

RAMA JUDICIAL



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

Magistrado Ponente:

DR. NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Pamplona, diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020)

Acta No. 027

Radicado	54-518-31-12-001-2020-00048-01
Accionante	BLANCA NUBIA PEÑA
Accionada	NUEVA EPS-S S.A
Vinculados	- . ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES - . CLÍNICA OFTALMOLÓGICA SAN DIEGO S.A.

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 10 de junio de 2020 proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pamplona.

ANTECEDENTES

HECHOS¹.-

Según lo referido en el escrito tutelar la accionante BLANCA NUBIA PEÑA de 51 años de edad, afiliada al sistema de salud en el régimen subsidiado de la NUEVA EPS fue diagnosticada con “CATARATA NUCLEAR Y SUBCAPSULAR POSTERIOR H251AO” por su médico tratante adscrito a la CLÍNICA

¹ Folio 3 y ss. La paginación corresponde al archivo de OneDrive que contienen el expediente de primera instancia al que tuvo acceso el magistrado sustanciador, el cual le fue enviado a su correo electrónico institucional el 25 de junio de 2020.

OFTALMOLÓGICA SAN DIEGO, quien para su tratamiento le formuló el medicamento “POLIMIXINAB6000+NEOMICINAO, 35%+DEXAMETASON solución oftálmica A0,1%ML”, el cual no ha sido entregado por la EPS.

Adicionalmente señala que debe asistir mensualmente a control de seguimiento por la especialidad de oftalmología y consulta por especialista y no cuenta con los recursos económicos para gastos de transporte y viáticos de la paciente y un acompañante para acudir a dichas citas.

PETICIONES².-

Solicita se amparen sus derechos fundamentales a la dignidad humana, vida y salud, en consecuencia se ordene a la NUEVA EPS entregar el medicamento “POLIMIXINAB6000+NEOMICINAO,35%+DEXAMETASON solución oftálmica A0,1%ml” y cubrir la totalidad de los gastos y viáticos necesarios de la paciente y un acompañante de manera anticipada para asistir a controles, procedimientos y tratamientos que requiera en una ciudad diferente a la de su domicilio, así como prestar de manera integral el servicio que requiera para su tratamiento.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

El 28 de mayo de 2020³ la *A quo* admitió la acción de tutela por cumplir con las exigencias mínimas, vinculó a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES), ordenó su notificación y corrió traslado para que en el término de dos días el ente Accionado y el vinculado ejercitaran su derecho de defensa y decretó pruebas.

Mediante proveído del 3 de junio de 2020 vinculó a la CLÍNICA DE OFTALMOLOGÍA SAN DIEGO S.A.⁴.

El 10 de junio de 2020 se decidió la acción constitucional⁵.

RESPUESTA A LA ACCIÓN

² Folio 6 y 7.

³ Folio 9 y 10.

⁴ Folio 104.

⁵ Folio 144 y ss

1.- ADMINISTRADORA DE RIESGOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES)⁶.-

Refiere la falta de legitimación en la causa por pasiva por ser función de la EPS y no suya, la prestación de los servicios de salud de sus afiliados.

Solicitó negar el amparo solicitado y en consecuencia su desvinculación, en razón a que no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor.

Pide negar la facultad de recobro, en virtud a que mediante las Resoluciones 205 y 206 de 2020 proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, la ADRES transfirió a la EPS los recursos de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, a fin de garantizar la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios que se encuentren autorizados y no financiados por la Unidad de Pago por Captación (UPC) ni por otro mecanismo de financiación y que no se encuentren excluidos de acuerdo con la Ley 1755 de 2015.

2.- NUEVA EPS⁷.-

Señala que verificado el sistema integral de NUEVA EPS, la Accionante está activa en el Sistema General de Seguridad Social en el régimen subsidiado, a quien se le han brindado los servicios requeridos dentro de la competencia y conforme a las prescripciones médicas dentro de la red de servicios contratada.

Respecto de las pretensiones de la acción de tutela, aduce que la atención integral es un servicio al que se accede por urgencias o a través de la IPS primaria asignada a cada afiliado, los que son y serán cubiertos con base en la normatividad vigente y de acuerdo a las necesidades médicas, en su sentir resulta una orden futura sin fundamento factico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública que no se pueden amparar por medio de acción de tutela por no existir vulneración de derechos.

El medicamento POLIXIMINA B + NEOMICINA + DEXAMETASONA, no se encuentra dentro del plan de beneficios en salud PBS y por tanto debe ser tramitado

⁶ Folio 28 y ss.

⁷ Folio 84 y ss

directamente por parte del médico tratante mediante el aplicativo MIPRES y no se evidencia orden medica adjunta al escrito.

Frente al servicio de transporte y viáticos, aduce que no se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios de Salud, por lo que no le corresponde proporcionarlos y se debe verificar la falta de capacidad económica de la accionante para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio ya que el simple hecho de informar que tiene gastos no significa que se encuentre en situación de indefensión o que no pueda sufragar el costo de transporte, alojamiento y alimentación.

Señaló también que el gasto de alimentación es improcedente por ser una responsabilidad de cada ser humano, independiente a la enfermedad, teniendo el deber de autocuidado y suministro de lo necesario para alimentarse.

3.- VINCULADO – CLÍNICA SAN DIEGO.

Guardó silencio.

SENTENCIA IMPUGNADA⁸

Mediante fallo de fecha 10 de junio de 2020 el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta municipalidad tuteló los derechos fundamentales invocados por la accionante, y en consecuencia, ordenó a la NUEVA EPS-S que en el término de 24 horas contadas a partir de la notificación del fallo procediera a autorizar y suministrar el medicamento formulado por el médico oftalmólogo tratante el día 5 de febrero de 2020, brindara la atención integral en salud respecto de la patología (catarata nuclear y subcapsular posterior) y en caso de requerir desplazarse a otra ciudad para recibir servicios de salud necesarios para tratar la patología que la aqueja y que fue objeto de tramite constitucional, suministrara los gastos de traslado (ida-regreso), alimentación y alojamiento a que haya lugar.

Señaló que a la EPS le corresponde suministrar el medicamento que le fue prescrito a la accionante por el médico oftalmólogo tratante, por ser un servicio que aun cuando no hace parte del plan de beneficios, puede ser pagado con cargo al presupuesto máximo a que se refiere la Resolución 205 de 2020, es decir, aquellos

⁸ Fls 144 y ss del cuaderno de primera instancia.

recursos que el ADRES le gira a las EPS para sufragar servicios y tecnologías que aunque no son del PBS tampoco están excluidos.

No encontró justificación para que transcurridos casi cuatro meses desde que fue formulado el medicamento a la fecha de presentación de la acción de tutela, la EPS no lo haya suministrado, por lo que consideró vulnerados los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

Frente al suministro de transporte, alimentación y hospedaje, lo consideró procedente por presumirse que la Accionante no cuenta con la capacidad económica para costear su traslado a otra ciudad al estar registrada en el nivel 1 del SISBEN y afiliada al régimen subsidiado en salud, además habiéndose probado que no trabaja y que el único ingreso de su hogar es lo que diariamente devenga su hijo.

IMPUGNACIÓN⁹

Inconforme con la decisión adoptada por la *A quo*, la accionada NUEVA EPS la impugnó respecto a la orden de suministrar servicio de transporte, alojamiento, alimentación y tratamiento integral.

Frente al suministro de transporte, viáticos, alimentación y hospedaje, no evidenció solicitud médica especial al respecto, además de no estar incluidos en el PBS según Resolución 3512 de 2019, siendo responsabilidad de la entidad territorial de cumplir el fallo y no de la EPS. Adicionalmente señaló que el municipio de residencia de la usuaria no se encuentra contemplado en los que reciben UPC diferencial y a los cuales la EPS sí está en la obligación de costear el transporte del paciente.

En cuanto al tratamiento integral señaló que la EPS tiene un modelo de acceso a través de los servicios de Urgencias o de la IPS primaria asignada a cada afiliado para prestaciones ambulatorias programadas y la integralidad que solicita la usuaria de acuerdo con las necesidades médicas y la cobertura que establece la Ley para el plan de beneficios de salud.

Aduce que no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, órdenes futuras que no tenga fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de los

⁹ Fls 162 y ss del cuaderno de primera instancia.

particulares, insiste que no se puede presumir que para el momento en que el usuario requiera servicios no le serán autorizados.

Como pretensión subsidiaria en caso de confirmarse el fallo impugnado solicita se faculte a la NUEVA EPS S.A, ordenar al ADRES reembolsar los gastos en que incurra en cumplimiento del fallo y sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. -

El Tribunal es competente para conocer de la impugnación de la presente acción de tutela según lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

PROBLEMAS JURÍDICOS. –

Dado que en apelación de la decisión de primera instancia sólo fueron objeto de dicho recurso dos órdenes por la NUEVA EPS, a saber, la de tratamiento integral y la del reconocimiento de transporte, viáticos y alimentación (en la que a pesar de no haberse incluido acompañante no fue apelada por la Accionante), el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si tales mandatos son compatibles con el piélago 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 subsidiariedad¹⁰.

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 particular¹¹.

Por activa tenemos que BLANCA NUBIA PEÑA, quien interpone la acción constitucional por advertir la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, salud y dignidad humana al no recibir por parte de la NUEVA EPS el medicamento formulado por su médico tratante, no tener los recursos económicos para asistir a las citas médicas ordenadas fuera de su domicilio y no recibir un tratamiento integral para su patología, situaciones que la legitiman para presentar la acción constitucional. Por pasiva, está la NUEVA EPS entidad pública prestadora de servicios de salud, ámbito de competencia cuya omisión es el objeto de la acción en estudio.

Queda así acreditado este requisito.

Inmediatez. -

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable computado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Este requisito tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como *“un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados”*¹².

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

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 inmediatez¹³.

Para el caso *sub judice*, se tiene que la anomalía se desencadena desde el 5 de febrero de 2020¹⁴, fecha en que le formularon a la accionante el medicamento POLIMIXINAB6000+NEOMICINA0,35+DEXAMETASON, y habiéndose presentado la acción de tutela el 27 de mayo 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”*¹⁵.

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 mencionados han cobrado mayor relevancia, debido a la reciente Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018 realizada

¹³ *“(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.

¹⁴ Folio 25.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

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, por haber manifestado la Accionante, quien se encuentra afiliada al régimen subsidiado, que no cuenta con recursos económicos para solventar gastos y por padecer una dolencia particularmente incapacitante en su ojo izquierdo¹⁶, se dará por satisfecho este requisito.

DE LA ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD. -

BLANCA NUBIA PEÑA pretende por la vía constitucional se ordene la prestación integral del sistema de salud por la NUEVA EPS régimen subsidiado para la recuperación de su patología (CATARATA NUCLEAR Y SUBCAPSULAR POSTERIOR H251AO), a fin de evitar un daño o secuela por falta de accesibilidad, oportunidad, seguridad, pertinencia y continuidad a cargo de la EPS, pretensión que fue acogida por la *A quo* en fallo de fecha 10 de junio de 2020¹⁷ e impugnada por la NUEVA EPS, al considerar *“que no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir ordenes 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 autorizados*^{18”}.

¹⁶ Folio 27.

¹⁷ Folio 144 y ss.

¹⁸ Folio 163 y 164.

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.

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”*¹⁹.

En la respuesta a la acción de tutela fue manifestado por la NUEVA EPS que BLANCA NUBIA PEÑA se encuentra activa en el Sistema General de Seguridad social en salud en el régimen subsidiado de dicha entidad²⁰. Según lo narrado por la accionante y lo anotado en la solicitud de autorización de servicios de fecha 5 de febrero de 2020²¹ tiene diagnóstico de “CATARATA NUCLEAR Y SUBCAPSULAR POSTERIOR H2541AO”, la que según se desprende del mismo documento está siendo tratada en la Clínica de Oftalmología San Diego S.A., ubicada en la ciudad de Cúcuta.

Según orden médica, fecha de cita y solicitud de autorización de servicio²², la actora se encuentra en tratamiento médico para su patología de “CATARATA NUCLEAR Y SUBCAPSULAR POSTERIOR H2541AO”, la cual requiere continuidad y permanencia, es así como se le ordenó el medicamento

¹⁹ T-259 de 2019.

²⁰ Folio 85.

²¹ Folio 27.

²² Folios 25 a 27.

“POLIMIXINAB6000+NEOMICINA0.35+DEXAMETASON solución oftálmica A0,1%5ML” y valoración por córnea.

Se evidenció con la presente acción que BLANCA NUBIA PEÑA ha tenido dificultad para adelantar el desarrollo de su tratamiento médico por falta de autorización para el medicamento ordenado por el médico tratante, lo que constituye indirectamente una negación a los servicios de salud.

Aunado a lo anterior, se conoce que es una persona de 51 años de edad, ama de casa, vive con su hijo Fredy Javier Peña, quien se dedica a la actividad informal de lustrador de botas, cuyo ingreso es el sustento diario de los dos²³, circunstancias que convierten a la accionante en un sujeto vulnerable²⁴ 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”*²⁵ y BLANCA NUBIA 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”*²⁶, respecto de la patología diagnosticada de “CATARATA NUCLEAR Y SUBCAPSULAR POSTERIOR H2541AO”, conforme sea dispuesto por el médico tratante. En consecuencia, y respecto a este asunto se confirmará el fallo de primera instancia.

CUBRIMIENTO DE LOS GASTOS DE TRANSPORTE, ALOJAMIENTO Y ALIMENTACIÓN PARA LA PACIENTE. -

En el numeral tercero del fallo impugnado la *A quo* dispuso ordenar a la NUEVA EPS que en caso de que la accionante llegara a requerir desplazarse a otra ciudad para recibir servicios de salud para tratar la patología que la aqueja, *“le suministrara a ella los gastos de traslado (ida-regreso), alimentación y alojamiento a que haya lugar”*.

²³ Folio 24.

²⁴ En varias oportunidades, esta Corporación ha expresado que los comerciantes informales han sido considerados población en situación de vulnerabilidad y marginación social T-701 de 2017. En sentencia T- 409 de 2019 señaló que dentro de la población más vulnerable “se encuentran las “personas de escasos recursos, (...) grupos vulnerables y (...) sujetos de especial protección”

²⁵ Sentencia T-259 de 2019.

²⁶ Sentencia T- 409 de 2019

Con relación a esta prestación, la Corte Constitucional ha manifestado, entre otras en la sentencia T- 491 de 2018, reiterada recientemente en el fallo T- 259 de 2019:

En consecuencia, en principio, el transporte, fuera de los eventos contemplados por el PBS, correspondería a un servicio que debe ser sufragado únicamente por el paciente y/o su núcleo familiar. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la ausencia del servicio de transporte puede constituir, en ciertas circunstancias, una barrera de acceso a los servicios de salud, y que existen situaciones en las que los usuarios del sistema de salud requieren un servicio de transporte que no está cubierto expresamente por el PBS para acceder a los procedimientos médicos asistenciales ordenados para su tratamiento son requeridos con necesidad. En estos casos, la Corte ha establecido que las EPS deben brindar dicho servicio de transporte no cubierto por el PBS cuando **“(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”**^[150].

Asimismo, esta Corporación no solo ha previsto la necesidad de reconocer el servicio transporte para el usuario sino también para un acompañante en la medida en que el PBS con cargo a la UPC no contempla esa posibilidad. Para tal fin, se deberá corroborar que el paciente **“(i) dependa totalmente de un tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y, (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero”**^[151].

Y frente a la alimentación y alojamiento la misma Corporación señaló:

“4.2. Alimentación y alojamiento. La Corte Constitucional reconoce que estos elementos, en principio, no constituyen servicios médicos, en concordancia, cuando un usuario es remitido a un lugar distinto al de su residencia para recibir atención médica, los gastos de estadía tienen que ser asumidos por él o por su familia. No obstante, teniendo en consideración que no resulta posible imponer barreras insuperables para asistir a los servicios de salud, excepcionalmente, esta Corporación ha ordenado su financiamiento.

Para ello, se han retomado por analogía las subreglas construidas en relación con el servicio de transporte. Esto es, (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”**²⁷.

²⁷ T-259 de 2019.

De conformidad con este marco jurisprudencial, el reconocimiento del servicio de transporte y viáticos no es automático, sino que se encuentra condicionado a la satisfacción de unos prerrequisitos²⁸. Con relación a las expensas para el desplazamiento del propio paciente, se tiene que con la presentación de la queja constitucional no se presentaron órdenes médicas pendientes que requieran la prestación del servicio fuera del municipio de Pamplona (lugar de residencia de la accionante), si bien se allegó una orden para valoración por córnea²⁹, también se incorporó documento que indica como fecha para la cita el 5 de mayo³⁰.

No obstante lo anterior, está demostrado que la accionante fue diagnosticada con “CATARATA NUCLEAR Y SUBCAPSULAR POSTERIOR H2541AO” para lo que está recibiendo tratamiento médico por parte de la EPS y además de pertenecer al SGSS subsidiado³¹, se planteó que ni la paciente ni su hijo FREDY JAVIER PEÑA, con quien vive, cuentan con los recursos económicos para su desplazamiento a otra ciudad ante una eventual orden médica expedida por el médico tratante³².

El precedente jurisprudencial ha reconocido que la ausencia del servicio de transporte puede llegar a constituir una barrera en el acceso a los servicios de salud cuando el usuario o su familia no cuenten con la capacidad económica para sufragarlos³³, situación que se presenta en el caso bajo estudio.

En consecuencia, la NUEVA EPS está en la obligación de cubrir los gastos que implica el desplazamiento (transporte y viáticos) a otra ciudad si así lo determina y ordena el médico tratante de BLANCA NUBIA PEÑA.

Si bien la EPS alega que dicho servicio no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios en Salud, *“debe recordarse que las listas de exclusiones son taxativas y, en concordancia con el principio de integralidad, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva y, a la inversa, la interpretación y aplicación de las listas de inclusiones*

²⁸ “15. Ahora bien, en estas providencias se advierte que esta Corporación cuando analiza el reconocimiento de alojamiento y alimentación, toma en cuenta las reglas jurisprudenciales anotadas en el acápite anterior para otorgar el servicio de transporte de los usuarios del SGSSS que requieren trasladarse a una ciudad distinta a la de su residencia para acceder al tratamiento médico prescrito:

(i) La falta de recursos económicos por parte del paciente y sus familiares no les permitan asumir los mismos y (ii) de no prestarse tal servicio se genere un obstáculo que ponga en peligro la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente”. Corte Constitucional, sentencia T 309 de 2018.

²⁹ Folio 27.

³⁰ Folio 26.

³¹ “11. Por otra parte, se advierte que la Corte, en sentencias como la T-970 de 2008 y T-260 de 2017, ha concluido que existe presunción de incapacidad económica en materia de acceso a los servicios de salud para personas que se encuentran afiliadas al Sisbén, ya que hacen parte de la población con menor ingreso económico”. Corte Constitucional, sentencia T 309 de 2018.

³² Folio 24.

³³ “(iii) En ambos casos, las demandantes se han visto expuestas a barreras que les impiden el goce efectivo de los servicios de salud. Es decir, no resulta eficaz autorizar y cubrir los servicios contemplados en el Plan Básico de Salud (PBS) y, sin embargo, no ofrecer las garantías de acceso correspondiente, lo cual constituye una indirecta negación de los servicios”. Corte Constitucional, sentencia T 259 de 2019.

*tienen que ser amplias*³⁴, por lo que el servicio de transporte y viáticos aquí estudiado, y en las condiciones referidas, puede ser ordenado mediante este trámite.

Por lo anterior se confirmará el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pamplona el 10 de junio de 2020.

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:

“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**

³⁴ T-491 de 2018

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 pronunciamientos³⁵.

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,

³⁵ Radicado 54-518-31-89-001-2018-00061-01 de fecha 20 de junio de 2018 M.P. JAIME RAÚL ALVARADO PACHECHO

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela proferida el 10 de junio de 2020 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pamplona, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

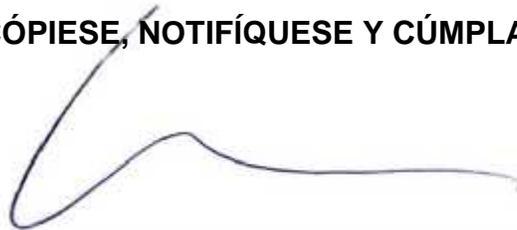
SEGUNDO: NEGAR la pretensión subsidiaria de reembolso, conforme se anoto en la parte motiva.

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 según las directrices consignadas en el Acuerdo PCSJA20-11594 de 13 de julio de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura.

La presente decisión fue discutida y aprobada en Sala virtual el día diecisiete (17) de Julio de dos mil veinte (2020).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Magistrado



JAIME RAUL ALVARADO PACHECO

Magistrado



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ

Magistrado