILIARIO, en los términos y condiciones prescritos por el médico tratante en el plan de manejo obrante en la historia clínica de la paciente de fecha 19 de septiembre del cursante año”*.

Mediante proveído del 22 de octubre de 2020 decretó como pruebas la declaración de MARÍA EVANGELISTA VERA WILCHES y requirió a la médica MARÍA PAULA REMOLINA FLÓREZ, *para que en el término de un (1) día manifieste: i) los cuidados que requiere la paciente ANA JULIA WILCHES DE VERA ii) Si dichos cuidados deben ser prestados por cuidador externo, en caso afirmativo indicar disponibilidad y razones de la misma*⁴.

El 27 de octubre de 2020 decidió la acción constitucional⁵.

RESPUESTA A LA ACCIÓN

NUEVA EPS⁶.-

Resalta que *“el servicio de **CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS**, que refiere para el cuidado personal del paciente, no hace parte del ámbito de la salud y en consecuencia no están a cargo de la EPS sino de la familia, por deber constitucional de solidaridad y la obligación del núcleo familiar de proteger a sus familiares en situación de especial vulnerabilidad”*.

Considera que *“por ser una prestación no incluida en el plan de beneficios, es financiada por el estado con los recursos que se destinan al fondo para atención de las personas SIN CAPACIDAD DE PAGO (ADRES)”* lo que considera va en contravía del principio de solidaridad del sistema.

Señala que *“en cuanto a la solicitud de suministro del **SERVICIO DE CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS, NO SE EVIDENCIA RADICACIÓN EN EL SISTEMA DE SALUD Y MUCHO MENOS ÓRDENES MÉDICAS DE GALENOS ADSCRITOS A LA RED DE NUEVA EPS. Por lo tanto se requiere orden médica, formato de***

⁴ Archivo 14 AutoPruebas2020-00102.docx.

⁵ Archivo 20 Sentencia202000102.

⁶ Archivo 13 Contestación TutelaNuevaEps.

justificación e historia clínica para que sean radicados en la oficina de atención al usuario para que el comité realice el análisis y trámite de aprobación.

Anota que, **“AL EFECTUAR EL ESTUDIO DEL CASO, NO EXISTEN ELEMENTOS DE JUICIO NECESARIO QUE PERMITA ACREDITAR LOS SUPUESTOS DE HECHO QUE ORIGINARON LA PRESENTE ACCIÓN, YA QUE LOS SERVICIOS SOLICITADOS NO HAN SIDO ORDENADOS POR EL MÉDICO TRATANTE Y SÓLO SON PRETENDIDOS POR EL ACCIONANTE DE FORMA ESCRITA SIN CONSIDERACIÓN DE LA LEX ARTIS DE LOS GALENOS”.**

En su sentir, al juez de tutela le corresponde acudir primero al concepto médico científico, por ser la fuente de carácter primordial para establecer qué tipo de tratamiento médico requiere el tutelante para restablecer y mejorar su estado de salud.

Frente al tratamiento integral anotó que *“Nueva EPS tiene un modelo de acceso a los servicios y la entrada a ellos es a través de los servicios de Urgencias o a través de la IPS Primaria asignada a cada afiliado donde puede acceder a los servicios ambulatorios programados.”*

Señaló que la integralidad que solicita la usuaria se da por parte de NUEVA EPS de acuerdo con las necesidades médicas y cobertura que establece la Ley para el Plan de Beneficios de Salud y que no es conducente conceder tratamiento integral que implique hechos futuros e inciertos.

En su sentir, no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir, órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública, y que no se puede presumir que en el momento que se requiera el servicio no le serán autorizados.

Pide se deniegue por improcedente la acción de tutela respecto del servicio de cuidador domiciliario 24 horas, por no estar incluido en el Plan de Beneficios en Salud y no evidenciar orden médica por el médico especialista, también respecto de la solicitud de atención integral por ser servicios futuros e inciertos que no han sido prescritos por los galenos.

Subsidiariamente en evento de tutelarse los derechos, solicita se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura del servicio, esto en virtud de la Resolución 205 de 2020.

SENTENCIA IMPUGNADA⁷

Mediante fallo de fecha 27 de octubre de 2020 el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de esta municipalidad concedió la protección constitucional de los derechos fundamentales invocados por la accionante, en consecuencia, ordenó a la NUEVA EPS a través de su Gerente Zonal Norte de Santander YANETH FABIOLA CARVAJAL ROLON, o quien haga sus veces, *“que de MANERA INMEDIATA, AUTORICE Y SUMINISTRE en favor de la agenciada, el servicio de cuidador a domicilio, en los términos ordenados por el médico tratante en la historia clínica de fecha 16 de septiembre de 2020”*, cumplido lo anterior que *“en un término no superior a 5 días, realice una valoración médica tendiente a establecer la permanencia de horario y tiempo del cuidador, que en todo caso deberá ser suministrado por la EPS”*, además le ordenó garantizar tratamiento integral a la agenciada para el manejo de las patologías diagnosticadas.

Fundamentó su decisión en que ANA JULIA WILCHES DE VERA *“debe ser considerada como un doble sujeto de especial protección del Estado dada su avanzada edad y las patologías que presenta”* por lo que se le debe garantizar *“el cumplimiento del plan de manejo descrito en la historia clínica por la galeno tratante, es obligación Constitucional y legal de la Nueva EPS, autorizar y suministrar el cuidador en los términos indicados por el profesional médico.”*

Adujo que conforme a la solidaridad que debe existir entre el estado, la sociedad y la familia, esta última es la primera obligada moral y afectivamente para sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos, pero en el caso de la agenciada *“vive con su hijo de 60 años de edad, su núcleo familiar no cuenta con los recursos económicos para costear un cuidador externo, así mismo, los conocimientos de las personas encargadas de su cuidado no parece ser el más óptimo, por lo que, la médico tratante establece la necesidad de un cuidador que desarrolle actividades determinadas al cuidado y evitar el deterioro de la paciente”*

⁷ Archivo 20Sentencia202000102.

Concluyó que *“la imposibilidad material del núcleo familiar de asumir la protección de la paciente por las siguientes razones: (i) se presumen ciertas las afirmaciones realizadas por la agente oficiosa, quien sostuvo que carecen de los recursos económicos para cubrir los costos del servicio de un cuidador para su señora madre, que viven en arriendo y la hermana encargada de pagar la seguridad social solo devenga un salario mínimo. (ii) se presume la buena fe de la accionante y (iii) se aplica el principio de veracidad dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.”*

Señaló que el servicio de cuidador personal fue ordenado por la Galeno MARÍA PAULA REMOLINA FLÓREZ, quien indicó la necesidad del servicio.

Frente al servicio integral manifestó que la atención y la prestación de los servicios a las personas de la tercera edad no son parciales ni fragmentados, sino que se debe garantizar el bienestar físico y psicológico, dado que el propósito es mejorar la salud y no solo resolver el problema de una prestación específica.

Finalmente señaló que frente al recobro no debía pronunciarse por ser un aspecto que desborda el análisis ius fundamental y tiene reglamentación normativa, por cuanto *“el reconocimiento y pago de los servicios no pos que origina el cumplimiento de la orden de tutela no depende de orden judicial, por cuanto existe disposición legal que reglamenta la materia con fuerza vinculante para las entidades del sistema general de seguridad social en salud”*.

IMPUGNACIÓN⁸

Inconforme con la decisión adoptada por la *A quo*, la accionada NUEVA EPS la impugnó, señaló que el servicio de cuidador se refiere al *cuidado personal del paciente* el que no hace parte del ámbito de la salud y por tanto no está a cargo de la EPS sino de la familia, que *“no se catalogan los criterios excepcionales para otorgar dicho servicio, pues no se evidencia el soporte de la incapacidad de la familia de brindar el cuidado”*.

⁸ Archivo 27MemorialImpugnaciónNuevaEps.

Considera que al no ser una prestación incluida en el plan de beneficios, “es financiada por el estado con los recursos que se destinan al fondo para la atención de las personas SIN CAPACIDAD DE PAGO (ADRES), condición que va en contravía del principio de solidaridad del sistema y afecta directamente el equilibrio y la viabilidad financiera de todo el sistema”.

Indica que “en cuanto a la solicitud de suministro del **SERVICIO DE CUIDADOR, NO SE EVIDENCIA RADICACIÓN EN EL SISTEMA DE SALUD Y MUCHO MENOS ÓRDENES MÉDICAS DE GALENOS ADSCRITOS A LA RED DE NUEVA EPS, por lo tanto se requiere orden médica, formato de justificación e historia clínica para que sean radicados en la oficina de atención al usuario para que el comité realice el análisis y trámite de aprobación.**”

En razón a la orden proferida en primera instancia señaló “que algunos servicios brindados dentro de una atención integral pueden resultar no incluidos dentro del plan de Beneficios en Salud, y así mismo en virtud de la Resolución 205 de 2020 pueden exceder el presupuesto máximo para la gestión y financiación de dichos servicios, por tanto resulta necesario se ordene al ADRES asumir el cubrimiento de los servicios que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios con el fin de evitar un detrimento en los recursos del SGSSS.”

En cuanto al tratamiento integral dijo “que Nueva EPS tiene un modelo de acceso a los servicios y la entrada a ellos es a través de los servicios de Urgencias o a través de la IPS Primaria asignada a cada afiliado donde puede acceder a los servicios ambulatorios programados” y que la integralidad solicitada por la usuaria se da por parte de NUEVA EPS de acuerdo a las necesidades médicas y la cobertura para el plan de beneficios de salud.

En su sentir no le es dable al fallador de tutela “emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares”.

Señala que se debe precisar “el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto al accionante y frente al cual recae la orden del tratamiento integral.

Pretende se revoque el fallo objeto de impugnación en cuanto al servicio de cuidador domiciliario 8 horas, *“toda vez que corresponde a un servicio para **“satisfacer sus actividades básicas fisiológicas e instrumentales de la vida diaria y que por su condición no puede realizar el paciente por sí solo, siendo funciones que deben ser asumidas EN PRIMERA MEDIDA POR LA FAMILIA, tras no estar contempladas en el ámbito de la salud”** y en cuanto al tratamiento integral “evidenciándose que no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares”.*

Como pretensión subsidiaria en caso de confirmarse el fallo, solicita adicionar *“en la parte resolutive del fallo objeto de impugnación, en el sentido de FACULTAR a la NUEVA EPS S.A., para 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 sobrepasan el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios”.* En su defecto solicita se modifique el fallo, *“y se ordene una valoración previa a cargo de los galenos dentro de la red de servicios contratada para determinar la necesidad y pertinencia medica del servicio domiciliario solicitado.”*

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.

PROBLEMA JURÍDICO. –

Se contrae a determinar si el servicio de cuidador domiciliario y la prestación integral son compatibles con el piélagó jurisprudencial y legal aplicable y con las peculiaridades del caso concreto y en caso de confirmarse el fallo impugnado establecer si hay lugar a ordenar el recobro de los servicios de salud como fue solicitado por la entidad impugnante.

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”* 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”*. 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 particular¹⁰.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

¹⁰ *Ibidem*.

Por activa tenemos a MARÍA EVANGELISTA VERA WILCHES, quien interpone la acción constitucional como agente oficioso de su progenitora ANA JULIA WILCHES DE VERA, por advertir la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida por parte de la NUEVA EPS.

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, establece que el ejercicio de la acción de tutela puede ser ejercido (i) a nombre propio (ii) a través de un representante legal (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) mediante un agente oficioso. El inciso final de esta norma, también establece que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden ejercerla directamente.

La misma norma respecto de la acción de tutela interpuesta por agente oficioso establece que es posible presentar acciones de tutela a nombre de quien no pueda hacerlo por sí mismo, buscando lograr el amparo de personas de especial protección constitucional como los niños, las personas de la tercera edad y/o en situación de discapacidad, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que *“la agencia oficiosa busca evitar que, debido a la falta de capacidad del demandante, se sigan perpetrando los actos violatorios de los derechos fundamentales, prosiga la omisión que los afecta, o se perfeccione la situación amenazante.”*¹¹

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha fijado como presupuestos necesarios para que opere la figura de la agencia oficiosa en el ejercicio de la acción de tutela: a) la manifestación del agente oficioso de que actúa en dicha calidad; y b) la circunstancia real de que el titular del derecho no se encuentra en condiciones físicas o mentales para interponer la acción, bien sea porque está dicho expresamente en el escrito de tutela, o se deduzca del contenido de la misma¹².

En el caso que nos ocupa se encuentra acreditado que MARÍA EVANGELISTA VERA WILCHES está legitimada para actuar como agente oficioso de ANA JULIA WILCHES DE VERA, en razón a la edad de ésta, quien cuenta con 89 años y tiene graves quebrantos de salud *“HIPERTENSIÓN ARTERIAL, ENFERMEDAD OBSTRUCTIVA CRÓNICA Y DOLOR CRÓNICO”* que le impiden ejercer directamente la acción de tutela.

¹¹ T-044 de 1996 M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

¹² T-968 de 2014 M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

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.

Quedando 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.

Para el caso *sub judice*, se tiene que la anomalía se desencadena desde el 16 de septiembre de 2020¹⁵, fecha en que el médico tratante prescribió el *Cuidador Personal* a la accionante, y habiéndose presentado la acción de tutela el 14 de octubre de 2020, se concluye que la presente reclamación constitucional se encuentra dentro de un término razonable, siendo superado este requisito.

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”*¹⁶.

¹³Corte 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 6 archivo 02DemandaY AnexosTutela102.

¹⁶Corte Constitucional, sentencia T-091 de 2018.

Con respecto a la existencia de otros mecanismos de protección del derecho a la salud en la Superintendencia Nacional de Salud, que harían 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^[47], 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^[48], 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*^[49].

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*”^[50]. (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^[51].

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^[52].

De esa manera, por existir debilidades constitutivas en el mecanismo de resolución principal, ser ANA JULIA WILCHES DE VERA una persona de la tercera edad y dependiente funcional total de su familia¹⁷, lo que la hace un sujeto de especial protección constitucional, se dará por satisfecho este requisito.

¹⁷ Folio 5 archivo 02Demanda y AnexosTutela102.

CASO CONCRETO.-

MARÍA EVANGELISTA VERA WILCHES agente oficioso de ANA JULIA WILCHES DE VERA pretende que se amparen los derechos fundamentales a la vida y la salud de su progenitora, a quien la NUEVA EPS no ha suministrado el servicio de cuidador domiciliario 24 horas al día, además solicita se le garantice un tratamiento integral para la enfermedad que padece.

El artículo 48 de la Constitución Política establece que *“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.”*

El derecho fundamental a la seguridad social es definido como el *“conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano.”*¹⁸

La ley 1751 de 2015 reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud, consistente en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible.

Frente al derecho fundamental a la salud la Corte Constitucional ha señalado que:

el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela.¹⁹

Cuidador Domiciliario. -

En el numeral segundo del fallo impugnado la *A quo* dispuso ordenar a la NUEVA EPS *“que de MANERA INMEDIATA, **AUTORICE Y SUMINISTRE** en favor de la agenciada, el servicio de cuidador a domicilio, en los términos ordenados por el médico tratante en la historia clínica de fecha 16 de septiembre de 2020”*.

¹⁸ T-1040 de 2008

¹⁹ T-062 de 2017

La NUEVA EPS inconforme con dicha decisión la impugnó y argumentó que el servicio de cuidador no hace parte del ámbito de la salud y por tanto no está a cargo de la EPS sino de la familia, además de no estar ordenado dicho servicio por el médico tratante.

Con amplia fundamentación y con soportes tanto legales como jurisprudenciales la NUEVA EPS insistió en que para el caso de ANA JULIA, los servicios solicitados *“NO HAN SIDO ORDENADOS POR EL MÉDICO TRATANTE Y SÓLO SON PRETENDIDOS POR EL ACCIONANTE DE FORMA ESCRITA SIN CONSIDERACIÓN DE LA LEX ARTIS DE LOS GALENOS”* y (NO EVIDENCIA ORDEN MEDICA DEL SERVICIO DE CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS).

Según el expediente digital al que se tiene acceso, se encuentra que con el escrito de tutela se anexaron 2 historias clínicas de fechas 16/09/2020 y 18/09/2020 a nombre de ANA JULIA WILCHES DE VERA, diligenciadas por la doctora MARÍA PAULA REMOLINA FLÓREZ, medica general, adscrita a la IPS MEDICUC²⁰, la que en el plan de tratamiento anotó X en la casilla de cuidador personal - diurno, turno horas 7, cantidad días 15, - Justificación Médica: DEPENDENCIA FUNCIONAL TOTAL, DETERIORO CLÍNICO²¹.

Observándose de esta manera, y contrario a lo manifestado por la NUEVA EPS, que sí fue ordenado el servicio de cuidador domiciliario a ANA JULIA WILCHES DE VERA, por su médico tratante, quien consideró necesario el servicio dada la dependencia funcional total de la paciente.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que:

3.3. En relación con los servicios de salud, la Corte ha establecido que cuando una persona acude a su EPS para que ésta le suministre un servicio que *requiere, o requiere con necesidad*, el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad, es que exista orden médica autorizando el servicio. Así la Corporación ha señalado que el profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona, y el tratamiento que se debe seguir, es el médico tratante; es su decisión el criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema, los cuales, a su vez, se fundamentan en la relación que existe entre la información científica con que cuenta el profesional, el conocimiento certero de la historia clínica del paciente, y en la mejor evidencia con que se cuente

²⁰ Folios 5 y 8 archivo 02DemandaY AnexosTutela102.

²¹ Folios 6 y 9 *ibidem*.

en ese momento. Por lo tanto, la remisión del médico tratante es la forma instituida en nuestro Sistema de Salud para garantizar que los usuarios reciban atención profesional especializada, y que los servicios de salud que solicitan, sean adecuados, y no exista riesgo para la salud, integridad o vida de los usuarios.²²

Así las cosas, no encuentra la Sala justificación válida de la EPS para no autorizar el servicio de cuidador domiciliario a ANA JULIA WILCHES DE VERA, en los términos ordenados por su médico tratante y mantener en los dos arribos procesales (contestación e impugnación) una tesis contraria a las pruebas aportadas (historias clínicas de fechas 16/09/2020 y 18/09/2020).

Frente a la prestación del servicio que no está incluido en el plan obligatorio, argumento adicional de la EPS, para no autorizar el servicio de CUIDADOR DOMICILIARIO, la Corte Constitucional en sentencia T-025 de 2014 señaló:

(...) En ese orden de ideas, cuando el correspondiente profesional determina que un paciente demanda la prestación de servicios médicos, la realización de procedimientos, o el suministro de medicamentos e insumos, sin importar que estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la respectiva prestadora está en la obligación de proveérselos.

No obstante, para este último evento, es decir, cuando se trate de aquellas cosas excluidas del mencionado plan de beneficios, deben verificarse una serie de reglas, establecidas copiosamente por la Corte:

*“(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; **(iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie;** y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”²³*

Así las cosas, es claro que las exclusiones legales del Plan Obligatorio de Salud, no pueden constituir una barrera insuperable entre los usuarios del Sistema de Salud y la atención eficaz de sus patologías, pues, existen circunstancias en las que su autorización implica la única posibilidad eficaz de evitarles un perjuicio irremediable. Tal responsabilidad está a cargo de las prestadoras de salud, pero ante el incumplimiento de su deber constitucional y legal, es el juez de

²² T-435 de 2019

²³ Sentencia T-970 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Ver también las sentencias: T-036 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-020 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y; T-471 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo, T-062 de 2017 entre otras.

tutela el llamado a precaver dicha situación y exaltar la preeminencia de las garantías superiores que se puedan conculcar. (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Atendiendo el anterior precepto, es claro que el hecho de no estar incluido un servicio médico en el plan de salud tampoco es óbice para que la empresa prestadora de salud niegue su prestación.

De los supuestos facticos y la actuación procesal se establece que ANA JULIA WILCHES DE VERA, tiene 89 años de edad, se encuentra afiliada como beneficiaria a la NUEVA EPS, tiene diagnóstico de HIPERTENSIÓN ARTERIAL, ENFERMEDAD OBSTRUCTIVA CRÓNICA Y DOLOR CRÓNICO, es dependiente funcional total de su familia y la médica tratante adscrita a la IPS MEDICUC, consideró como plan de tratamiento, entre otros, el cuidador personal diurno por 15 días.

Se ha definido el cuidador domiciliario, como una *“modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud y la participación de la familia”*²⁴

Frente al servicio de cuidador domiciliario la Corte Constitucional ha señalado que:

Dado principalmente su carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud, la Corte ha dicho que en términos generales el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que viven con ella, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad. Así, compete en primer lugar a la familia solidarizarse y brindar la atención y cuidado que necesita el pariente en situación de indefensión. En virtud de sus estrechos lazos, la obligación moral descansa en primer lugar en el núcleo familiar, especialmente de los miembros con quien aquél convive. **Con todo, si estos no se encuentran tampoco, principalmente, en la capacidad física o económica de garantizar ese soporte, el servicio de cuidador a domicilio, cuya prestación compromete la vida digna de quien lo necesita, debe ser proporcionado por el Estado.** (subrayas y negrillas fuera de texto original).²⁵

²⁴ Numeral 6 artículo 8 Resolución 5269 de 2017.

²⁵ T-096 de 2016

En un pronunciamiento más reciente dijo la misma Corporación:

4.2. De esta forma, la atención domiciliaria es un servicio que se encuentra expresamente incluido dentro del Plan de Beneficios en Salud (PBS) y la obligación de suministrarla es de la EPS.^[45] No obstante, dicha obligación está sujeta al concepto técnico, científico del médico tratante, pues solo a través del diagnóstico es posible determinar la necesidad y pertinencia del servicio en cada caso concreto. Por esta razón, esta Corporación ha señalado que es estrictamente necesario que exista una prescripción del médico tratante, o en los casos en los que dicha atención sea solicitada por los pacientes, un concepto en el que el profesional de salud indique la pertinencia y oportunidad de la misma, con el fin de que esta pueda ser exigida a través de la acción constitucional²⁶.

Atendiendo los preceptos constitucionales es preciso señalar que el cuidado y atención de la persona que no pueda hacerlo por sí misma corresponde en primera medida a la familia, pero si los miembros del grupo familiar no se encuentran en capacidad económica y física de garantizar dicho cuidado, el mismo debe ser proporcionado por el estado en aras de garantizar la vida digna de la persona que lo necesita.

ANA JULIA WILCHES DE VERA según lo narrado por su hija MARÍA EVANGELISTA VERA WILCHES en declaración rendida el 23 de octubre de 2020²⁷, tiene 9 hijos vivos, de los cuales sólo 3 viven en Pamplona, la hermana que paga el seguro, de quien no se indicó su nombre, quien devenga un salario mínimo y vive donde trabaja, JOSÉ ANDELFO VERA WILCHES quien vive en arriendo con la mamá y trabaja en oficios varios y la declarante que vive con su esposo y su hijo y es ama de casa, el resto de hijos viven fuera de Pamplona la mayoría en Venezuela quienes son de escasos recursos económicos. Señaló también que ninguno de los hijos de ANA JULIA tiene bienes propios y no tienen recursos para pagar cuidador para su mamá quien no camina hace 6 meses, no habla, casi no come y actualmente se encuentra “llagada”.

Según lo narrado por la agenciante ni ella ni sus hermanos están en capacidad económica de pagar un cuidador para su mamá, por no tener recursos, manifestación que fue recibida bajo la gravedad de juramento y frente a la que no existe prueba que la desvirtúe.

²⁶ T-435 de 2019

²⁷ Archivo 18Audienciadeclaracionagenteoficiosa.

Adicionalmente, frente al tema del cuidador, ha señalado la Corte Constitucional:

Así pues, siempre que se presenten las circunstancias a continuación expuestas, una Entidad Prestadora de Salud (EPS), en principio, no es la llamada a garantizar el servicio de cuidador permanente a una persona que se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta: (i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que si debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.

En este orden de ideas, de no mediar las circunstancias enunciadas anteriormente, el deber de suministrar el servicio de cuidador permanente o principal, como ya se dijo, radica en cabeza del Estado, quien es el encargado de proteger y asistir especialmente a los sujetos que por su condición física, económica o mental, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta²⁸.

Al respecto, llama la atención de esta Corporación que la médico tratante ordenó que *“el cuidador debe tomar signos vitales dos veces al día²⁹”,* sobre lo que no consta capacitación alguna a los actuales cuidadores o, por lo que no existe la *“certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere una persona familiar”* para su cuidado, tal cual lo exige la Corte Constitucional.

Además, es claro, porque así fue demostrado con la declaración rendida por la agenciante MARÍA EVANGELISTA VERA WILCHES ³⁰, que si bien los hijos de ANA JULIA WILCHES DE VERA son los primeros llamados a cuidarla, no cuentan con los recursos económicos para pagar un cuidador³¹, incumpléndose el requisito constitucional de que la *“carga (sea) soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado”*.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia T 154 de 2014.

²⁹ Archivo 02 Demanda y anexas, folio 6.

³⁰ Archivo 19, acta recepción de declaración.

³¹ Según sentencia T-048 de 2012, entre otras, en cuanto a la capacidad económica del afiliado la Corte Constitucional ha señalado que cuando este afirma que no cuenta con los recursos necesarios para asumir los servicios solicitados, lo cual puede ser comprobado por cualquier medio, incluyendo los testimonios, se invierte la carga de la prueba. Por consiguiente, es la EPS la que debe entrar a desvirtuar tal situación, en la medida en que cuenta con las herramientas para determinar si es verdadera o no

Bajo las anteriores circunstancias corresponde a la EPS autorizar el servicio de cuidador domiciliario ordenado por la medico tratante como plan de tratamiento para ANA JULIA WILCHES DE VERA, en los términos y condiciones reconocidos por la primera instancia, a fin de garantizar de manera efectiva el derecho a la salud de la paciente, por cuanto su núcleo familiar no está en condiciones ni capacitado para cuidar adecuadamente a ANA JULIA, quien requiere de asistencia permanente para afrontar las actividades de la vida cotidiana.

DE LA ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD. -

MARÍA EVANGELISTA VERA WILCHES pretende por la vía constitucional se garantice el tratamiento integral a su progenitora ANA JULIA WILCHES DE VERA, *“ordenando a la entidad accionada cumplir de manera oportuna cada uno de los tratamientos y medicamentos que requiera para el cuidado de su enfermedad, pretensión que fue acogida por la A quo en fallo de fecha 27 de octubre de 2020³² e impugnada por la NUEVA EPS, al considerar “...que la integralidad que solicita el usuario se da por parte de Nueva EPS de acuerdo con las necesidades (...) y que no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera es presumir la mala actuación de esta institución por adelantado. No puede presumir el fallador que en el momento en que el usuario requiera servicios no les serán autorizados³³”.*

La ley 1751 de 2015, por medio de la cual se reguló el derecho fundamental a la salud, estableció en el artículo 8 la integralidad con el rango de “principio”:

ARTÍCULO 8o. LA INTEGRALIDAD. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

³² Archivo 20Sentencia202000102.

³³ Folio 8 y 9 archivo 27 MemorialImpugnaciónNuevaEps.

Al respecto la Corte Constitucional señaló que:

el tratamiento integral implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud suministrando *“todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”*. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir *“prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”*³⁴.

En respuesta a la acción de tutela fue manifestado por la NUEVA EPS que ANA JULIA WILCHES DE VERA se encuentra activa en el Sistema General de Seguridad social en salud en el régimen contributivo como beneficiaria de dicha entidad³⁵.

Según lo narrado en el escrito de tutela y las historias clínicas de fechas 16/09/2020 y 18/09/2020 ANA JULIA WILCHES DE VERA³⁶ tiene diagnóstico “HIPERTENSIÓN ARTERIAL, ENFERMEDAD OBSTRUCTIVA CRONICA, Y DOLOR CRONICO.”, el que según se desprende de los mismos documentos está siendo tratado por la NUEVA EPS a través de la IPS MEDICUC, tratamiento que requiere continuidad y permanencia, en todos sus servicios (medicamentos, terapias, consultas, cuidador etc) y con mayor razón atendiendo el grado de vulnerabilidad en que se encuentra la paciente *“DEPENDENCIA FUNCIONAL TOTAL, DETERIORO CRONICO”*, además *no camina, no habla y casi no come*.

Con la presentación de esta acción constitucional se evidenció que ANA JULIA ha tenido dificultad para adelantar el desarrollo de su tratamiento médico por falta de autorización de cuidador domiciliario el cual fue ordenado por el médico tratante (quien consideró la necesidad de tal servicio), lo que constituye indirectamente una negación a los servicios de salud, que como ya se analizó debe ser suministrado por la NUEVA EPS.

Aunado a lo anterior, como ya se señaló, es una persona de 89 años de edad, que no habla, no camina, vive con un hijo que trabaja en oficios varios y pagan arriendo, y pese a que tiene más hijos, éstos tampoco cuentan con recursos económicos,

³⁴ T-259 de 2019.

³⁵ Folio 2 y 3 archivo 13 Contestación TutelaNuevaEps.

³⁶ Folio 5 y ss archivo 02DemandaYAnexosTutela102.

circunstancias que convierten a ANA JULIA en un sujeto vulnerable³⁷ y de protección constitucional para el goce efectivo de sus derechos.

En el entendido que el tratamiento integral *“tiene como finalidad garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante”*³⁸ y ANA JULIA ya tuvo barreras y obstáculos en la satisfacción de los servicios de salud por parte de la NUEVA EPS, se hace necesario garantizarle un tratamiento integral que *“opera cuando el prestador del servicio de salud haya desconocido el principio de integralidad en la atención”*³⁹, respecto del diagnóstico *“HIPERTENSIÓN ARTERIAL, ENFERMEDAD OBSTRUCTIVA CRÓNICA Y DOLOR CRÓNICO” -DEPENDENCIA FUNCIONAL TOTAL, DETERIORO CLINICO-*, conforme sea dispuesto por el médico tratante.

Atendiendo las consideraciones expuestas, encuentra la Sala que razón le asistió al Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Pamplona cuando señaló que la entidad accionada le ha vulnerado el derecho a la salud y a la vida a ANA JULIA WILCHES DE VERA, por lo que se confirmará en su integridad el fallo de primer grado, toda vez que lo manifestado por la entidad accionada no sirve de excusa para omitir la responsabilidad que le asiste de suministrar el cuidador ordenado por el médico tratante y el tratamiento integral en los términos aquí expuestos.

SOBRE LA ORDEN DE RECOBRO A LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES-

La NUEVA EPS como pretensión subsidiaria 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.

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

³⁷ En sentencia T- 409 de 2019 La Corte señaló que dentro de la población más vulnerable “se encuentran las “personas de escasos recursos, (...) grupos vulnerables y (...) sujetos de especial protección”

³⁸ Sentencia T-259 de 2019.

³⁹ Sentencia T- 409 de 2019

“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 practica 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.

Petición y trámite que es meramente administrativo y corresponde adelantarlos a la entidad administradora de salud, conforme lo señaló la Corte Suprema de Justicia:

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

Dados los anteriores precedentes, no hay lugar a acceder a la petición subsidiaria 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 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 esta Corporación en varios pronunciamientos⁴⁰.

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 27 de octubre de 2020 por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Pamplona por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: NEGAR la pretensión subsidiaria de reembolso, conforme se anotó en la parte motiva.

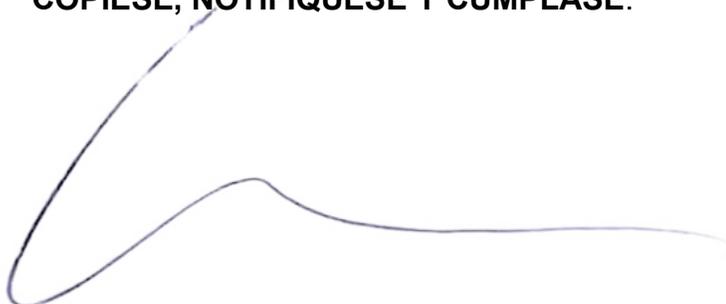
TERCERO: COMUNICAR lo decidido a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

La presente decisión fue discutida y aprobada en Sala virtual el día 14 de diciembre 2020.

⁴⁰ Radicado 54-518-31-89-001-2018-00061-01 de fecha 20 de junio de 2018 M.P. JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Magistrado



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Magistrado



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ

Magistrado