

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO
GACHETÁ (CUNDINAMARCA)

Gachetá, Cundinamarca, diecisiete (17) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Acción de tutela No. 25297408900120230106 001

Accionante: Yuri Vanessa Chala Hidalgo, como agente oficiosa de Luis Álvaro Chala Castillo.

Accionado: Famisanar EPS

Sentencia de segunda instancia No. 2023 - 011.

I. OBJETO DE DECISIÓN.

Lo constituye la **IMPUGNACIÓN** presentada por LEONORA CERDAS GÓMEZ, Gerente de la Regional Centro de la EPS FAMISANAR S.A.S, contra la sentencia proferida el 26 de mayo de 2023, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Gachetá (Cundinamarca).

II. LA DEMANDA

La accionante señala en su demanda de tutela que su padre LUIS ÁLVARO CHALA CASTILLO, tiene 62 años y está afiliado a la EPS FAMISANAR debido a la liquidación de la EPS ECOOPSOS.

Indica que su padre, el 6 de junio de 2010, tuvo un accidente quedando con cuadriplejía. Que para el 10 de julio de 2014 presentó acción de tutela ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Gachetá, en la cual se le concedió enfermera domiciliaria por 24 horas.

Señala que el 2 de mayo de 2023 estuvo en cita médica en el Hospital San Francisco de Gachetá y el médico tratante le ordenó: “-enfermera 24 horas; -atención (visita) domiciliaria por medicina general; -crema corporal lubriderm x946ml cada tres meses; -trimecum vulgare crema 15 gr en cantidad de 6 por 90 días; -pañitos húmedos 100 pañitos en cantidad de 300 para 90 días; vaselina tarro 500g en cantidad 3 para 90 días; -gasas estériles x5 en cantidad de 90 para 90 días; -aceite mineral frasco 250 ml cantidad 3 para 90 días; -crema antiescaras 400g en cantidad 9 para 90 días; sodio cloruro 9mg/ml sln inyec bolsa x 500 ml cantidad 6 para 90 días; -sonda Foley No. 12 dos vías cantidad 360 para 90 días; -guante para examen talla m, caja, cantidad 3 para 90 días.”

Afirma que el mismo día, 2 de mayo de 2023, se dirigió a la oficina de Famisanar de este municipio y radicó las solicitudes 98783775- 98783777- 6538877. Que el 8 de mayo volvió a esa sede y no le tenían respuesta a sus radicados. Que llamó a la línea de atención de Famisanar para averiguar sobre el servicio de enfermería domiciliaria y que solo le dieron la radicación No. 214129.

Que mientras se determinaba en qué EPS iba a quedar afiliado su padre, debido a la liquidación de ECOOPSOS EPS, tuvo que pagar el servicio de enfermería y demás insumos que necesitaba su padre, por alrededor de \$2.200.000.

Por lo anterior, solicita: “1. Tutelar los Derechos Fundamentales de LUIS ÁLVARO CHALA CASTILLO de Orden Constitucional consagrados en los artículos 11 y 49 como es a la vida, a la salud, a la vida digna. 2. ORDENAR A LA EPS FAMISANAR para que dentro de las 48 horas siguientes al fallo de tutela autorice y entregue los siguientes servicios **-enfermera 24 horas; -atención (visita) domiciliaria por medicina general; -crema corporal lubriderm x946ml cada tres meses; -trimecum vulgare crema 15 gr en cantidad de 6 por 90 días; -pañitos húmedos 100 pañitos en cantidad de 300 para 90 días; vaselina tarro 500g en cantidad 3 para 90 días; -gasas estériles x5 en cantidad de 90 para 90 días; -aceite mineral frasco 250 ml cantidad 3 para 90 días; -crema antiescaras 400g en cantidad 9 para 90 días; sodio cloruro 9mg/ml sln inyec bolsa x 500 ml cantidad 6 para 90 días; -sonda Foley No. 12 dos vías cantidad 360 para 90 días; -guante para examen talla m, caja, cantidad 3 para 90 días.** 3. Ordenar a la eps famisanar el pago del servicio de enfermera de (sic)”

III. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Gachetá (Cundinamarca) en auto calendado doce (12) de mayo del año en curso, resolvió admitir la presente acción de tutela y dispuso vincular a la Secretaría de Salud de Cundinamarca y al Hospital San Francisco de Gachetá; notificar a la accionada y vinculadas para que ejercieran sus derechos de defensa y se pronunciaran frente a los hechos y pretensiones de esta solicitud de amparo, entre otras disposiciones.

En escrito fechado 15 de mayo de 2023, la Gerente y Representante Legal del Hospital de Gachetá, dio respuesta a la acción de tutela. En esta misma fecha, dio contestación la Secretaría de Salud de Cundinamarca.

El 15 de mayo del año en curso, Famisanar EPS, a través de la Gerente de la Regional Centro y como encargada del cumplimiento de las acciones constitucionales allegó respuesta a la demanda de tutela.

Posteriormente, el 26 de mayo de 2023, el a quo emitió fallo, tutelando el derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida y vida en condiciones dignas de existencia del señor LUIS ÁLVARO CHALA CASTILLO, entre otras disposiciones.

Dentro del término legal, LEONORA CERDAS GÓMEZ, Gerente Regional Centro EPS FAMISANAR S.A.S., allegó impugnación frente al citado fallo y mediante auto proferido el 9 de junio siguiente, el Juzgado de Primera Instancia concedió el recurso impetrado.

IV. FALLO IMPUGNADO.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Gachetá (Cundinamarca), en fallo del 26 de mayo de 2023, luego de hacer un relato de los antecedentes de la actuación y de la naturaleza de la acción de tutela, consideró, entre otras cosas, que la acción de tutela es procedente cuando está en riesgo o se ven afectadas por razones de salud las condiciones de vida digna del paciente, en tanto el derecho a la salud comporta el goce de distintos derechos que deben ser garantizados por el Estado. Que como quiera que se está ante una persona diagnosticada con “DX. CUADRIPLEJÍA”, de la cual se reclama su derecho a la vida en conexidad con el derecho a la salud y vida digna, existe un sólido respaldo constitucional, legal y jurisprudencial, que ampara vigorosamente este derecho, pues se deduce que se halla en delicadas condiciones de salud, según valoración de su médico tratante. Le puso de presente a la EPS, que en caso de que los servicios requeridos no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, esta cuenta con los mecanismos legales para efectos de solicitar el recobro, por lo cual no emitió orden en tal sentido. Señaló que la EPS, en su contestación no menciona haber otorgado o entregado los medicamentos, servicio de enfermería domiciliaria y demás insumos ordenados, pues se limitó a solicitar que no se concediera el tratamiento integral, a sabiendas que esto no lo había solicitado la accionante. Accedió a la protección solicitada, ordenando a la EPS proceder a autorizar y entregar los servicios, insumos y medicamentos ordenados por el médico tratante, aunque no se encuentren dentro del POS, evento en el cual podrá iniciar el recobro de su valor ante la entidad competente.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.

LEONORA CERDAS GÓMEZ, Gerente Regional Centro EPS FAMISANAR S.A.S. y encargada del cumplimiento de las acciones constitucionales, impugnó el fallo de tutela de primera instancia, invocando los mismos argumentos presentados en su contestación ante el a quo, solicitando: REVOCAR la orden de la acción de tutela instaurada por el accionante en contra de FAMISANAR EPS por inexistencia de vulneración de derechos y existencia de tutela previa que amparó los derechos configurándose temeridad, y en su lugar, remitir el presente escrito junto con sus anexos al Juzgado Promiscuo Municipal de Gachetá Rad. 204-00129 para que se tramite como requerimiento en virtud del fallo existente. De otra parte, solicita que, en caso de concederse el amparo, se determine expresamente en la parte resolutive de la sentencia las pretensiones de salud cobijadas por el fallo, así como la patología frente a la cual se otorga el amparo. Que en caso de concederse el amparo, se sirva adicionar la orden a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) de reintegrar a la EPS Famisanar S.A.S., los recursos destinados al suministro de servicios excluidos de la financiación con recursos públicos de SGSSS a través de la UPC y del Presupuesto Máximo, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la prestación del servicio ordenado por el Despacho Judicial.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA.

El 20 de junio de 2023, el Juzgado Civil del Circuito de Gachetá, al hacer el reparto de esta tutela en segunda instancia, asignó el trámite a este Despacho.

Este Juzgado, mediante auto del 21 de junio de 2023, avocó el conocimiento de la presente acción de tutela en segunda instancia, disponiendo enterar a las partes este proveído por el medio más expedito.

V. COMPETENCIA

Este Despacho, por ser el Superior del Juzgado Promiscuo Municipal de Gachetá (Cundinamarca), es competente para conocer de la IMPUGNACIÓN del presente fallo de tutela, conforme lo prevé el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

VI. CONSIDERACIONES DEL AD QUEM.

La Doctrina Constitucional ha sostenido, en concordancia con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, que el objetivo fundamental de la acción de tutela no es otro que la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando los mismos se han visto vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados en la Ley.

Así las cosas, la eficacia de la acción de tutela reside en el deber que tiene el Juez de impartir una orden de inmediato cumplimiento, encaminada a la defensa actual y cierta del derecho en disputa, si lo encuentra vulnerado o amenazado.

Previo a entrar a desarrollar el caso concreto, se abordarán los siguientes temas:

a. El derecho a la salud.

<<2.2.1 El carácter fundamental autónomo del derecho a la salud

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”[1]

Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”[2] (...)

Por otra parte, el derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, cuando define la seguridad social como “... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)”.

En desarrollo del mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993, donde se reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal [4].

Ahora bien, la Corte ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público [5], precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[6]

Sobre la naturaleza del derecho, inicialmente, la jurisprudencia consideró que el mismo era un derecho prestacional. La fundamentalidad dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental – tesis de la conexidad –, y por tanto sólo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de

otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal. (...)

En el año 2001, la Corte admitió que cuando se tratara de sujetos de especial protección, el derecho a la salud es fundamental y autónomo. (...)

En suma, al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de los beneficiarios del sistema de salud. Por lo tanto, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud, se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS o POS-S, vulneran el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo y éste puede ser protegido por la acción de tutela>> (Corte Constitucional, Sentencia T-161/13, marzo 22 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

b. Derecho a la vida en condiciones dignas.

“(…) Por otro lado, respecto de la vida en condiciones dignas, en la sentencia T-041 de 2019¹ la Corte reiteró que la dignidad humana es un valor fundante y constitutivo de nuestro ordenamiento jurídico, un principio constitucional y un derecho fundamental autónomo². Es así, como se ha considerado que la salud, la integridad física, psíquica y espiritual, así como el acceso a las condiciones materiales mínimas de existencia, entre otros, constituyen los presupuestos irreductibles para una vida digna.³ Asimismo, en la sentencia T-033 de 2013⁴, la Corte explicó que el derecho a la salud guarda una estrecha relación con la dignidad humana, debido a que las prestaciones propias de esta prerrogativa, permiten que el individuo desarrolle “*plenamente las diferentes funciones y actividades naturales del ser humano, lo que consecuentemente elev[a] el nivel de oportunidades para la elección y ejecución de un estilo de vida*”⁵.” (Corte Constitucional, Sentencia T-017 del 25 de enero de 2021, M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

c. El goce efectivo del derecho a la salud de las personas en situación de discapacidad. Reiteración de jurisprudencia

4.10. El artículo 13 de la Constitución Política indica que “*todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación (...). Dispone también que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (...), al tiempo que **protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan***”⁶ (Se resalta).

4.11. El precepto constitucional citado, impone al Estado el deber de proteger de manera reforzada a las personas que, por su situación, son sujetos de especial protección. Igualmente los artículos 47 y 54 de la Constitución comportan el fundamento constitucional de protección especial que se da a las personas en condición de discapacidad⁷. Es así, como entre los grupos que el Constituyente quiso incluir como objeto de protección reforzada, se encuentra el de las personas en situación de

¹ M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

² Sentencia C-077 de 2017 y T-881 del 2002, reiteradas en la sentencia T-041 de 2019 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

³ Sentencia T-499 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵ Sentencia T-527 de 2008 reiterada en la sentencia T-041 de 2019 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁶ Artículo 13 de la Constitución Política de 1991, analizado en la sentencia T-232 de 2020 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷ Sentencia T-170 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

discapacidad⁸. Sobre el particular, la Corte en sentencia T-120 de 2017⁹, señaló que a las EPS corresponde:

*“a) Garantizar la accesibilidad e inclusión de las personas con discapacidad en todos sus procedimientos, lugares y servicios; b) Deberán establecer programas de capacitación a sus profesionales y empleados para favorecer los procesos de inclusión de las personas con discapacidad; c) Garantizar los servicios de salud en los lugares más cercanos posibles a la residencia de la persona con discapacidad, incluso en las zonas rurales, o en su defecto, facilitar el desplazamiento de las personas con discapacidad y de su acompañante; d) Establecer programas de atención domiciliaria para la atención integral en salud de las personas con discapacidad; e) **Eliminar cualquier medida, acción o procedimiento administrativo o de otro tipo, que directa o indirectamente dificulte el acceso a los servicios de salud para las personas con discapacidad (...)**” (se resalta).*

(...)

4.16. Por su parte, la Ley 1751 del 2015¹⁰, en su artículo 11, dispone que la atención en salud de las personas en situación de discapacidad no podrá ser limitada *por ningún tipo de restricción administrativa o económica*. Por lo tanto, *“las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención”*.

4.17. En conclusión, es importante puntualizar que el goce efectivo del derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad se rige por una serie de principios que el Estado debe observar y garantizar. Ello, con la finalidad de que los sujetos de especial protección, como las personas en situación de discapacidad, puedan alcanzar los más altos niveles de bienestar y, concretamente, de su estado de salud¹¹. En consecuencia, las entidades encargadas de suministrar los servicios de salud deben asegurar el acceso efectivo a este derecho, así como la plena realización de sus garantías fundamentales¹², sin que en dicho proceso medien restricciones de índole administrativa o económica. (Corte Constitucional, Sentencia T-017 del 25 de enero de 2021, M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

d. Servicios y tecnologías en salud incluidos, no incluidos expresamente y excluidos de financiamiento con recursos públicos.

“El artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 establece que el SGSSS garantizará el derecho fundamental a la salud por medio de *“la prestación de servicios y tecnologías estructurados sobre una concepción integral de la salud”*. Al respecto, se dispone que: (i) en términos generales, los recursos públicos asignados para la salud (en adelante RPAS) podrán destinarse para financiar los servicios y tecnologías que se requieran para la atención de una enfermedad y, (ii) a manera de excepción, los RPAS no podrán destinarse para financiar servicios y tecnologías que se encuentren explícitamente excluidas por el Ministerio de Salud y Protección Social. En otras palabras, la Ley Estatutaria dispone una concepción integral del derecho a la salud, según la cual todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido, se entiende incluido y, por ende, debe prestarse¹³.

Como consecuencia de esta regulación, el mencionado Ministerio profirió: (i) la Resolución 5592 de 2015, por medio de la cual actualizó el conocido Plan Obligatorio de Salud -POS-¹⁴, de tal manera que se comenzó a llamar Plan de Beneficios en Salud con

⁸ Sentencia T-468 de 2018 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰ Ley Estatutaria 1751 de 2015. *“Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”*.

¹¹ Sentencia T-339 de 2019 M.P. Alberto Rojas Ríos, en la que se reiteran las sentencias T-887 de 2012, T-298 de 2013, T-940 de 2014, T-045 de 2015, T-210 de 2015 y T-459 de 2015.

¹² Sentencia T-952 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacion, reiterada en la sentencia T-310 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹³ Al respecto, se encuentra la Sentencia T-364 de 2019 M.P. Alejandro Linares Cantillo

¹⁴ Resoluciones 5521 de 2013 y 5926 de 2014.

cargo a la Unidad de Pago por Capitación -PBS o PBSUPC- (recientemente actualizada con la Resolución 3512 de 2019¹⁵); (ii) la Resolución 3951 de 2016, mediante la cual se estableció el procedimiento de prescripción y pago de servicios y tecnologías no cubiertas por el PBSUPC (actualmente la Resolución 1885 de 2018¹⁶); y (iii) la Resolución 5267 de 2017, con la cual se adoptó el listado de servicios y tecnologías excluidos de financiación con RPAS (recientemente actualizada con la Resolución 244 de 2019).

Así las cosas, se observa que el SGSSS prevé tres posibilidades sobre los servicios y tecnologías en salud¹⁷:

(i) Que estos se encuentren incluidos en el PBS y, por tanto, deben ser suministrados y financiados con RPAS (Resolución 5857 de 2018).

(ii) Que estos no estén expresamente incluidos en el PBS y, por ende, deben ser autorizados mediante un trámite de recobro (Resolución 1885 de 2018).

(iii) Que estos sean expresamente excluidos del PBS, en cuyo caso, en principio, no podrán ser financiados con RPAS (Resolución 244 de 2019).

Esta diferenciación entre servicios y tecnologías en salud expresamente incluidos, no expresamente incluidos y expresamente excluidos del PBS obedece a que existen diferentes fuentes de financiación de los servicios y tecnologías en salud, y normatividad aplicable para cada categoría.

De esta forma, resulta pertinente explicar los alcances de estas posibilidades, como se indica a continuación. (...)

7.2. Servicios y tecnologías no incluidos expresamente en el PBS - Resolución 1885 de 2018. De conformidad con lo ya expuesto, según lo previsto en el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por regla general, los servicios y tecnologías que no se encuentren expresamente excluidos¹⁸, deben ser prestados a los pacientes, así no se encuentren explícitamente incluidos en el PBS¹⁹. Por tal motivo, **la Resolución 1885 de 2018 estableció el procedimiento administrativo con el cual se define el acceso, reporte de prescripción y suministro de servicios y tecnologías no incluidas en el PBS, entre otras²⁰. Además, dicha Resolución reguló el correspondiente procedimiento de recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante ADRES).** La jurisprudencia constitucional²¹ ha dicho que el juez de tutela puede autorizar el suministro de elementos no incluidos expresamente en el PBS cuando se acredite que:

- (i) La falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida o a la integridad personal de quien lo requiere.
- (ii) El servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Plan de Beneficios en Salud.
- (iii) Ni el interesado ni su núcleo familiar pueden costear las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada a cobrar y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie²².

¹⁵ Antes, Resolución 5857 de 2018, con la cual se modificó la Resolución 5269 de 2017.

¹⁶ Esta resolución se profirió con el fin de modificar diferentes aspectos de la herramienta tecnológica MIPRES.

¹⁷ Al respecto se encuentra, entre otras, la Sentencia T-464 de 2018 M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹⁸ Según el listado expreso de la Resolución 244 de 2019.

¹⁹ Ver las sentencias T-014 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-314 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; y T-558 de 2018. M.P. Iván Humberto Escruera Mayolo.

²⁰ Con esta resolución también aplica de manera general a los servicios y tecnologías en salud no financiados con recursos de la UPC y a los servicios complementarios.

²¹ Ver, entre otras, la Sentencia T-491 de 2018 M.P. Diana Fajardo Rivera.

²² En relación con la capacidad económica de los accionantes, la Corte ha presumido de hecho que una persona afiliada al régimen subsidiado en salud no está en capacidad de cubrir los costos de los servicios o tecnologías complementarias no incluidas en el PBS. Asimismo, respecto de quienes pertenecen al régimen contributivo, esta Corporación ha señalado que el ingreso mensual base de cotización constituye un criterio objetivo para determinar la capacidad de pago del servicio o de la tecnología complementaria. En estos casos, dicho ingreso base de cotización se deberá contrastar con el costo de la prestación requerida y

- (iv) El servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien lo solicita, o se puede deducir razonablemente que la persona requiere dicho servicio.” – Negrilla por el Juzgado- (Corte Constitucional, Sentencia T-245/20, julio 13 de 2020, M.P. Diana Fajardo Rivera).

Caso concreto.

En primer lugar, la recurrente solicita que se revoque el fallo de tutela por inexistencia de vulneración de derechos y existencia de tutela previa que amparó los derechos configurándose temeridad. Sobre este argumento, se debe indicar que, si bien es cierto se advierte un fallo de tutela emitido por el mismo Juzgado Promiscuo Municipal de Gachetá calendarado el 7 de julio de 2014, bajo el radicado 25297408900120140129000, también lo es que, aunque se indicó en dicha decisión que se debía incluir al señor LUIS ÁLVARO CHALA CASTILLO en un plan integral de atención médica, se observa que ésta fue una orden genérica, que no fue específica para conseguir su cabal cumplimiento. Las órdenes de carácter genérico no guardan armonía con la finalidad de la acción de tutela, prevista para proteger derechos fundamentales en concreto.

De otro lado, no se puede partir de la presunción de que la EPS se abstendrá de brindar la atención que requieren los pacientes y al desconocer qué tratamientos, insumos, medicamentos, servicios, entre otros, requieren a futuro, se debe adoptar una posición intermedia que garantice la protección de los derechos reclamados, sin lesionar aquellos de que es titular la entidad encargada de prestar los servicios de salud. Así, **se ha dispuesto jurisprudencialmente que el tratamiento integral se debe garantizar respecto de la enfermedad por la que se concedió el amparo constitucional, para obtener la continuidad en el servicio y como mecanismo que busca restablecer la salud de las personas que resultaron afectadas.**

La orden de tratamiento integral, pese a que no fue solicitada en el actual escrito de tutela, cobra gran relevancia en esta oportunidad, ya que estamos frente a un sujeto de especial protección constitucional, dada la discapacidad física que padece LUIS ÁLVARO CAHALA CASTILLO, como consecuencia de la “Cuadriplejía” que se derivó de un accidente que tuvo en el año 2010. Esta es una condición que amerita mantener una atención integral para evitar que se presenten más acciones de tutela y garantizar con permanencia sus derechos a la salud y vida en condiciones dignas. Además, en esta ocasión el médico tratante ordenó la entrega y suministro de otros insumos y

con el número de personas que derivan su sustento de dicho ingreso. Ver, entre otras, las sentencias T-096 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-552 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

servicios, que si bien podían ser objeto de un incidente de desacato, como indica la apelante, esto sin importar la liquidación de la EPS ECOOPSOS y el traslado del usuario a FAMISANAR EPS (pues las obligaciones también se transfieren, como lo son los fallos de tutela), también lo es que dicha orden del anterior fallo de tutela del 2014, como ya se dijo, no fue precisa y clara, pues no expresa respecto a qué diagnóstico habría de garantizársele al paciente atención integral. De modo que, al avizorarse ahora que las ordenes médicas fueron radicadas ante la EPS accionada, y de las mismas no se obtuvieron resultados positivos (lo que generó la presentación de esta solicitud de amparo para buscar la protección de sus derechos fundamentales), en las circunstancias expuestas se hace necesario acceder a tutelar los derechos del accionante dada su especial condición.

Como ya se indicó, dentro de esta actuación constitucional, se encuentra establecido el diagnóstico del agenciado LUIS ÁLVARO CHALA CASTILLO, como lo es “DX Principal CUADRIPLÉJÍA, NO ESPECIFICADA. DX Relacionado INCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA; INCONTINENCIA FECAL; ULCERA CRONICA DE LA PIEL, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE. Tipo de DX Principal: CONFIRMADO REPETIDO.”

De manera que, el tratamiento integral, con miras a la recuperación del paciente, debe ir relacionado con los diagnósticos del médico tratante, lo cual debe ser brindado de forma ininterrumpida, completa, oportuna, diligente y de calidad, para que pueda sobrellevar con dignidad su patología. Sumado a ello, el tratamiento integral permite garantizar la continuidad del servicio y evitar la interposición de acciones de tutela, por cada servicio que prescriba el médico tratante al agenciado. Una de las condiciones para ordenar tratamiento integral, como lo señala la jurisprudencia de la Alta Corporación, es que se trate de sujetos de especial protección constitucional, lo que aquí se cumple, ya que el señor LUIS ÁLVARO CHALA CASTILLO, es una persona con discapacidad física y con 62 años de edad.

Cabe precisar que, el juez constitucional está facultado para emitir fallos extra petita, sin que ello sea desbordado, cuando se trata de garantizar al máximo los derechos fundamentales del accionante, como lo ha indicado la Alta Corporación:

<<4.1. La Corte Constitucional ha reiterado la posibilidad que tienen los jueces de tutela de fallar un asunto de manera diferente a lo pedido²³. Por ejemplo, en la sentencia SU-195 de 2012²⁴ la Sala Plena indicó:

“En cuanto a la posibilidad de que los fallos puedan ser extra y ultra *petita* en materia de tutela, esta Corte de manera pacífica ha señalado que el juez de tutela puede al momento de resolver el caso concreto conceder el amparo incluso a partir de situaciones o derechos no alegados, atendiendo la informalidad que reviste el amparo y además quien determina los derechos fundamentales violados. Así, desde los primeros pronunciamientos se ha sentado esta posición, toda vez que conforme a la condición *sui generis* de esta acción, la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte actora, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales.”²⁵ (Subraya fuera de texto)

4.2. Lo anterior, reiterando lo señalado en la sentencia SU-484 de 2008²⁶, en donde la Corte, al referirse a la aplicación de la facultad extra *petita*, señaló:

“En consideración a la naturaleza fundamental de los derechos amparados por la acción consagrada en el artículo 86 de la Carta Política, el régimen de la tutela está dotado de una mayor laxitud que el resto de las acciones jurídicas. En efecto, mientras que el pronunciamiento judicial ultra y extra *petita* está vedado en materia civil, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil²⁷, al juez de tutela le está permitido entrar a examinar detenidamente los hechos de la demanda para que, si lo considera pertinente, entre a determinar cuáles son los derechos fundamentales vulnerados y/o amenazados, disponiendo lo necesario para su efectiva protección. No en vano la Corte Constitucional ha sostenido que:

“(…) dada la naturaleza de la presente acción, la labor del juez no debe circunscribirse únicamente a las pretensiones que cualquier persona exponga en la respectiva demanda, sino que su labor debe estar encaminada a garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos constitucionales relativos al amparo inmediato y necesario de los derechos fundamentales. En otras palabras, en materia de tutela no sólo resulta procedente sino que en algunas ocasiones se torna indispensable que los fallos sean extra o ultra *petita*. Argumentar lo contrario significaría que si, por ejemplo, el juez advierte una evidente violación, o amenaza de violación de un derecho fundamental como el derecho a la vida, no podría ordenar su protección, toda vez que el peticionario no lo adujo expresamente en la debida oportunidad procesal. Ello equivaldría a que la administración de justicia tendría que desconocer el mandato contenido en el artículo 2o superior y el espíritu mismo de la Constitución Política, pues -se reitera- la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales es el cimiento mismo del Estado social de derecho.”²⁸ (Subraya fuera de texto)

Lo anterior permite concluir que el juez de tutela está facultado para emitir fallos extra y ultra *petita*, cuando de la situación fáctica de la demanda puede evidenciar la vulneración

²³ Facultad reiterada posteriormente por la SU-515 de 2013 “*Aunque esa censura fue planteada mediante escrito allegado durante el trámite de revisión efectuado por esta Corporación, la Sala considera que ella puede ser estudiada teniendo en cuenta la informalidad y el carácter garantista de la acción de tutela, que permiten que los jueces fallen los casos a través de decisiones ultra o extra petita.*”

²⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-195 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

²⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-195 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio; SPV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), reiterando lo señalado en las sentencias T-310 de 1995 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), T-450 de 1998 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-886 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-794 de 2002 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-610 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), entre otras.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-484 de 2008 (MP Jaime Araújo Rentería).

²⁷ Cita dentro del texto “*Reformado por el Decreto 2282 de 1989, art. 1º, mod. 135. Dicho artículo prevé en su inciso 2º que “No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.”*”

²⁸ Sentencia T-310 de 1995 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

de un derecho fundamental, aun cuando su protección no haya sido solicitada por el peticionario.>> (Corte Constitucional, Sentencia T-104 del 23 de marzo de 2018, M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER)

Bajo estas circunstancias, y atendiendo los criterios establecidos por la Corte Constitucional, se debe adicionar el aludido fallo, en el sentido de ordenar que FAMISANAR EPS SAS, brinde y garantice al señor LUIS ÁLVARO CHALA CASTILLO, tratamiento integral en lo que tiene que ver con medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones, terapias, insumos, servicios, entre otros, ya sea que se encuentren o no incluidos en el PBS y ordenados por su médico tratante, respecto a su diagnóstico, ya relacionado, previa solicitud y radicación de las órdenes médicas por parte del interesado, lo anterior con el fin de evitar que frente a cada orden médica sea preciso estar invocando de nuevo el amparo constitucional.

Ahora bien, respecto a la solicitud de adicionar la orden a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), a la EPS FAMISANAR S.A.S., los recursos destinados al suministro de servicios excluidos, basta decir que en la sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional impuso una serie de órdenes al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario Fosyga, para que adoptaran medidas que garanticen que el procedimiento de recobro por parte de las entidades promotoras de salud sea ágil con miras a asegurar el flujo de recursos necesario para proteger efectivamente el derecho en el sistema ; la Corte indicó que no es necesario establecer en la parte resolutive del fallo de tutela órdenes para que se autorice el recobro como condición para aprobar 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. Bastará con que el Fosyga, **hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES)**, constate que la entidad no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC, para que conforme a las normas antes expuestas proceda a solicitar lo pertinente.

En la mencionada sentencia T-760 de 2008, se consideró:

“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. (...)

En conclusión, en la presente providencia se adoptarán varias órdenes en relación con las reglas de reembolso dirigidas al Ministerio de la Protección Social y al

administrador fiduciario del Fosyga con el fin de que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga, así como ante las entidades territoriales, sea ágil con miras a asegurar el flujo de recursos 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, por iniciativa del CTC correspondiente: (i) la entidad promotora de salud podrá iniciar el proceso de recobro una vez la orden 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 el procedimiento de autorización del servicio de salud o el recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del eventual proceso de revisión que se puede surtir ante la Corte Constitucional; (ii) **no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del 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 esta providencia". (Sentencia T- 760/08, del 31 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

Así las cosas, conforme a lo citado, no es necesario que el juez de tutela emita un pronunciamiento en relación con la facultad que tienen las entidades promotoras de salud para ejercer la acción de recobro frente a la autoridad legalmente obligada a suministrar aquellos excluidos del plan de beneficios, porque no es ese un requisito que se les pueda exigir para obtener su reconocimiento, como erradamente lo solicita el impugnante.

Además, vale advertir que, el procedimiento para el recobro se encuentra establecido en la Resolución 1885 de 2018, la que en su artículo 1º tiene como objeto: " (...) establecer el procedimiento para el acceso, reporte de prescripción, suministro y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y de servicios complementarios, fijar los requisitos, términos y condiciones para la presentación de recobros/cobros ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES y establecer el procedimiento de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro/cobro, cuando a ello hubiere lugar y dictar disposiciones relacionadas con las correspondientes acciones de control y seguimiento."

Y en el artículo 4º, numeral 2, se establece dentro de las obligaciones de las Entidades Promotoras de Servicios (EPS): "*i) garantizar el suministro oportuno, a través de la red de prestadores o proveedores definida, de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios prescritos por los profesionales de la salud y aprobados por junta de profesionales de la salud; (...); iii) cumplir con los requisitos y procedimientos definidos para la presentación de las solicitudes de recobro/cobro; (...)*". En el numeral 4 del mismo artículo, indica como responsabilidad de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) "*Es responsabilidad de la ADRES, adelantar el procedimiento de verificación, control y pago de las*

solicitudes de recobro/cobro que presenten las entidades recobrantes, cuando a ello hubiere lugar con la información que para tal efecto disponga el Ministerio de Salud y Protección Social”.

En todo caso, encuentra este Juez de tutela pertinente aclarar el numeral segundo del fallo impugnado, en el sentido de que la EPS accionada está facultada para que previas las actuaciones legales y administrativas a que haya lugar, según lo prevé la Resolución 1885 de 2018 y demás normas concordantes vigentes, recobre los valores que correspondan por el cumplimiento de la acción de tutela ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) o la entidad que corresponda. Lo anterior, por cuanto en la parte considerativa quedó “Se autoriza los correspondientes recobros a que haya lugar. ACREDITESE su cumplimiento.” En lo demás del numeral segundo del aludido fallo, se dejará incólume, para su cabal cumplimiento por parte de FAMISANAR EPS S.A.S.

En conclusión, se aclarará el numeral segundo de la parte resolutive, como antes se indicó, confirmando en lo demás el fallo de tutela proferido el 26 de mayo de 2023 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Gachetá. Asimismo, se adicionará el mencionado fallo, en el sentido de ordenar a FAMISANAR EPS SAS, que brinde y garantice al señor LUIS ÁLVARO CHALA CASTILLO, tratamiento integral. Lo anterior con el fin de evitar que frente a cada orden médica sea preciso estar invocando de nuevo el amparo constitucional.

Por lo expuesto, el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE GACHETÁ** (Cundinamarca), administrando justicia en nombre de la República y por mandato Constitucional,

RESUELVE:

PRIMERO: ACLARAR el numeral **SEGUNDO** del fallo impugnado, en el sentido de que la EPS accionada está facultada para que, previas las actuaciones legales y administrativas a que haya lugar, según lo prevé la Resolución 1855 de 2018 y demás normas concordantes vigentes, recobre los valores que correspondan por el cumplimiento de la acción ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) o la entidad que corresponda. Lo demás del numeral segundo del aludido fallo, se dejará incólume. **CONFIRMAR** en lo demás el fallo de tutela proferido el 26 de mayo de 2023, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Gachetá, Cundinamarca.

SEGUNDO: ADICIONAR el mencionado fallo, en el sentido de **ORDENAR** a FAMISANAR EPS SAS, que brinde y garantice al señor LUIS ÁLVARO CHALA CASTILLO, **TRATAMIENTO INTEGRAL**, en lo que tiene que ver con medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones, terapias, insumos, servicios, entre otros, ya sea que se encuentren o no incluidos en el PBS y ordenados por su médico tratante, respecto a su diagnóstico “DX Principal CUADRIPLÉJIA, NO ESPECIFICADA. DX Relacionado INCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA; INCONTINENCIA FECAL; ULCERA CRONICA DE LA PIEL, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE. Tipo de DX Principal: CONFIRMADO REPETIDO.”, previa solicitud y radicación de las órdenes médicas por parte del interesado. Lo anterior con el fin de evitar que frente a cada orden médica sea preciso estar invocando de nuevo el amparo constitucional.

TERCERO: COMUNICAR esta decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz.

CUARTO: ENVIAR copia de la presente sentencia al Juzgado de Primera Instancia. Por secretaría, ofíciase de conformidad.

QUINTO: REMITIR dentro de la oportunidad legal, el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual **REVISIÓN**, conforme lo prevé el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

El Juez,

JOSÉ MANUEL ALJURE ECHEVERRY

Firmado Por:

Jose Manuel Aljure Echeverry

Juez

Juzgado De Circuito

Penal

Gacheta - Cundinamarca

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: **78c15437e7252fe4b210d4e42ec133d276275a41fcfff8c8cb2b738eefe8209e**

Documento generado en 17/07/2023 03:52:15 PM

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

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