



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN
IMPUGNACIÓN DE TUTELA

Pamplona, diez (10) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Magistrado Ponente

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Aprobado por Acta No. 022

Radicado: 54-518-31-84-002-2021-00171-01
Accionante: MARÍA ELENA RIVERA GÉLVEZ agente oficiosa de DELFINA GÉLVEZ DE RIVERA.
Accionada: NUEVA EPS-S
Apoderado: Dr. MARCO ANTONIO CALDERÓN ROJAS.
Recurrente: La accionada.

I. ASUNTO

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la entidad accionada contra la sentencia proferida el 20 de diciembre de 2021 por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de este Distrito en la acción de tutela de la referencia.

II.- ANTECEDENTES RELEVANTES¹

1. Hechos

La agente oficiosa refiere que:

- 1.1** La agenciada tiene 102 años de edad, requiere cuidados especiales y actualmente se encuentra bajo su cuidado. Igualmente, padece osteoporosis e incontinencia urinaria, requiriendo uso constante de pañales y servicio de enfermera domiciliaria.
- 1.2** Hace parte de una familia de escasos recursos económicos, y el único ingreso percibido por su progenitora es el suministrado por Colombia Mayor, con el que cubren las necesidades de vivienda y alimentación.

¹ Folios 2-15, información que consta en el expediente digitalizado allegado a la Sala para la segunda instancia

1.3 Se encuentra desempleada y su esposo, quien era su apoyo económico falleció, por lo que atraviesan una situación económica difícil.

1.4 Se dirigió a la NUEVA EPS con las órdenes prescritas por el médico tratante, consistentes en la entrega de 180 pañales y el suministro de una enfermera domiciliaria, recibiendo evasivas por parte de la accionada. Pese a los esfuerzos económicos para asumir el costo de los pañales y el servicio de una enfermera domiciliaria, no se encuentra en capacidad de sufragarlos; circunstancias que ponen en riesgo la vida de su progenitora.

1.5 La agenciada es un sujeto de especial protección constitucional por *“ser una persona de la tercera edad y guardar una estrecha relación con el derecho al mínimo vital, a la salud y a la dignidad humana (...)”*.

2. Pretensiones

Tutelar los derechos fundamentales a la salud, a la vida, mínimo vital y protección del adulto mayor; se ordene a la NUEVA EPS suministrar 180 pañales desechables adultos talla M cada tres meses y se asigne atención domiciliaria por enfermería 12 horas diarias por 30 días; se le ordene a la accionada garantice un tratamiento integral sin dilaciones injustificadas.

Como medida provisional solicitó que se entregue de manera inmediata los 180 pañales desechables adultos talla M, ordenados por el médico tratante.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Admisión

El 10 de diciembre de 2021 se admitió la tutela²; se corrió traslado del escrito a la entidad accionada para que dentro de los dos (2) días siguientes ejerciera su derecho a la defensa; se le solicitó informar en qué calidad se encuentra afiliada la señora DELFINA GÉLVEZ DE RIVERA, explicando los fundamentos de hecho y de derecho por los que no ha autorizado los servicios médicos prescritos por el médico tratante en teleconsulta efectuada el 24 de noviembre de 2021.

Accedió a la medida provisional solicitada y en consecuencia ordenó a la Gerente Regional Nororiental de la NUEVA EPS-S Oficina Zonal Cúcuta, que en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas procediera a realizar los trámites administrativos necesarios para

² Folios 22-25 ibídem.

autorizar y hacer efectiva la entrega de los servicios prescritos por el médico tratante en teleconsulta efectuada el 24 de noviembre de 2021.

2. Contestación de la tutela en lo relevante³

El apoderado especial de la NUEVA EPS SA, manifestó que la accionante se encuentra activa en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado; sobre la petición de cuidador afirmó que se encuentra expresamente excluido del Plan Básico de Salud (PBS) y también de aquellos servicios que no pueden ser financiados con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, precisando que mediante la Resolución 244 de 2019 *“se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”*, y por ello no puede la EPS adjudicarse la responsabilidad de suministrar lo solicitado pues por expresa disposición legal no puede ser asumido con cargo a los recursos de salud.

Considera que la tutela resulta improcedente, pues no observa que la aparente vulneración o amenaza se produzca por una actuación u omisión exigible a la entidad, así como no evidencia prueba siquiera sumaria del presunto incumplimiento resaltando que a la afiliada se le brindan los servicios en salud conforme a sus radicaciones de acuerdo con las competencias y garantías.

Respecto del servicio de auxiliar de enfermería y/o cuidador domiciliario enfatiza que no se evidencian órdenes médicas recientes de galenos adscritos a la NUEVA EPS, máxime que el concepto del médico tratante es el criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud.

Hizo alusión al principio de solidaridad que les asiste a los familiares del paciente, y citando la sentencia T-760 de 2008 indicó que debe ordenarse el suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del PBS cuando la falta del servicio ponga en riesgo la vida e integridad del paciente; el servicio sea insustituible por lo cubierto en el PBS; que haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS de afiliación del paciente; y que éste no cuente con la capacidad económica para costear el servicio requerido.

Sobre la naturaleza del cuidador domiciliario destacó que es un servicio prestado por personas no profesionales en salud; brinda un apoyo físico para que la persona pueda realizar las actividades que necesita y le permitan desenvolverse adecuadamente; representa un apoyo emocional para quien lo recibe, y en virtud del principio de solidaridad puede ser prestado

³ Folios 36-69 ibídem.

por familiares o personas cercanas al paciente con una preparación previa, así como un apoyo y seguimiento continuo a la labor del cuidador; entrenamiento que debe ser prestado por la EPS.

Reconoció que existen eventos en que el núcleo familiar se encuentra imposibilitado para brindar el apoyo permanente, esto es, cuando no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas o porque carece de los recursos económicos para asumir el costo de contratar la prestación del servicio. En dichas circunstancias la EPS tiene la obligación de prestar el servicio garantizando los derechos fundamentales del afiliado.

En cuanto al servicio de enfermería domiciliaria, anotó que es una alternativa a la atención hospitalaria institucional, está financiada con recursos de la UPC, solo puede ser prestada por una persona con conocimientos calificados en salud, procede en casos de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas y de alto impacto en la calidad de vida, requiere de una orden médica y son las IPS las responsables de garantizar las condiciones en el domicilio; además debe tenerse en cuenta que del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores propias del deber de solidaridad del vínculo familiar. Por tanto, ante situaciones que impliquen el mero cuidado personal la EPS no tiene la obligación de asumir dichos gastos.

Por lo expuesto *“se debe entender que lo que el usuario requiere es un cuidador y no una enfermera domiciliaria, ya que lo que refiere es ayuda en sus actividades cotidianas”*, resaltando que *“el servicio de cuidador domiciliario, no se encuentra dentro del Plan de Beneficios en Salud-PBS y debe ser tramitado vía MIPRES directamente por el médico tratante y bajo orden médica”*.

En lo atinente al suministro de pañales adujo que es un servicio que no se gestiona, puesto que solo puede ser generado por trámite MIPRES ruta ordinaria al afiliado; no se encuentra dentro del PBS y debe ser tramitado directamente por el médico tratante. Así mismo, que es un producto de higiene personal de acuerdo con el literal h) del Decreto 1545 de 1998.

Frente a la integralidad solicitada por la usuaria, señaló que se brinda de acuerdo con las necesidades médicas y la cobertura establecida para el PBS, subrayando que *“no es dable al fallador emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir, ordenes futuras que no tengan fundamento factico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares (...)”*.

Solicitó denegar la tutela por improcedente, teniendo en cuenta que el servicio de cuidador domiciliario no se encuentra dentro del PBS, *“máxime que no se vislumbra orden médica y prevalece, para cuidado de personas, la familia como principio de solidaridad familiar y su capacidad familiar (...)”*; además se deniegue la solicitud de atención integral y subsidiariamente en virtud de la Resolución 205 de 2020, se ordene a Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del fallo de tutela.

IV. LA DECISIÓN EN LO RELEVANTE⁴

La *a-quo* trajo a colación la sentencia SU 508 de 2020 concerniente al servicio de enfermería y al suministro de pañales, para concluir que la EPS accionada no cumplió con el principio de oportunidad por cuanto actuó con negligencia y sin consideración, resaltando que *“no puede desconocer la historia clínica aportada junto con las órdenes médicas de los servicios, por demás recientes para justificar, tratando de explicar la diferencia en el servicio de cuidador y de auxiliar de enfermería, que no cuenta con orden médica, cuando lo evidente es que no solo de la historia clínica se le corrió traslado, sino de la prescripción médica, que no dijo si era que no correspondía al galeno de la red o por qué no era atendida”*.

Añadió que la accionada no justificó por qué desconoció la prescripción del servicio de enfermería y si admitió la prescripción de pañales desechables, absteniéndose de dar curso a la misma por la ausencia de un deber y obligación del médico tratante, cuando corresponde a la EPS garantizar el servicio para que no se continúen vulnerando injustificadamente los derechos fundamentales.

Así mismo, por no ser oportuno el servicio se pone en riesgo la salud y la vida de la paciente, siendo deber suministrar lo prescrito por el médico y si éste omitió realizar un trámite, ese descuido no puede endilgársele a la accionante. En tal sentido la EPS conoce la enfermedad que padece la accionante y la prescripción del servicio de auxiliar de enfermería y por ende debe suministrarlos, máxime que los mismos están incluidos en el PBS.

Por último, en cuanto a la solicitud de reembolso anotó que conforme a la Resolución No. 205 de 2020 no corresponde al juez constitucional resolver ese asunto. Por tanto, ordenó el servicio de enfermería domiciliaria 12 horas diarias por 30 días y suministrar las 180 unidades de pañales desechables adultos talla M cada 12 horas por 3 meses según la prescripción médica.

⁴ Folios 71-82 ibídem.

V. LA IMPUGNACIÓN⁵

El apoderado de la entidad accionada impugnó el fallo de primera instancia encaminado a que se revoque, sustentando su solicitud en su insistencia en que el servicio de cuidador domiciliario se otorga en eventos excepcionales cuando se configuren los requisitos establecidos por la jurisprudencia, y al no ser un servicio médico, en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar.

En lo referente a la atención domiciliaria destacó que debe ser asumida por la EPS, cuando medie concepto técnico y especializado del médico tratante; procede en pacientes con enfermedad en fase terminal, enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto; además, de su prestación no puede derivarse la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia. *“Por tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, Nueva Eps, en virtud de la jurisprudencia, no tiene la obligación de asumir dichos gastos (...)”*.

Aclaró que el servicio de auxiliar de enfermería solo puede ser prestado por una persona con conocimientos calificados en salud y es diferente al servicio de cuidador, que se dirige a suplir la atención de necesidades básicas y no requiere capacitación especial. De esa forma, resalta que *“se debe entender que lo que el usuario requiere es un cuidador y no una enfermera domiciliaria, ya que lo que requiere es ayuda en sus actividades cotidianas (...)”*.

Se muestra inconforme con la decisión de negar la posibilidad de facultar a la entidad el reembolso de aquellos gastos en que incurra en cumplimiento del fallo de tutela, y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de ese tipo de insumos, argumentando que cuando la EPS debe asumir la prestación de un servicio que no se encuentre dentro del PBS, tiene derecho a recuperar el costo económico que se derive pues lo contrario iría en detrimento del equilibrio financiero; por lo tanto deprecia se revoque el fallo de tutela considerando que el servicio de cuidador domiciliario no se encuentra dentro del PBS y en virtud del principio de solidaridad la familia tiene la obligación de asumir ese cuidado.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

⁵ Folios 91-109 ibídem.

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

2. Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala determinar **i)** si la decisión de primera instancia debe confirmarse o revocarse con fundamento en los argumentos expuestos por el impugnante, y en el entendido para la Sala de que la orden a cargo de la NUEVA EPS consiste en “*disponer, autorizar y concretar el servicio de atención de enfermería domiciliaria 12 horas diarias para 30 días*”; **ii)** si se debe adicionar el fallo de primera instancia en el sentido de ordenar en favor de la NUEVA EPS el recobro del 100% ante LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES) como lo solicita el impugnante.

3. De los servicios de auxiliar de enfermería y de cuidador domiciliario.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido, como la propia entidad accionada lo admite y destaca en sus distintas intervenciones en el presente trámite, que el servicio de auxiliar de enfermería es diferente del concepto de cuidador domiciliario. Una de sus principales diferencias es que el primero solo puede ser brindado por una persona con conocimientos calificados en salud y, el segundo, se dirige a la atención de necesidades básicas que no requieren una formación especial en salud. Así las cosas, la Sala pasa a referirse a las características propias de cada uno de los mencionados conceptos.

La atención domiciliaria (enfermera) se define como:

*“(…) Una modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud y la participación de la familia”^[33] y se encuentra contemplada en la última actualización del Plan de Beneficios en Salud (PBS) como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) (…)*⁶.

El servicio de enfermería supone la existencia de un profesional con conocimientos calificados para realizar determinados procedimientos en salud que tienen como finalidad la mejora en la salud del afiliado; de tal forma expuso la alta Corporación:

“(…) El servicio de auxiliar de enfermería: i) constituye un apoyo en la realización de procedimientos calificados en salud,^[36] ii) es una modalidad de atención domiciliaria en las resoluciones que contemplan el PBS, iii) está incluido en el PBS en el ámbito de la salud, cuando sea ordenado por el médico tratante^[37] y iv) procede en casos de pacientes con

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 2021.

enfermedad en fase terminal, enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de conformidad con el artículo 66 de la Resolución 3512 de 2019 (...)”⁷.

La obligación de suministrar la atención domiciliaria se encuentra a cargo de la EPS; sin embargo no puede ser autorizada directamente por ésta sino que es indispensable que el médico tratante determine de qué forma y bajo qué condiciones debe ser suministrado, pues solo a través del diagnóstico es posible determinar la necesidad del servicio. Por tanto, si el médico tratante estima pertinente prescribir el servicio de enfermería a un paciente, este debe ser garantizado sin reparos por parte de la EPS.

En este respecto la Corte Constitucional acotó:

“(...) 49. En consecuencia, la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, que debe ser asumido por las EPS siempre: (i) que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y (ii) que de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar¹⁷²¹, en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud en virtud de la jurisprudencia no tiene la obligación de asumir dichos gastos¹⁷³¹ (...)”⁸.

Ahora bien, la figura de cuidador domiciliario hace referencia al apoyo físico y emocional que se brinda a una persona que padece una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, y que por su estado de salud no puede realizar las actividades básicas y cotidianas de forma autónoma, y por ende no requiere los conocimientos calificados de un profesional en salud, y por tanto, no tiende al tratamiento de la patología.

Sobre las personas encargadas de prestar el servicio de cuidador domiciliario la Corte Constitucional, señaló que:

“(...) (i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan (...)”⁹.

El alto Tribunal Constitucional ha dicho que en principio, en virtud del principio de solidaridad debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente y no por el Estado. No

⁷ Ibíd.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-423 de 2019.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-154 de 2014

obstante, excepcionalmente la EPS es la encargada de suministrar el servicio de cuidador en el evento en que:

“(…) i) Exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y (ii) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo. Por imposibilidad material se entiende cuando el núcleo familiar del paciente: (a) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (b) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (c) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio (…)”¹⁰.

Establecidas las diferencias entre las dos figuras, se puede concluir que:

“(…) (i) en el caso de tratarse de la modalidad de enfermería se requiere de una orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente, ya que el juez constitucional no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia; y (ii) en lo relacionado con la atención de cuidador, se trata de casos excepcionales derivados de las condiciones particulares del paciente, frente a lo que la Corte ha concluido que es un servicio que, en principio debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este se encuentra materialmente imposibilitado para ello, se hace obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado¹⁰⁵¹ (…)”¹¹.

En lo que concierne al presente estudio, la señora jueza de primer grado resolvió ordenar a la accionada: *“1. Disponer, autorizar y concretar el servicio de ATENCIÓN DE ENFERMERÍA DOMICILIARIA 12 HORAS DIARIA PARA 30 DÍAS”* al encontrar acreditado que en teleconsulta del 24 de noviembre de 2021, el galeno tratante consignó en el diagnóstico de la señora DELFINA GELVÉZ DE RIVERA *“se solicita atención de enfermera domiciliaria 12 horas diarias para 30 días”¹².*

Revisados los argumentos expuestos por el impugnante, se tiene que si bien establece las diferencias entre los servicios de enfermería y de cuidador decantados por la jurisprudencia constitucional, su inconformidad gira en torno a un aparente otorgamiento del servicio de cuidador domiciliario, solicitando expresamente que se revoque el fallo de tutela por cuanto el servicio de cuidador domiciliario *“no se encuentra dentro del Plan de Beneficios en Salud-PBS, máxime que prevalece, para cuidado de las personas, la familia prima como principio de solidaridad familiar (…)”¹³.*

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 2020.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-017 de 2021.

¹² Folios 71-82, información que consta en el expediente digitalizado allegado a la Sala para la segunda instancia.

¹³ Folios 91-101 ibídem.

Bajo estas consideraciones, para esta Corporación queda claro que el impugnante no dirige su argumento a controvertir la orden contenida en el fallo de tutela del 20 de diciembre de 2021, consistente en la autorización del servicio de atención de enfermería domiciliaria, servicio que recuérdese difiere del concepto de cuidador domiciliario de acuerdo con los precedentes extractados previamente, surgiendo evidente que pretende la revocatoria de una orden que no fue emitida en sede constitucional, y en esa medida por carecer de sustento el escrito de impugnación se considera que el fallo en los términos reconocidos debe permanecer incólume, pues reitérese que el médico tratante de la accionante ordenó el servicio de enfermería domiciliaria 12 horas por 30 días¹⁴ y no el servicio de cuidador domiciliario, como de forma confusa lo expone el impugnante.

4. De la facultad de recobro ante el ADRES por parte de las EPS

Frente a la solicitud subsidiaria presentada por la EPS recurrente, en el sentido de que se faculte para que realice el recobro ante el ADRES de todos y cada uno de los gastos que asuma en cumplimiento del fallo en lo que exceda del PBS, advierte la Sala que no han sido pocos los pronunciamientos de este Tribunal sobre el tema¹⁵, 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.

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, 28 de mayo de 2020, radicación 54-518-31-84-001-2020-00040-01 y de marzo 16 de 2021, radicación 54-518-31-12-001-2021-00013-01¹⁶.

Así que en relación a que se autorice a la accionada para que se efectúe el recobro de los servicios y medicamentos NO PBS ante el ADRES, queda claro que es un derecho que aquélla adquiere una vez preste el servicio no incluido en el PBS a la agenciada, el cual tiene origen y fundamento en la ley y no en la sentencia pues no es 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 de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, el siguiente:

¹⁴ De acuerdo con consulta externa del 24 de noviembre de 2021, visible en los anexos al escrito de demanda de tutela, a folios 2-15 del expediente electrónico.

¹⁵ Radicado 54-518-31-89-001-2018-00061-01 del 20 de junio de 2018. M.P. JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO. Radicado 54-518-31-84-001-2020-00094.01. M.P. JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO.

¹⁶ M.P. JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ

“(…) En relación con la autorización del recobro al FOSYGA (hoy ADRES), 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 (…)”¹⁷

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 respecto la Corte Constitucional expuso:¹⁸

“(…) 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 (…)”.

En la sentencia T-760 de 2008, que sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales referidas al derecho a la salud, la Corte Constitucional indicó con relación a la facultad de recobro lo siguiente:

“(…) 4.3.4. En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS (…)”.

En el mismo pronunciamiento puntualizó:

*“(…) 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 práctica 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*

¹⁷ Sentencia STL6080 de 2017

¹⁸ Auto 297 de 2007

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 constataste 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 (...)'". (Resalta la Sala).

Y más adelante dijo:

"(...) 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 (...)"

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

En armonía con lo expuesto, **LA SALA ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

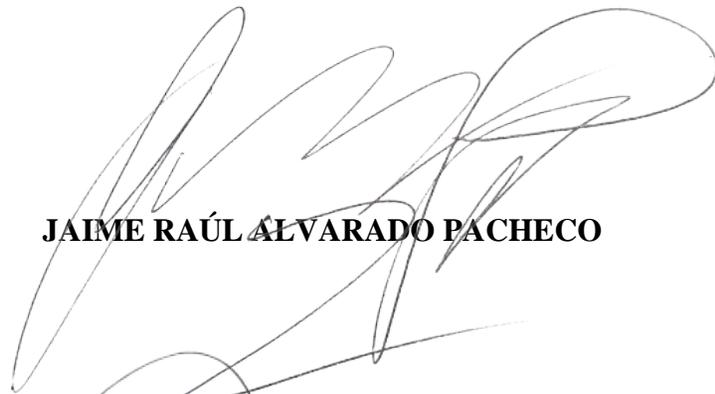
PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA IMPUGNADA por el Apoderado Judicial de la NUEVA EPS proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de este Distrito el 20 de diciembre de 2021.

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

TERCERO: REMITIR la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión de conformidad con el reglamento expedido para ese efecto por el Consejo Superior de la Judicatura.

La presente decisión fue objeto de revisión, discusión y aprobación por vía virtual por parte los integrantes de la Corporación

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Firmado Por:

Jaime Raul Alvarado Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
003
Tribunal Superior De Pamplona - N. De Santander

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

fceb9226e15c1d72a65b19066c5acfb03d6e01194b2c8748c88d5666bce9d5f2

Documento generado en 10/02/2022 11:51:55 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>