



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, 21 de abril de 2021

Acta No. 034

| | |
|------------|--|
| Radicado | 54-518-31-84-002-2021-00022-01 |
| Accionante | INDIRA SORAYA TORRES RAMÓN agente oficiosa de ANA GERTRUDIS RAMÓN PULIDO |
| 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 11 de marzo de 2021 proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Pamplona.

ANTECEDENTES

HECHOS¹.-

INDIRA SORAYA TORRES RAMÓN, refiere que su madre ANA GERTRUDIS RAMÓN PULIDO, tiene 86 años de edad, se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud en el régimen subsidiado de la NUEVA EPS y actualmente está diagnosticada con *“ARTROSIS PRIMARIA GENERALIZADA VIRUS DEL*

¹ Folio 5 y 6 del 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 24 de marzo de 2021.

HERPES ZOSHTER, HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA), HIPOTIROIDISMO, NO ESPECIFICADO, CONJUNTIVITIS, NO ESPECIFICADA”.

Refiere la accionante que el 8 de febrero de 2021 el médico tratante de la IPS MEDICUC le ordenó a ANA GERTRUDIS medicamentos y cuidador 12 horas para el mes de febrero, servicio éste que fue negado por la NUEVA EPS “*manifestando que los cuidadores deben ser el grupo familiar, sin tener en cuenta lo ordenado por la médico tratante*”, situación que empeora el estado de salud de la paciente y la posibilidad de tener una mejor calidad de vida.

Señala que es hija única, trabaja en la ciudad de Bogotá donde tiene la fuente de empleo que le permite obtener recursos económicos para su subsistencia y la de su progenitora quien depende económicamente de ella, siendo que sus ingresos mensuales no superan el salario mínimo.

Aduce que la única persona que acompaña a su madre es una hermana de 76 años de quien no se anotó el nombre, quien no tiene capacidad para realizar las recomendaciones dadas por el médico tratante, siendo insuficientes los ingresos económicos para contratar de manera particular a una persona que brinde apoyo profesional a su madre.

PETICIONES².-

Solicita se amparen los derechos fundamentales a la salud, igualdad, integridad física y vida digna de ANA GERTRUDIS RAMÓN PULIDO, en consecuencia, se ordene a la NUEVA EPS garantizar y autorizar servicio de cuidador 12 horas para el mes de febrero, proceso que se debe garantizar de forma eficaz, ágil y oportuna.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA

El 1 de marzo de 2021³ la *A quo* admitió la acción de tutela formulada por INDIRA SORAYA TORRES RAMÓN agente oficiosa de ANA GERTRUDIS RAMÓN contra la NUEVA EPS, corrió traslado para que en el término de dos días el ente Accionado ejercitara su derecho de defensa, tuvo como pruebas los anexos presentados con

² Folio 6 y 7 ibidem.

³ Folio 19 ibidem.

la acción de tutela y requirió información y documentación tanto a la entidad Accionada como a la Accionante.

El 11 de marzo de 2021 decidió la acción constitucional⁴.

RESPUESTA A LA ACCIÓN

NUEVA EPS⁵.-

Refirió que la accionante se encuentra activa en el Sistema General de Seguridad Social en Salud régimen subsidiado, y resalta “**QUE NUEVA EPS GARANTIZA LA ATENCIÓN A SUS AFILIADOS, A TRAVÉS DE LOS MÉDICOS Y ESPECIALISTAS ADSCRITOS A LA RED PARA CADA ESPECIALIDAD,** y acorde con las necesidades de los mismos, teniendo en cuenta el modelo de atención y lo dispuesto en la normatividad vigente; buscando siempre agilizar la asignación de citas y atenciones direccionándolas a la red de prestadores con las cuales se cuenta con oportunidad, eficiencia y calidad”.

Frente al servicio de enfermería y/o cuidador domiciliario, señaló que no hacen parte del ámbito de la salud y por tanto no está 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.*” Para el caso, no encontró catalogados los criterios excepcionales para otorgar dicho servicio y tampoco evidenció soporte de incapacidad de toda la familia para brindar el cuidado de la paciente, composición del núcleo familiar, profesiones que ejercen, ingresos que perciben y bienes que poseen a su nombre.

Resalta que dicho servicio debe ser definido por el médico tratante, quien define el plan de manejo más idóneo de acuerdo a su criterio por lo que el juez de tutela debe acudir en primer lugar a dicho concepto.

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*”.

⁴ Folio 49 y ss.

⁵ Folio 31 y ss.

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 un auxiliar de enfermería y/o cuidador domiciliario 24 horas, por ser funciones que deben ser asumidas en primera medida por la familia, por no estar contempladas en el ámbito de la salud, 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 IMPUGNADA⁶

Mediante fallo de fecha 11 de marzo de 2021 el Juzgado Segundo 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 representada legalmente por YANETH FABIOLA CARVAJAL ROLON, o quien haga sus veces, *“que en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si no lo ha hecho aún, designar un cuidador a la señora ANA GERTRUDIS RAMON PULIDO por el término dispuesto por el médico tratante en el RECETARIO de fecha 2 de marzo de 2021 y en lo sucesivo cada vez que él se lo prescriba a lo que se debe estar atenta para que se autorice y se materialice la orden, toda vez que se trata de una persona de especial protección constitucional. Así mismo, y sin dilación alguna toda prescripción que*

⁶ Folios 49 y ss.

incluya medicamentos, terapias, exámenes de diagnóstico y en general todo procedimiento prescrito en beneficio de su salud y a una vida digna, esté o no incluido en el Plan Básico de la Salud, correspondiéndole a la accionante efectuar los trámites administrativos que sean necesarios”.

Fundamentó su decisión en que *“La Ley Estatutaria de Salud dispone que este servicio debe ser atendido de manera eficiente, oportuna y eficaz, con calidad para la preservación y el mejoramiento y promoción de la misma, que si se desatiende, suspende o retarda el procedimiento o prescripción médica no satisface las necesidades esenciales para tener una vida en condiciones dignas, afecta la salud y es por ello que de acuerdo a lo resuelto por el médico tratante, éste ha dispuesto en consulta médica domiciliaria la necesidad de un cuidador que justifica en su condición física, la compañía que tiene de una persona mayor que se le dificulta el cuidado y acompañamiento, la edad de 86 años de la paciente, serias limitaciones motoras, y un puntaje Barthel de 30 puntos”.*

Acogió en su integridad la formula médica de la necesidad de un cuidador por provenir del galeno delegado por la EPS, y si éste considera que debe prolongarse deberá procederse de inmediato.

Tuvo en cuenta que *“la accionante es hija única, que debe laborar para su sustento y el de su madre, que lo hace en un lugar distante al domicilio de su progenitora, que ésta es de edad avanzada y físicamente limitada por las dolencias propias de los años y patologías diagnosticadas, su única compañía es una hermana de ella, igualmente mayor, enferma y con dificultad para cuidarla”*, además que ANA GERTRUDIS está afiliada en el régimen subsidiado.

IMPUGNACIÓN⁷

Inconforme con la decisión adoptada por la *A quo*, la accionada NUEVA EPS la impugnó señalando 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, y así mismo no se evidencia el soporte de la incapacidad de toda la familia de brindar el cuidado de la paciente”*.

⁷ Folio 68 y ss.

Señala que “Se desconoce la composición de todo el núcleo familiar, las profesiones que ejercen y los ingresos que perciben, como tampoco se informó de los bienes que se encuentran a su nombre, información necesaria para determinar que se encuentran limitados para brindar este servicio”.

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”.

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”.

Pretende se revoque el fallo objeto de impugnación en cuanto al “servicio de **CUIDADOR DOMICILIARIO 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 “toda vez 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”.

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 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 subsidiariedad⁸.

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 particular⁹.

Por activa tenemos a INDIRA SORAYA TORRES RAMÓN, quien interpone la acción constitucional como agente oficiosa de su progenitora ANA GERTRUDIS RAMÓN PULIDO, por advertir la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, igualdad, integridad física y 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”*¹⁰.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-044 de 1996 M.P.

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 misma¹¹.

En el caso que nos ocupa se encuentra acreditado que ANA GERTRUDIS RAMÓN PULIDO, cuenta con 86 años y tiene graves quebrantos de salud con diagnóstico de “(OSTEO)ARTROSIS PRIMARIA GENERALIZADA VIRUS DEL HERPES ZOSHTER, HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA), HIPOTIROIDISMO, NO ESPECIFICADO, CONJUNTIVITIS, NO ESPECIFICADA” situaciones que le impiden ejercer directamente la acción de tutela.

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.

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.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-968 de 2014.

¹² Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

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.

Para el caso *sub judice*, se tiene que la anomalía se desencadenó el 8 de febrero de 2021¹⁴, fecha en que el médico tratante prescribió el *Servicio de Cuidador* a la Agenciada, el cual no fue suministrado por la NUEVA EPS, por tanto, habiéndose presentado la acción de tutela el 1 de marzo de 2021, 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 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).

¹⁴ Hechos de la demanda fl.5.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-091 de 2018.

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].

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

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

De esa manera, por existir debilidades constitutivas en el mecanismo de resolución principal, ser ANA GERTRUDIS una persona de la tercera edad con graves quebrantos de salud¹⁶, lo que la hace un sujeto de especial protección constitucional, se dará por satisfecho este requisito.

CASO CONCRETO.-

INDIRA SORAYA TORRES RAMÓN agente oficiosa de ANA GERTRUDIS RAMÓN PULIDO, pretende que se amparen los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida de su progenitora, a quien la NUEVA EPS no ha suministrado el servicio de cuidador domiciliario 12 horas al día. Además, solicita que se le garantice un proceso eficaz, ágil y oportuno.

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*

¹⁶ Folio 5 archivo 02Demanda y AnexosTutela102.

*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.*¹⁷

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 tutela¹⁸.

Cuidador Domiciliario. -

En el numeral segundo del fallo impugnado la *A quo* dispuso ordenar a la NUEVA EPS, si aún no lo ha hecho “*designar un cuidador a la señora ANA GERTRUDIS RAMON PULIDO por el término dispuesto por el médico tratante en el RECETARIO de fecha 2 de marzo de 2021 y en lo sucesivo cada vez que él se lo prescriba a lo que se debe estar atenta para que se autorice y se materialice la orden, toda vez que se trata de una persona de especial protección constitucional*”.

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 y que además no están catalogados los criterios excepcionales para otorgar el servicio, ni el soporte de incapacidad de toda la familia para brindar el cuidado de la paciente.

Según se evidencia con el expediente digital al que se tiene acceso, se encuentra que con el escrito de tutela se anexó historia clínica de fecha 08/02/2021 a nombre de ANA GERTRUDIS RAMÓN PULIDO, diligenciada por el doctor OMAR MONSALVE, médico general, adscrito a la IPS MEDICUC¹⁹, el que en el plan de tratamiento anotó X en la casilla de cuidador personal - diurno, turno horas 12, cantidad días 28, - Justificación Médica: Apoyo de actividades de la vida diaria tales

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-1040 de 2008.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-062 de 2017.

¹⁹ Folios 5 y 8 archivo 02DemandaY AnexosTutela102.

como higiene bucal, alimentación oral, baño, cambios de posición, vestirse, acompañamiento necesidades fisiológicas y apoyo para moverse²⁰, además, en el análisis psicosocial señaló que “*LA PACIENTE TIENE 86 AÑOS DE EDAD, SERIAS LIMITACIONES MOTORAS, PUNTAJE BARTHEL DE 30 POR LO QUE SE SOLICITA CUIDADOR SECUNDARIO 12 HORAS DIURNO*”.

En la historia clínica allegada por la accionante el 3 de marzo de 2021 y de fecha 02/03/2021²¹ en virtud del requerimiento hecho en el auto admisorio²², se evidencia que se volvió a ordenar por el médico tratante el cuidador personal diurno por 12 horas por 31 días a ANA GERTRUDIS RAMÓN PULIDO.

Observándose de esta manera que existe la orden del servicio de cuidador domiciliario a ANA GERTRUDIS dada por su médico tratante, atendiendo la edad, las limitaciones motoras y el puntaje Barthel de 30.

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 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.²³

La misma Corporación ha definido que el cuidador domiciliario así:

(i) Son personas cuya función principal es ayudar en el cuidado del paciente en asuntos no relacionados con el restablecimiento de la salud, sino con la atención de las necesidades básicas. (ii) Esta figura

²⁰ Folios 14 *ibidem*.

²¹ Folio 44.

²² Folio 20.

²³ Corte Constitucional, sentencia T-435 de 2019.

es definida como aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las empresas promotoras de salud. Y (iii) se trata de un servicio que debe ser principalmente brindado por los miembros del núcleo familiar del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que se espera de los parientes de un enfermo. Sin embargo, una EPS, excepcionalmente, podría prestar el servicio de cuidadores con fundamento en un segundo nivel de solidaridad para con los enfermos, el cual le correspondería asumir en caso de que falle el mencionado primer nivel de solidaridad y de que exista concepto del médico tratante que lo avale, tal y como pasa a explicarse²⁴.

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.

En otro pronunciamiento 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.

²⁴ T-260 de 2020.

²⁵ T-096 de 2016.

²⁶ T-435 de 2019.

Atendiendo los anteriores 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.

La agenciada ANA GERTRUDIS RAMÓN PULIDO, según lo narró la accionante INDIRA SORAYA, no tiene recursos económicos pues dependiente de ella, su única hija, quien por razones laborales vive en Bogotá y devenga menos del salario mínimo legal, además, Aquélla vive con su hermana de 76 años (de quien no se indicó el nombre), quien por su avanzada edad no está en capacidad de realizar las recomendaciones del médico tratante. Señaló también la Accionante que no tiene recursos económicos para costear de manera particular a una persona que le brinde apoyo profesional a su progenitora.

Las anteriores manifestaciones que se entienden hechas bajo la gravedad del juramento con la presentación del escrito tutelar y frente a las que no existen pruebas que las desvirtúen. Además, se demostró que la Agenciada se encuentra afiliada al régimen subsidiado de salud, tal cual lo expuso la Accionada en su contestación a esta acción²⁷.

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.

²⁷ “Verificando el sistema integral de NUEVA EPS, se evidencia que la accionante está en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO”, folio 31.

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.

En reciente pronunciamiento el cual fue referido por la entidad accionada, la Corte Constitucional señaló:

Frente a este contexto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: (1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.

Atendiendo los parámetros señalados por la Corte Constitucional para brindar el servicio de cuidador domiciliario, en el caso concreto existe certeza clínica de la necesidad del servicio de cuidador, pues así lo determinó el médico tratante, y si bien la accionante INDIRA SORAYA sería la primera llamada a cuidar a su progenitora, se conoce que no reside en el municipio de Pamplona, labora para su sustento y el de su madre y no cuentan con los recursos económicos para pagar un cuidador²⁹. Frente a la capacidad económica del usuario de salud, debe recordarse que la jurisprudencia ha establecido una presunción de incapacidad económica para quienes se encuentren afiliados en el régimen subsidiado (cual es el caso de la Agenciada)³⁰.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia T 154 de 2014.

²⁹ 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

³⁰ "Cuando el usuario en salud afirma no tener la capacidad económica para asumir los costos que implica una atención médica debido a su condición de discapacidad, el juez constitucional, en aplicación del artículo 20 del decreto 2591 de 1991, habrá de tener por cierta dicha afirmación si la otra parte no lo controvierte, **en consonancia con la presunción de incapacidad en materia de acceso a los servicios de salud para las personas afiliadas al Sisbén**; en este sentido, se colige que las afirmaciones que realizan los usuarios del SGSSS sobre su capacidad económica se amparan por el principio de buena fe, por lo cual, la negativa indefinida sobre la posesión de recursos económicos se presume veraz hasta que la EPS desvirtúe dicha presunción". Corte Constitucional, sentencia T 329 de 2018. (Negrilla fuera de texto).

De otro lado, aunque se manifestó que ANA GERTRUDIS vive con una hermana, ésta cuenta con 76 años de edad, siendo a su vez un adulto mayor, por lo que tal carga desborda su capacidad física, concluyendo que el primer nivel de solidaridad que es la familia no puede garantizar los cuidados requeridos por imposibilidad material, corresponde al sistema de salud suplir dicha carencia.

Además de lo anterior no puede perderse de vista que:

Los adultos mayores son sujetos de especial protección, debido a que se encuentran en una situación de desventaja por la pérdida de sus capacidades causada por el paso de los años. Según la Corte Constitucional, los adultos mayores sufren del desgaste natural de su organismo y, con ello, del deterioro progresivo e irreversible de su salud, lo cual implica el padecimiento de diversas enfermedades propias de la vejez. Lo anterior requiere, en consecuencia, que se garantice a los adultos mayores la prestación de los servicios de la salud que requieran³¹.

Bajo las anteriores circunstancias corresponde a la EPS autorizar el servicio de cuidador domiciliario ordenado por el médico tratante como plan de tratamiento para ANA GERTRUDIS RAMÓN PULIDO, 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 GERTRUDIS, quien requiere de asistencia permanente para afrontar las actividades de la vida cotidiana.

De la Atención Integral en Salud. -

INDIRA SORAYA solicitó “Ordenar al DIRECTOR DE NUEVA EPS S.A.S y/o quien corresponda que garantice y autorice de manera permanente (es decir que no haya dilación alguna) según formulario médico emitido por la IPS MEDICUC con fecha de aprobación 08/02/2021.” Fue así como la A quo en fallo de fecha 11 de marzo de 2021³² ordenó además “Así mismo, y sin dilación alguna toda prescripción que incluya medicamentos, terapias exámenes de diagnóstico y en general todo procedimiento prescrito en beneficio de su salud y a una vida digna, esté o no incluido en el Plan Básico de la Salud, correspondiéndole a la accionante efectuar los trámites administrativos que sean necesarios”.

³¹ Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020.

³² Folio 49.

Decisión que también fue 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 médicas y la cobertura que establece la Ley para el Plan de beneficios de Salud. (...) 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”.

Al respecto cabe recordar que la prestación del servicio de salud debe ser continua y completa, es decir, “integral”, principio expresamente consagrado en el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015³⁴ y reiterado por el numeral 1 del artículo 3 de la Resolución 2481 de 2021 del Ministerio de Salud³⁵.

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*”³⁶.

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*”³⁷, siendo obligación de las Entidades Promotoras de Salud garantizar y ofrecer los servicios de salud a sus afiliados de manera integral, continua, coordinada, con calidad y oportunidad, lo que implica autorizar las órdenes y prescripciones dadas por el médico tratante.

³³ Folio 76.

³⁴ “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”.

³⁵ “1.- Integralidad. Todos los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC para la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, deben incluir lo necesario para su realización, de tal forma que se cumpla con la finalidad del servicio. según lo prescrito por el profesional tratante”.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T-259 de 2019.

³⁷ Ídem.

Según lo narrado en el escrito de tutela y en las historias clínicas de fechas 08/02/2021 y 02/03/2021³⁸ ANA GERTRUDIS RAMÓN PULIDO tiene diagnóstico de “(OSTEO) ARTROSIS PRIMARIA GENERALIZADA VIRUS DEL HERPES ZOSHTER, HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA), HIPOTIROIDISMO, NO ESPECIFICADO y CONJUNTIVITIS, NO ESPECIFICADA”, 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 por su edad y las *SERIAS LIMITACIONES MOTORAS*.

Con la presentación de esta acción constitucional se evidenció que ANA GERTRUDIS ha tenido dificultad en la prestación del servicio para adelantar el desarrollo de su tratamiento médico por falta de autorización de cuidador domiciliario, mismo 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, deben ser suministrados por la NUEVA EPS.

Aunado a lo anterior, como ya se señaló, es una persona de 86 años de edad, vive con su hermana de 76 años, y pese a que tiene una hija, INDIRA SORAYA, ésta debe trabajar para su sustento económico y el de su progenitora, devengando menos del salario mínimo, circunstancias que convierten a ANA GERTRUDIS en un sujeto vulnerable³⁹ y de protección constitucional para el goce efectivo de sus derechos.

Teniendo en cuenta la finalidad del tratamiento integral y dado que ANA GERTRUDIS 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 atención⁴⁰, respecto del diagnóstico “(OSTEO) ARTROSIS PRIMARIA GENERALIZADA VIRUS DEL HERPES ZOSHTER, HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA), HIPOTIROIDISMO, NO ESPECIFICADO y CONJUNTIVITIS, NO ESPECIFICADA conforme sea dispuesto por el médico tratante, pretensión que aún cuando no fue clara “al juez de tutela le

³⁸ Folio 13 y 44.

³⁹ 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”

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia T- 409 de 2019.

asiste el deber constitucional de disponer el amparo de los derechos fundamentales que encuentren amenazados o vulnerados, así el peticionario no haya implorado su protección de forma expresa. Incumplir dicho imperativo no solo llevaría consigo la denegación en la administración de justicia, sino también implicaría el desconocimiento de esos derechos fundamentales, a la luz de los postulados de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, primacía de los derechos inalienables del ser humano, prevalencia del derecho sustancial sobre las formas y justicia material”⁴¹.

Atendiendo las consideraciones expuestas, encuentra la Sala que razón le asistió al Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Pamplona cuando señaló que la entidad accionada le ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas a ANA GERTRUDIS RAMÓN PULIDO, 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 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:

“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**

⁴¹ Sentencia T- 338 de 2019.

autorizó en cumplimiento de una acción de tutela: (i) la entidad promotora de salud deberá cumplir inmediatamente la orden de protección del derecho a la salud y podrá iniciar el proceso de recobro una vez el fallo se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que la autorización del servicio de salud y el procedimiento de recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del proceso de revisión que se surte ante la Corte Constitucional; (ii) **no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se debe autorizar el recobro ante el Fosyga como condición para autorizar el servicio médico no cubierto por el POS ni para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. La EPS debe acatar oportunamente la orden de autorizar el servicio de salud no cubierto por el pos y bastará con que en efecto el administrador del Fosyga constate que la entidad no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC;** (iii) en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca, sin que pueda negarse el reembolso con base en la glosa "Principio activo en POS" cuando el medicamento de marca sea formulado bajo las condiciones señaladas en el apartado 6.2.1 de esta providencia (...).

(...)

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

De otra parte, frente a lo solicitado subsidiariamente por la entidad accionada, en cuanto a que en el evento de amparar los derechos invocados, se le ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos que asuma en cumplimiento del fallo de tutela, advierte la Sala que no han sido pocos los pronunciamientos de este Tribunal sobre el tema, en el que se puntualiza que para el efecto está previsto un trámite administrativo, sin que este mecanismo sea el sendero para ordenar el pago de sumas de dinero. Es así como se ha dicho⁴²:

⁴² Sentencia del 22 de septiembre de 2017, M.P. Jaime Raúl Alvarado Pacheco, radicación 54-518-31-04-001-2017-00157-01.

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 (...)’⁴³.

Así mismo, rememorando el emitido el 18 de noviembre de 2015⁴⁴:

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

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

Determinaciones igualmente referenciadas en sentencias del 07 y 16 de marzo de 2018, radicaciones 54-518-31-12-002-2018-00011-01 y 54-518-31-87-001-2018-00042-01, respectivamente; 07 de junio de 2019, radicación 54-518-31-04-001-

⁴³ Sentencia STL6080 de 2017.

⁴⁴ Radicación 54-518-31-12-001-2015-00070-01 M.P. JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ.

2019-00064-01 y 28 de mayo de 2020, radicación 54-518-31-84-001-2020-00040-01⁴⁵.

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 pronunciamientos⁴⁶. Petición que en todo caso ya había sido decidida y negada por el juzgado de conocimiento.

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 11 de marzo de 2021 por el Juzgado Segundo 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 21 de abril de 2021.

⁴⁵ M.P. Jaime Andrés Mejía Gómez.

⁴⁶ Radicado 54-518-31-89-001-2018-00061-01 de fecha 20 de junio de 2018 M.P. Jaime Raúl Alvarado Pacheco.
Radicado 54-518-31-12-001-2020-00048-01 de fecha 17 de julio de 2020 M.P. Nelson Omar Meléndez Granados.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Magistrado



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Magistrado



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ

Magistrado

Firmado Por:

**NELSON OMAR MELENDEZ GRANADOS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 TRIBUNAL SUPERIOR PAMPLONA**

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:

3247f892ab1d50c6f9c2b51a7a0e65d501f20c72c964decf3e92390e05c85c6a

Documento generado en 21/04/2021 03:47:37 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>