



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, 18 de marzo de 2021
Acta No. 023

Radicado	54-518-31-12-002-2021-00014-00
Accionante	MARISOL SARMIENTO VILLAMIZAR
Accionada	NUEVA EPS
Vinculados	-.INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER -.ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES)

ASUNTO

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la NUEVA EPS contra el fallo de tutela de fecha 12 de febrero de 2021 proferido por el Juzgado Segundo Civil Laboral del Circuito de Oralidad de Pamplona.

ANTECEDENTES

HECHOS¹.-

En nombre propio, MARISOL SARMIENTO VILLAMIZAR reclamó la protección de sus derechos fundamentales “a la vida en condiciones dignas, la salud, a la seguridad integral y a la igualdad”, presuntamente vulnerados por NUEVA EPS.

¹ Folio 4 y 5 cuaderno electrónico de primera instancia enviado por el aplicativo One Drive.

Manifestó que tiene 53 años, se encuentra afiliada a la NUEVA EPS en régimen subsidiado desde el 01/06/2015 y es madre cabeza de familia.

Fue diagnosticada con las patologías de “M329 LUPUS ERITEMATOSO SISTÉMICO, SIN OTRA ESPECIFICACIÓN, M069 ARTRITIS REUMATOIDE, NO ESPECIFICADA, M797 FIBROMIALGIA, M350 SÍNDROME SECO (SJÖGREN), las que han sido tratadas por el especialista “Dr. JAVIER RAMÍREZ FIGUEROA del CENTRO PARA EL MANEJO DE ARTRITIS Y LA OSTEOPOROSIS – BIOREUMA”, de la ciudad de Cúcuta, quien le ha prescrito medicamentos esenciales como “HIDROXICLOROQUINA TABLETA 200 MG, PREDNISOLONA TABLETA 5 MG, CALCITRIOL CÁPSULA 0.25 MG, METOTREXATO SÓDICO TABLETAS”

Narra que, pese a que en cada consulta el médico le formula HIDROXICLOROQUINA TABLETA 200 MG, para un periodo de 4 meses, la farmacia omite hacer la entrega, lo que ocurre desde el mes de diciembre de 2019, con excepción del mes de agosto de 2020 donde le entregaron dos cajas de dicho medicamento, cada una de 20 pastillas.

Considera que *“en realidad no se ha llevado a cabo un tratamiento integral debido a la negligencia y la omisión continua de quienes deben velar porque se garantice la entrega de tan citado medicamento que es esencial para tratar las patologías que presento (...)”*

PETICIONES².-

Solicita se amparen los derechos fundamentales *“a la vida en condiciones dignas, a la salud, a la seguridad social integral y a la igualdad”*, y en consecuencia, se ordene a la entidad accionada garantizar el tratamiento integral para el suministro de cualquier servicio de salud que le sea prescrito sin dilaciones ni interrupciones respecto del diagnóstico *“M329 LUPUS ERITEMATOSO SISTÉMICO, SIN OTRA ESPECIFICACIÓN, M069 ARTRITIS REUMATOIDE, NO ESPECIFICADA, M797 FIBROMIALGIA, M350 SÍNDROME SECO (SJÖGREN), incluyendo en todo caso la asignación de citas con el médico general y especialistas, exámenes de cualquier índole, la entrega oportuna e ininterrumpida de medicamentos prescritos,*

² Folio 6 ibidem.

hospitalizaciones, procedimientos prequirúrgicos, quirúrgicos, posquirúrgicos, terapias, seguimiento y en general todo aquello que se derive de mis diagnósticos.”

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA

El 1 de febrero de 2021³ la *A quo* admitió la acción de tutela impetrada por MARISOL SARMIENTO VILLAMIZAR contra la NUEVA EPS, vinculó al INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES), corrió traslado por el término de dos días al ente accionado y a los vinculados para que ejercitaran su derecho de defensa, tuvo como pruebas los documentos allegados con la acción de tutela y como prueba de oficio solicitó informe a la accionante.

El 12 de febrero de 2021 decidió la acción constitucional⁴.

RESPUESTA A LA ACCIÓN

NUEVA EPS⁵.-

Por medio de apoderada especial señaló *“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”*.

Que se le ha brindado a la paciente los servicios requeridos y conforme a las prescripciones médicas dentro de la red de servicios contratada.

Que *“ACTUALMENTE EL ÁREA DE SALUD DE NUEVA EPS, ESTÁ REALIZANDO LA GESTIÓN REFERENTE AL PETITUM DE LA PARTE ACCIONANTE EN CUANTO A LOS SERVICIOS DE SALUD QUE ESTÁN CONTEMPLADOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD (...)”*.

³ Folio 25 ibidem.

⁴ Folio 47 y ss ibidem.

⁵ Folio 39 y ss ibidem.

Frente al tratamiento integral solicitado, dice que el mismo se presta por parte de NUEVA EPS a la accionante *“de acuerdo con las necesidades médicas y la cobertura que establece la Ley para el Plan de beneficios de Salud.”*

Considera que *“no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger los 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 le serán autorizados.”*

Que tampoco el juez constitucional está facultado para ordenar prestaciones o servicios de salud sin que medie orden del médico tratante, *“toda vez que no es constitucionalmente admisible que, en su labor de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, sustituya los conocimientos y criterios de los profesionales de la medicina y, por contera, ponga en riesgo la salud de quien invoca el amparo constitucional”*.

Solicita se deniegue por improcedente la acción de tutela y la solicitud de atención integral, y subsidiariamente, en caso de tutelar los derechos fundamentales, solicita se ordene a la ADRES reembolsar los gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura del servicio.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES

Guardo silencio

INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER

Guardo silencio

SENTENCIA IMPUGNADA⁶

Mediante fallo de fecha 12 de febrero de 2021 el Juzgado Segundo Civil Laboral del Circuito de esta municipalidad resolvió tutelar los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, salud y seguridad social integral de MARISOL SARMIENTO VILLAMIZAR y ordenó a la NUEVA EPS *“que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, garantice a la Señora MARISOL SARMIENTO VILLAMIZAR, 1°. La entrega del medicamento “HIDROXICLOROQUINA TABLETA 200 MG.”, en la cantidad y frecuencia ordenadas, y según se siga ordenando por su médico tratante; y 2°. Tratamiento integral para las patologías que padece la accionante: “M329 LUPUS ERITOMATOSO SISTÉMICO SIN OTRA ESPECIFICACIÓN”, “M350 SINDROME SECO (SJOGREN o Sjörgeren)”, “M069 ARTRITIS REUMATOIDE NO ESPECIFICADA”; y “M797 FIBROMALGÍA”.*

Encontró que la Accionante es un sujeto de especial protección constitucional por ser madre cabeza de familia y padecer enfermedades de las catalogadas como de alto costo, por lo que tiene derecho a que sea protegida su vida en condiciones dignas, salud e integridad personal.

Frente al suministro del medicamento *“HIDROXICLOROQUINA TABLETA 200 MG”*, encontró que a la fecha no había sido autorizado ni suministrado en la cantidad y frecuencia ordenada por el médico tratante, por lo que requiere de la protección del derecho a la salud.

Respecto del tratamiento integral consideró necesario su otorgamiento *“teniendo en cuenta que las enfermedades que padece la Señora MARISOL SARMIENTO VILLAMIZAR, la ARTRITIS REUMATOIDEA está catalogada como de alto costo, y el tratamiento requerido para su mejoría tiene que ser dado en forma continua, de calidad y de manera eficiente; y ante la negligencia de NUEVA EPS en el suministro del medicamento “HIDROXICLOROQUINA TABLETA 200 MG.”; en la cantidad y frecuencia como fue ordenado por el médico tratante;”*

También encontró necesario el tratamiento integral respecto del diagnóstico *“M329 LUPUS ERITOMATOSO SISTÉMICO SIN OTRA ESPECIFICACIÓN”, “M350*

⁶ Folio 47 y ss ibidem.

SINDROME SECO (SJOGREN o Sjörgeren)”, “M069 ARTRITIS REUMATOIDE NO ESPECIFICADA”; y “M797 FIBROMALGÍA”, en atención a que “las mismas colocan a la actora en una situación de debilidad manifiesta”.

Frente a la petición subsidiaria de NUEVA EPS de ordenar al ADRES el reembolso de los gastos en que incurra en cumplimiento del fallo de tutela y que sobrepase el presupuesto máximo asignado para la cobertura del servicio, adujo que no es obligación del juez de tutela pronunciarse al respecto *“ya que siempre las EPS han contado con la reglamentación pertinente para que procedan a dicho reembolso, tanto para el régimen subsidiado, como para el contributivo:”*

IMPUGNACIÓN⁷

Inconforme con la decisión adoptada por la *A quo*, la NUEVA EPS la impugnó, pretendiendo:

PRIMERA: REVOCAR la orden del suministro de un **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. 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 la usuaria requiera servicios no les serán autorizados.

SUBSIDIARIA:

PRIMERA: EN SU DEFECTO SI SE LLEGARE A CONFIRMAR EL FALLO DE TUTELA EN RELACION, SE SOLICITA A SU SEÑORIA 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 sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

Considera que la EPS tiene un modelo de acceso a los servicios a través de urgencias o de la IPS primaria asignada a cada afiliado donde puede acceder a los servicios ambulatorios programados, por lo que la integralidad solicitada se presta

⁷ Folio 99 y ss ibidem.

de acuerdo con las necesidades médicas y la cobertura que establece la Ley para el Plan de beneficios de Salud.

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.

Problemas Jurídicos. –

No habiendo sido objeto de impugnación la provisión adecuada del medicamento deprecado, el problema jurídico se contrae a determinar la viabilidad de la orden de tratamiento integral para el caso específico y la posibilidad de orden de reembolso de recursos a cargo de la ADRES.

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

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Nacional, toda persona puede ejercer la acción de tutela mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, siempre que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares.

La acción de tutela resulta procedente cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz para la protección de sus derechos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable.

En esta medida, antes de pronunciarse de fondo sobre el caso concreto, es deber del juez constitucional verificar el cumplimiento de los requisitos generales de

procedencia de la acción de tutela, a saber: (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva, (ii) la inmediatez y (iii) la subsidiariedad⁸.

Legitimación en la Causa. -

Este requisito de procedencia tiene por finalidad garantizar que quien interponga la acción tenga un *“interés directo y particular”*⁹ 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”*¹⁰. 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 la acción de tutela fue interpuesta por MARISOL SARMIENTO VILLAMIZAR en nombre propio, por considerar que la NUEVA EPS está vulnerando sus derechos fundamentales *“a la vida en condiciones dignas, la salud, a la seguridad social integral y a la igualdad”*, encontrando que tiene legitimidad para interponer la acción de tutela por ser la persona a quien presuntamente se le vulneran sus derechos fundamentales.

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.

Conforme a lo analizado se encuentra 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.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T 511 de 2017.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T 176 de 2011.

¹¹ T 091 de 2018, op.cit.

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*, está demostrado en el plenario que MARISOL SARMIENTO VILLAMIZAR fue diagnosticada con “M329 LUPUS ERITEMATOSO SISTÉMICO. SIN OTRA ESPECIFICACIÓN, M350 SÍNDROME SECO (SJÖGREN)”, M069 ARTRITIS REUMATOIDE, NO ESPECIFICADA y M797 FIBROMIALGIA” y para su tratamiento el médico tratante le ha formulado el medicamento “HIDROXICLOROQUINA TABLETA 200MG”, según historia clínica anexa desde el año 2019, orden que se ha prescrito por cuatro meses de manera consecutiva, situación que conlleva a entender que la accionante se encuentra en un tratamiento constante para el manejo de su enfermedad, que la lleva a ingerir diariamente el medicamento ordenado.

Evidenciando el incumplimiento por parte de la EPS de manera continua desde el mes de diciembre de 2019, desencadenado en una vulneración prolongada hasta el momento en que se presentó la acción de tutela.

Encontrando cumplido este requisito debido a que la acción de tutela resulta procedente cuando se mantiene vigente en el tiempo la lesión de los derechos fundamentales presuntamente afectados.

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”¹⁴.

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.

¹⁴Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

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

1.8.2. A raíz de algunos análisis efectuados por el Alto Tribunal^[47], cuando se encuentran de por medio intereses de sujetos de especial protección constitucional (menores de edad, mujeres embarazadas, adultos mayores, personas con disminuciones físicas y psíquicas y personas en situación de desplazamiento), y especialmente por casos estudiados en ésta Sala^[48], se detectaron debilidades en la estructura del procedimiento ante la SNS que desvirtúan, en algunos casos su idoneidad y en otros su eficacia en razón a:

(i) la falta de reglamentación del término en que se debe resolver la segunda instancia cuando se presenta el recurso de apelación; (ii) la ausencia de garantías para exigir el cumplimiento de lo ordenado; (iii) la carencia de sedes de la SNS en todo el país; y (iv) el incumplimiento del término legal para proferir los fallos^[49].

Las debilidades mencionadas han cobrado mayor relevancia, debido a la reciente Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018 realizada por la Sala de Seguimiento de la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional, en donde el Superintendente de Salud aceptó que dicha entidad de vigilancia no cuenta con la infraestructura necesaria para cumplir con los términos del trámite aludido. Puntualmente señaló: “...*hoy no tenemos la infraestructura, la Superintendencia, para responder en los términos que quieren todos los colombianos en el área jurisdiccional, tenemos un retraso que puede estar en **dos y tres años***”^[50]. (Negrilla en original)

Además de lo anterior, se evidenció que los asuntos establecidos en los artículos 41 de la Ley 1122 de 2007 y 126 de la Ley 1438 de 2011 no abarcan en su totalidad las posibles controversias que puedan suscitarse entre los usuarios y sus EPS^[51].

Así pues, para un sector del alto Tribunal, el procedimiento establecido por la Ley 1122 de 2007 y modificado por la ley 1438 de 2011 no es idóneo y tampoco eficaz, pues carece de idoneidad y eficacia, por lo que la acción de tutela se convierte en el único medio de defensa con el que cuentan los ciudadanos para obtener protección de sus garantías fundamentales^[52].

De esa manera, por existir debilidades constitutivas en el mecanismo de resolución principal, estar la Accionante afiliada al régimen subsidiado, no contar con recursos económicos para solventar gastos de los medicamentos y el diagnóstico que padece, se dará por satisfecho este requisito.

De la atención integral en salud. -

MARISOL SARMIENTO VILLAMIZAR 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 “M329 LUPUS ERITOMATOSO SISTÉMICO SIN OTRA ESPECIFICACIÓN, M069 ARTRITIS REUMATOIDE NO ESPECIFICADA, M797 FIBROMIALGIA, M350 SINDROME SECO (SJÖGRN)”, a fin de evitar interrupciones en el tratamiento ordenado por el médico tratante, pretensión que fue acogida por la *A quo* en fallo de fecha 12 de febrero de 2021¹⁵ e impugnado 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*”¹⁶.

Debe recordarse además 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 2015¹⁷, principio reiterado por el numeral 1 del artículo 3 de la Resolución 2481 de 2021 del Ministerio de Salud¹⁸.

Al respecto nuestra Corte Constitucional señaló:

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

¹⁵ Folio 87.

¹⁶ Folio 100.

¹⁷ “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”.

¹⁸ “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”.

decir *“prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”*¹⁹.

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”*²⁰ y MARISOL SARMIENTO VILLAMIZAR 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”*²¹, respecto de la patología diagnosticada de “M329 LUPUS ERITEMATOSO SISTÉMICO. SIN OTRA ESPECIFICACIÓN, M350 SÍNDROME SECO (SJÖGREN)”, M069 ARTRITIS REUMATOIDE, NO ESPECIFICADA y M797 FIBROMIALGIA”, conforme sea dispuesto por el médico tratante.

En síntesis, la integralidad es una característica inherente y constitutiva de la prestación del servicio de salud, y para el caso lo es mucho más, considerando la grave patología que padece la Accionante, su calidad de sujeto de especial protección y la lenidad con la que la EPS ha provisto su tratamiento.

Por lo tanto, se confirmará la orden de tratamiento integral impartida por la *A quo*.

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

¹⁹ T-259 de 2019.

²⁰ Sentencia T-259 de 2019.

²¹ Sentencia T- 409 de 22019

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

(...)

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

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 dicho²²:

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 (...)’²³.

Así mismo, rememorando el emitido el 18 de noviembre de 2015²⁴:

(...) 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.

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

²³ Sentencia STL6080 de 2017.

²⁴ Radicación 54-518-31-12-001-2015-00070-01 M.P. Jaime Andrés Mejía Gómez

Determinaciones igualmente referenciadas en sentencias del 07 y 16 de marzo de 2018, radicaciones 54-518-31-12-002-2018-00011-01 y 54-518-31-87-001-2018-00042-01, respectivamente; 07 de junio de 2019, radicación 54-518-31-04-001-2019-00064-01 y 28 de mayo de 2020, radicación 54-518-31-84-001-2020-00040-01²⁵.

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 pronunciamientos²⁶. 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 12 de febrero de 2021 por el Juzgado Segundo Civil Laboral del Circuito 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.

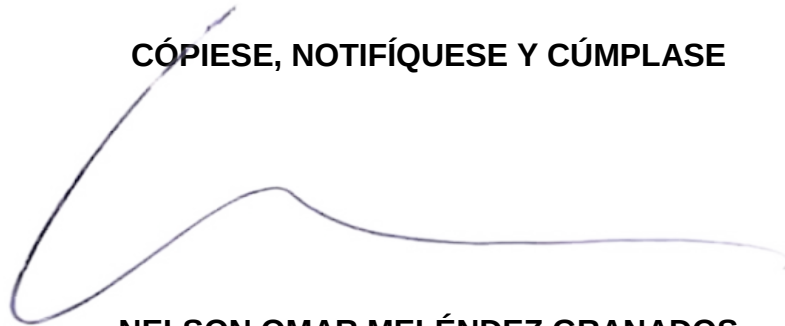
CUARTO: REMITIR la actuación procesal a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

²⁵ M.P. Jaime Andrés Mejía Gómez

²⁶ 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

La presente decisión fue discutida y aprobada en Sala virtual el día 18 de marzo de 2021.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



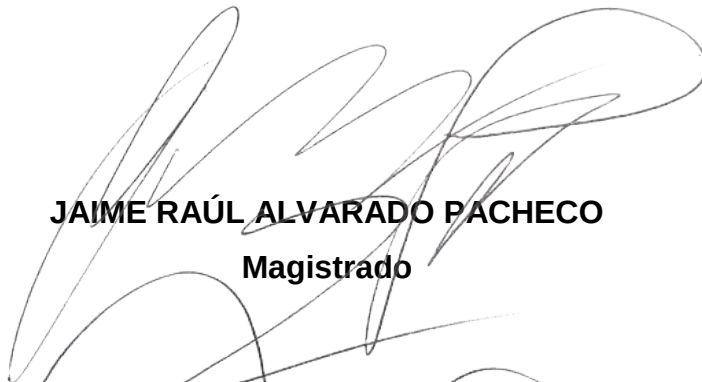
NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Magistrado



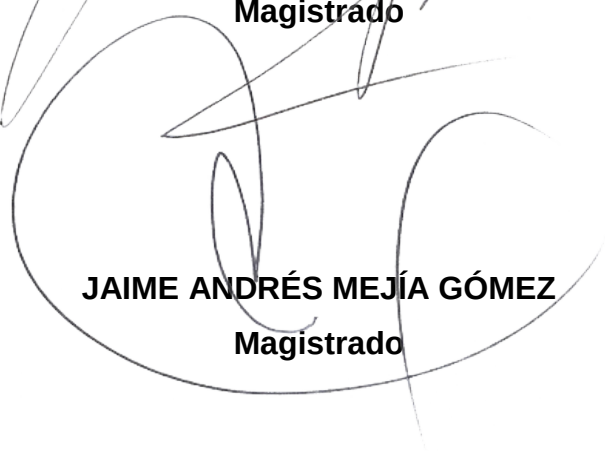
JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

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:

2b4753c81315ea53a5a2983d72b570b70d38a2c255361c1940c11c8d435afd53

Documento generado en 18/03/2021 04:14:14 PM

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