



Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

D.E.I.P. de Barranquilla, 26 de febrero de 2019.

Radicado	08001-3333-006-2019-00024-00
Medio de control	Acción de Tutela
Accionante	EDITH MERCEDES GUZMÁN DE PALACIO
Agente Oficioso	José Manuel Guzmán Guerrero
Accionado	Nueva EPS S.A.
Juez (a)	MARIANA DE JESÚS BERMÚDEZ CAMARGO

Tema: Debido proceso – reembolso de gastos médicos.

Decisión: Declarar la improcedencia del amparo.

I. ASUNTO A DECIDIR

Procede el Despacho a resolver la Acción de Tutela interpuesta por el señor José Manuel Guzmán Guerrero, quien actúa en calidad de agente oficioso de la señora Edith Mercedes Guzmán de Palacio, contra NUEVA EPS S.A., al estimar vulnerados los derechos fundamentales de su agenciada al debido proceso, así como los derechos fundamentales de las personas de la tercera edad.

II. ASPECTO FÁCTICO

Los argumentos de la parte accionante:

Relata el señor José Manuel Guzmán Guerrero, que su hermana y agenciada, Edith Mercedes Guzmán de Palacio, es una persona de la tercera edad, con más de 72 años, la cual es cotizante activa de la Nueva EPS en el régimen contributivo.

Sostiene que desde marzo de 2007, la señora Edith Mercedes Guzmán de Palacio fue sometida a una cirugía de tres bypass coronarios, cateterismo cardiaco por tener patología severa en las arterias coronarias y el ventrículo izquierdo con aumento de tamaño y funcionalidad afectada, por ello el cuerpo médico tratante dispuso que se le practicara a la paciente una *angioplastia con stent medicado en la circunfleja y la intermedia*, además de un *stent convencional en los puentes de sabena a derecha y marginal*. Añade que al estar excluidos tales procedimientos del Plan de Beneficios en

Salud - PBS, la actora se vio compelida a interponer una acción de tutela ante el Juzgado Sexto de Familia del Circuito de Barranquilla, la cual le fue concedida. Agrega que además le ha tocado impetrar solicitudes y peticiones ante NUEVA EPS para el suministro de fármacos y tratamientos debido a las reiteradas negativas del ente encausado de proporcionarle servicios médicos de calidad.

Señala que tiempo después, la señora Edith Mercedes Guzmán Guerrero fue intervenida en un procedimiento denominado *Contrapulsación externa mejorada EECP*, la cual se llevó a cabo ante la IPS Revitalizar del Caribe S.A.S., entidad médica que no hace parte de la red de prestadores de NUEVA EPS, luego que la paciente y su familia se enteraran que el procedimiento mencionado no se lleva a cabo ante la Clínica General del Norte.

Asegura que ante el estado de gravedad de la paciente, se dispuso someterla al procedimiento *Contrapulsación externa mejorada EECP*, ante la IPS Revitalizar del Caribe S.A.S., quien cobró la suma de \$7.500.000 por el mencionado procedimiento. Dicho valor fue pagado al ente prestador por la afectada y su familia, al verse en la necesidad de preservar la integridad física y vida de aquella.

Comenta que el 29 de diciembre de 2018, la familia de la paciente solicitó a la NUEVA EPS que reembolsara el dinero pagado a la IPS Revitalizar del Caribe S.A.S. por dicho procedimiento, pedimento fue resuelto negativamente por la encausada el 11 de enero de 2019, pese a que el procedimiento fue autorizado con el radicado No. 961748419 el 30 de octubre de 2018, ante la Clínica General del Norte.

Considera que la conducta nugatoria de la EPS accionada vulnera los derechos fundamentales de la demandante, al debido proceso y mínimo vital; razón por la cual solicita que la protección rogada sea concedida.

Expresa el agente oficioso que si bien la acción de tutela resulta improcedente para solicitar el reembolso de gastos médicos, el amparo constitucional puede ser concedido de manera excepcional, siempre que se cumplan con las reglas que señala la jurisprudencia constitucional, para lo cual cita la sentencia T -105 de 2014, la cual considera procedente el reembolso, al estimar "*desproporcionado someter a una persona enferma a un proceso judicial ordinario o administrativo con el fin de recuperar el dinero gastado*"

Solicita que se tutelen los derechos constitucionales fundamentales mencionados y que, en consecuencia, se ordene al ente accionado el reembolso de los \$7.500.000 correspondientes a los gastos médicos en que incurrió la paciente afectada y su familia

por el procedimiento *contrapulsación externa mejorada EECP*, cuya praxis se llevó a cabo ante un ente prestador no adscrito a la entidad accionada.

Actuación procesal

La acción fue repartida ante este Juzgado el día 12 de febrero de 2019¹, en fecha 13 de febrero de 2019 se libró el auto admisorio. En la misma decisión se dispuso notificar a las partes y al Ministerio Público².

El Informe de la NUEVA EPS S.A.

Mediante escrito de fecha 18 de febrero de 2019³, Nueva EPS rindió un informe sobre los hechos en que se funda la presente acción de tutela del cual se pueden concretar los siguientes argumentos defensivos⁴:

Asegura, que la señora Edith Mercedes Guzmán de Palacio, ostenta la condición de afiliada a dicha EPS, en calidad de cotizante, en el régimen contributivo y que interpuso acción de tutela para que se le hiciera el reembolso de la suma equivalente a \$7.500.000, por haber sufragado el procedimiento *Contrapulsación Externa Mejorada EECP*, ante la IPS Revitalizar del Caribe S.A.S., para lo cual el amparo deprecado resulta improcedente.

Afirma que para ese tipo de pretensiones el Decreto 2591 de 1991 artículo 6º señala que no es procedente la acción constitucional, cuando el tutelante cuenta con otros medios, salvo que se encuentre ante la inminencia de un perjuicio irremediable, para lo cual la acción resulta procedente como mecanismo transitorio.

Explica, que el amparo no debe ser usado para satisfacer u obtener pretensiones económicas, pues para ello, el deprecante bien puede hacer una solicitud de reembolso, que está establecida en la Resolución 5261 de 1994, disposición esta que señala en su artículo 14 el procedimiento para obtener el reembolso por gastos en los cuales hubieren incurrido sus usuarios por atención de urgencias en entes prestadores no adscritos a la red de las EPS, siempre y cuando: **1)** ante la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada por parte de la EPS para cumplir las obligaciones con los usuarios; y **2)** la solicitud deberá presentarse a los 15 días siguientes al alta del paciente y será pagada por la entidad promotora de salud dentro de los 30 días siguientes a la fecha de presentación.

¹ Folio 32, el acta de reparto.

² Folios 33-41 del expediente.

³ Folios 42-61 del expediente.

⁴ Folios 42-61 del expediente.

Solicita el ente accionado que se denieguen las pretensiones de parte la actora por ser improcedentes.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, este Juzgado es competente para conocer del amparo invocado, por ocurrir en esta ciudad los hechos y omisiones que motivan a la accionante a interponer la acción de tutela, lugar en donde está domiciliada la entidad accionada NUEVA EPS S.A. y por suscitarse en esta ciudad, lugar donde este Juzgado ejerce su competencia constitucional.

El problema jurídico que se plantea

Establecer si resulta procedente ordenar que la NUEVA EPS reembolse a la señora Edith Mercedes Guzmán de Palacio, los gastos en los cuales incurrió al haber sido intervenida mediante el procedimiento *Contrapulsación Externa Mejorada EECP*, por un prestador particular no adscrito a la EPS accionada.

Marco jurídico de la acción de tutela

La acción de Tutela, consagrada en el artículo 86 de la carta Política, fue instituida para que toda persona pueda reclamar ante los jueces, por si misma o por quien actué a nombre de otro la protección de sus derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública.

Para la procedencia de la Acción es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa para hacer valer sus derechos, salvo que la ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es claro que la finalidad ontológica de la Acción es constituirse en un medio de defensa inmediato, eficaz y subsidiario de los derechos Constitucionales de naturaleza fundamental de toda persona, principio que debe estar siempre en toda interpretación y decisión relacionada con ellos y demanda el ejercicio del amparo consagrado en el artículo 86 de la Carta Política.

La subsidiariedad como presupuesto de procedibilidad de la acción de tutela

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado ampliamente el principio de subsidiariedad como requisito *sine qua non* para que la acción de tutela sea procedente, como quiera que solamente es aceptable acudir a esta cuando no existan otras instancias judiciales previstas para el efecto, o que existiendo, no sean eficaces para obtener su amparo; o cuando se promueva como mecanismo transitorio con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Frente a esto, la sentencia T-480/11⁵ textualmente indicó:

“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior. Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo”⁶.

De este modo, el requisito de subsidiariedad implica la obligación del interesado de acudir a los mecanismos de defensa judicial disponibles e idóneos para la protección que se invoca antes de acudir a la acción de amparo.

Así mismo, en sentencia T-097 de 2014, la Corte Constitucional reitera su postura acerca de las excepciones al principio de subsidiariedad en los siguientes términos:

“El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.

⁵ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

3.3. No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos excepciones al principio de subsidiariedad de la acción de tutela: (i) la primera está consignada en el propio artículo 86 Constitucional al indicar que aun cuando existan otros medios de defensa judicial, la tutela es procedente si con ella se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. (ii) La segunda, prevista en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, señala que también procede la acción de tutela cuando el mecanismo ordinario de defensa no es idóneo, ni eficaz para la protección inmediata y plena de los derechos fundamentales en juego, caso en el cual opera como mecanismo definitivo de protección. De este modo, en las dos situaciones descritas, se ha considerado que la tutela es el mecanismo procedente para proteger, de manera transitoria o definitiva, los derechos fundamentales, según lo determine el juez de acuerdo a las circunstancias que rodean el caso concreto.

3.4. En cuanto a la primera excepción, es decir, la relativa a evitar un perjuicio irremediable, parte de la consideración de que la persona cuenta con un medio idóneo y eficaz para la defensa de sus derechos fundamentales, pero que, con miras a evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la tutela se convierte en un mecanismo procedente para brindarle la protección transitoria a sus derechos fundamentales, mientras el juez natural resuelve el caso.

Al respecto, la jurisprudencia "ha precisado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea: (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable."⁷

Siguiendo estos criterios, la Corte ha conceptualizado el perjuicio irremediable en los siguientes términos:

"(...) De acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable".⁸

3.5. Adicionalmente, es importante indicar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado como condición necesaria para establecer la procedencia de la acción de tutela, que el perjuicio irremediable se encuentre acreditado en el expediente, así sea en forma sumaria. No obstante, la Corporación ha aclarado que el accionante puede cumplir con esta carga, mencionando al menos los hechos que le permitan al juez deducir la existencia de un perjuicio irremediable, en consideración a la jerarquía de los derechos cuyo amparo se solicita mediante la acción de tutela y a la naturaleza informal de este mecanismo de defensa judicial. Específicamente ha dicho la Corte:

⁷ T-494 de 2010.

⁸ Sentencias T-634 de 2006 y T-1316 de 2001.

“No obstante, aunque la prueba del perjuicio irremediable es requisito de la procedencia de la tutela, la Corte ha sostenido que la misma no está sometida a rigurosas formalidades. Atendiendo a la naturaleza informal y pública de la acción de tutela, así como a la jerarquía de los derechos cuya protección se solicita, la prueba del perjuicio irremediable puede ser inferida de las piezas procesales. Así pues, al afectado no le basta con afirmar que su derecho fundamental se enfrenta a un perjuicio irremediable, es indispensable que, atendiendo a sus condiciones personales, explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”.⁹ (Resaltado fuera de texto).

3.6. En cuanto a la segunda excepción, es decir, la relativa a que el medio de defensa ordinario no sea eficaz ni idóneo para la protección de derechos fundamentales, ha dicho la Corporación que, al evaluar el mecanismo alternativo del ordenamiento jurídico, éste “(...) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho”¹⁰. Así las cosas, si el medio judicial concreto no cumple con dichas características, y por el contrario, el derecho fundamental en juego no puede ser restablecido, procede la solicitud de amparo constitucional como medio definitivo de protección al bien jurídico.

3.7. En síntesis, la tutela no puede utilizarse para desplazar al juez ordinario de la resolución de los procesos que por ley le corresponde tramitar, y que sólo subsidiariamente, en casos de inminente perjuicio para los derechos fundamentales, aquella puede invocarse para pedir una protección transitoria, o una protección definitiva, en eventos excepcionales definidos por la jurisprudencia. Cuando se invoca el perjuicio irremediable, el actor debe acreditarlo o aportar mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia de este elemento.¹¹

Improcedencia de la acción de tutela cuando lo que se dirime es una controversia de carácter patrimonial - Jurisprudencia de la Corte Constitucional

El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 señala que la acción de tutela resulta improcedente cuando el solicitante tiene a su disposición otros medios o mecanismos para hacer efectiva la defensa de sus derechos fundamentales, a no ser que se encuentre ante la inminencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el amparo habrá de invocarse como mecanismo transitorio.

Se entiende perjuicio irremediable, aquel daño inminente, grave, que requiere de parte del operador judicial en sede de tutela la implementación de medidas urgentes e impostergables de forma transitoria, necesarias para evitar la consumación del perjuicio.

Así, lo ha venido estableciendo la jurisprudencia constitucional desde tiempo atrás. Por ejemplo, en la sentencia T – 956 de 2013¹²:

⁹ Sentencias T-932 de 2012, T-290 de 2005.

¹⁰ Criterio reiterado, entre otras en las Sentencias T-232 de 2013, T-932 de 2012, T-191 de 2010, T-003 de 1992.

¹¹ Ver sentencias T- 191 de 2010, T-1190 de 2004.

¹² M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

**“ACCION DE TUTELA TRANSITORIA PARA EVITAR PERJUICIO IRREMEDIABLE-
Inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la tutela, deben
encontrarse efectivamente comprobadas**

En cuanto a la cualificación de los hechos que configuran la inminencia de un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha contemplado que ese perjuicio (i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables. El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia. Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señalan la oportunidad de la urgencia. No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, esta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social. Hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio”.

Derecho a la libre escogencia en salud – Jurisprudencia reiterada.

Principio rector y elemento esencial del Sistema de Salud Colombiano es la libre escogencia, que establece la Ley 100 de 1993 y que ha sido desarrollado por reiterada y prolífica jurisprudencia de la Máxima Instancia Constitucional.

El artículo 153 de la Ley 100 de 1993 establece la libre escogencia como la facultad del usuario de elegir tanto la EPS a la que se afiliará y las IPS pertenecientes a la EPS donde se encuentra afiliado, característica y prenda de garantía que debe ser respetada por el Estado y todos los integrantes del S.G.S.S.

Esta prerrogativa tiene una doble connotación: en primer lugar, la del usuario de escoger libremente la IPS adscrita que le ha de prestar el servicio a éste y su familia o la EPS a la que se afiliará el usuario y su grupo familiar; y, en segundo lugar, la potestad de las EPS de elegir a las IPS y los profesionales con los que suscribirá convenios y la modalidades de servicios que éstos habrán de prestar a los afiliados.

La libre escogencia detenta también unos alcances y límites, los cuales el Máximo Tribunal Constitucional ha establecido.

En la Sentencia T – 745 de 2013¹³, la Corte Constitucional señaló:

***“DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-
Principio rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud***

La libertad de escogencia es un principio rector y característica esencial del Sistema de Salud Colombiano, establecido en la Ley 100 de 1993 y desarrollado ampliamente por esta Corporación. El artículo 153 de la Ley 100 de 1993 lo consagra como la facultad de escoger en cualquier momento la Entidad Promotora de Salud (EPS) y las instituciones prestadoras de servicios (IPS) que pertenezcan a la red de las EPS, encargadas de prestar los servicios de salud. El principio de libertad de escogencia, característica del Sistema de Seguridad Social en Salud, no es solo una garantía para los usuarios sino que es un derecho que debe ser garantizado por el Estado y todos los integrantes del sistema. De tal modo que la libertad de escogencia es un derecho de doble vía, pues en primer lugar, es una facultad de los usuarios para escoger tanto las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud, como las IPS en las que se suministrará la atención en salud y en segundo lugar, es una potestad de las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno.”

Reembolso de gastos médicos - Resolución 5261 de 1994 Ley 1122 de 2007.

Para efectos de lograr la devolución de gastos médicos en los que incurren los usuarios del S.G.S.S.S., el artículo 28 de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, dispone:

“ARTICULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. *Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días*

¹³ M.P. Jorge I. Pretelt Chaljub.

siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.”

Por su parte, la Ley 1122 de 2007 contempla en su artículo 41 las funciones jurisdiccionales de las superintendencias, entre ellas, las de dirimir controversias relacionadas con los reembolsos, o reconocimientos económicos de los gastos en que incurran los afiliados por atención de urgencias en una IPS no adscrita a la EPS donde se encuentra afiliado el reclamante, cuando es autorizado por la EPS para una atención específica y *“en eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios (...)”* (literal b)

La acción de tutela para reclamar reembolso a las EPS – jurisprudencia reiterada – reglas de procedencia excepcional

Teniendo en cuenta el carácter excepcional y subsidiario señalado en precedencia, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela resulta improcedente cuando se utiliza como medio para lograr el reembolso de gastos médicos, a no ser que se cumpla en cada caso concreto unos supuestos de hecho que ha señalado la línea jurisprudencial de la Máxima Instancia Constitucional.

En la sentencia T -105 de 2014¹⁴ la Corte Constitucional fijó en qué casos resulta procedente la concesión del amparo, cuando se trata de reembolsos por gastos médicos. Dice la providencia:

“7. La improcedencia de la acción de tutela para el reembolso de gastos médicos.

7.1. Mediante reiterada jurisprudencia, esta Corte ha sostenido que por regla general la acción de tutela es improcedente para solicitar el reembolso de dineros sufragados por los pacientes según los servicios de salud recibidos. Lo anterior, en razón a que (i) la amenaza o vulneración del derecho fundamental a la salud, se encuentra superado en el entendido que las personas finalmente acceden materialmente al servicio requerido, y (ii) porque la legislación establece mecanismos judiciales para solicitar el reembolso de dineros por gastos médicos cuando legalmente no se tenga la obligación de asumirlos.

7.2. Pese a lo anterior, la Corte ha establecido que excepcionalmente procede la acción de tutela para obtener el reembolso del dinero pagado por servicios de salud en que incurrieron los pacientes. Para ello, la jurisprudencia ha fijado los criterios que se sintetizan a continuación.

¹⁴ Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

7.3. En materia de procedencia de los recobros mediante el uso de la acción de tutela, recientemente, la Sala Novena de Revisión mediante las sentencia T-259 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), elaboró una reconstrucción jurisprudencial sobre la improcedencia de dichos recobros. En esa ocasión, negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de una accionante que pretendía el reembolso de \$14.500.000 que sufragó para un tratamiento oral en un centro de rehabilitación particular. Allí se señaló que la intervención del juez constitucional procedía para resolver este tipo de pretensiones cuando se reúnan las siguientes circunstancias especiales y excepcionales:

“i) el medio de defensa judicial no es idóneo, de acuerdo a las circunstancias específicas del caso, entre las que se encuentran la edad del interesado o su condición de vulnerabilidad; ii) la empresa prestadora del servicio de salud haya negado proporcionar la atención sin justificación legal, dilatando su cumplimiento, o estaba en presencia de un servicio de urgencia; y iii) existe orden del médico tratante que sugiere su suministro, con independencia de que el profesional de la salud referido sea adscrito a la EPS encargada de prestar el servicio”.

Conforme a lo anterior y a la situación fáctica del caso, esta Corporación señaló que no era procedente la acción de tutela para solicitar el reembolso del dinero porque (i) “no se presentan las circunstancias relevantes que evidencien la vulnerabilidad de la actora” ya que la actora no pertenecía a algún grupo de personas de especial protección constitucional como los mayores adultos razón por la que no resultaba desproporcional que acudiera a los mecanismos judiciales para ventilar sus pretensiones, aunado a que no demostró la precariedad en su situación económica y a que finalmente recibió atención médica para sus padecimientos; (ii) “la entidad demandada nunca negó la prestación del servicio” pues la tutelante había acudido a otro centro de rehabilitación oral por convicción propia; y (iii) a la inexistencia de la orden del médico tratante en la medida en que la dentista de la actora le había señalado que debía practicarse un procedimiento de rehabilitación sin que se especificara sus condiciones, por tanto no fue considerada como una prescripción médica.

7.4. De acuerdo con lo antedicho, la acción de tutela no es procedente para solicitar el reembolso de dineros sufragados por servicios de salud recibidos. Sin embargo, procede siempre que se reúnan las siguientes circunstancias especiales y excepcionales: (i) los mecanismos judiciales establecidos para dicha finalidad no sean idóneos según las circunstancias específicas del caso; (ii) la empresa prestadora del servicio de salud haya negado o dilatado el suministro de la atención médica sin justificación legal; y (iii) exista orden del médico tratante que sugiera el servicio requerido”. (Subraya este Juzgado)

La posición del órgano de cierre sobre el tema ha permanecido incólume, como bien se explica la Sentencia T – 513 de 2017¹⁵:

“ACCION DE TUTELA PARA REEMBOLSO DE GASTOS MEDICOS-Procedencia excepcional

La tutela procede para obtener el reembolso de dinero pagado por servicios de salud no suministrados por las EPS, además, en los siguientes casos: (i) Cuando los mecanismos judiciales consagrados para ello no son idóneos. (ii) Cuando se niegue la prestación de un servicio de salud incluido en el Plan Obligatorio de Salud, sin justificación legal. (iii) Cuando dicho servicio haya sido ordenado por médico tratante adscrito a la EPS encargada de garantizar su prestación”.

CASO CONCRETO

Pruebas relevantes allegadas al trámite tutelar:

¹⁵ Magistrado Ponente Dr. ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO.

- .- Impresión de la página web de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES de fecha 12 de febrero del cursante año¹⁶.
- .- Copia de remisión que hace el cardiólogo particular Jannes Buelvas Herazo, en el cual dispone la praxis de la *Contrapulsación Externa Mejorada EECP* a la paciente EDITH MERCEDES GUZMÁN GUERRERO.¹⁷
- .- Copia del formato de historia clínica, ante el médico Jannes Buelvas Herazo.¹⁸
- .- Copia del formato de autorización de servicios del 27/09/2018 para consulta externa ante la IPS Clínica General del Norte¹⁹.
- .- Copia de la orden médica suscrita por el prestador Bienestar IPS S.A.S. – Norte donde se le ordena la *Contrapulsación Externa Mejorada EECP* a la paciente EDITH MERCEDES GUZMÁN GUERRERO, de fecha 2018/09/10.²⁰
- .- Copia de la historia clínica de la paciente, de fecha 30 de octubre de 2018.²¹
- .- Copia del derecho de petición de fecha 4 de enero de 2019, en el cual la paciente solicita los reembolsos de gastos médicos²².
- .- Copia de la respuesta a la solicitud de reembolso de gastos médicos de fecha 11 de enero de 2019²³.
- .- Impresión de correo electrónico en donde le informan ala accionante que el procedimiento "(...) *Mejorada*", no se realiza ante la Clínica General del Norte.²⁴
- .- Certificación expedida por el prestador Revitalizar del Caribe S.A.S., de fecha 7 de enero de 2019, en la cual da fe que a la paciente EDITH MERCEDES GUZMÁN GUERRERO le aplicaron el procedimiento *Terapias de Contrapulsación Externa mejorada EECP*, por 35 sesiones entre el 22 de octubre de 2018 y el 7 de diciembre del mismo año y sus anexos²⁵

¹⁶ Folio 14 del expediente.

¹⁷ Folio 15 del expediente.

¹⁸ Folio 16 del expediente.

¹⁹ Folio 17 del expediente.

²⁰ Folio 18 del expediente.

²¹ Folio 19 del expediente.

²² Folios 21-23 del expediente.

²³ Véase folio 24 del expediente.

²⁴ Véase folio 25 del expediente.

²⁵ Folios 26-28 del expediente.

.- Copia de facturas de la entidad Revitalizar del Caribe S.A.S., por el servicio de *Terapias de Contrapulsación Externa mejorada EECP*²⁶.

.- Copia del certificado de existencia y representación legal de Nueva EPS S.A.²⁷

Análisis probatorio frente al problema jurídico planteado.

Pues bien, al hacer un análisis del material probatorio obrante en el plenario, se observa que en efecto, la paciente Edith Mercedes Guzmán de Palacio, de 72 años de edad, padece de varias complicaciones de salud, en particular, de su sistema cardiovascular. De ello dan cuenta los elementos de juicio que obran en el plenario, en particular la historia clínica legible a folios 19-20 en la cual se determinó que la paciente es "*hipertensa, cardíaca, con stent coronarios e insuficiencia coronaria multivasos, cardiopatía isquémica*".

De igual manera, se encuentra demostrado en el plenario que debido a tales padecimientos, a la actora le ordenaron el procedimiento denominado *Terapias de Contrapulsación Externa mejorada EECP*, lo cual se evidencia al leer la remisión que hace el cardiólogo particular Jannes Buelvas Herazo, en el cual dispone la praxis de los mencionados procedimientos a la paciente Edith Mercedes Guzmán de Palacio, legible a folio 15 del plenario. Dicha remisión u orden médica fue autorizada por la Nueva EPS, mediante el documento No. 0746-96174819, legible a folio 17 del plenario.

Ahora bien, la actora relató en los hechos de la acción de tutela que dicho procedimiento debería llevarse a cabo ante el prestador IPS Clínica General del Norte, ente adscrito a la entidad encausada, no obstante, que este último le informó a la paciente y su familia que tales procedimientos no estaban contratados con la EPS accionada, razón por la cual, la afectada y su núcleo familiar se vieron compelidos a llevar a cabo la praxis del procedimiento ante la IPS Revitalizar del Caribe S.A.S., aseveración que se corrobora con el certificado que expedido por aquella junto con las facturas, visibles a folios 26-31 del plenario; además del correo electrónico suscrito por la Coordinadora de Atención al Usuario de la IPS Clínica General del Norte, legible a folio 25 del expediente, en el cual afirma que ante dicha institución no se llevan a cabo las *Terapias de Contrapulsación Externa mejorada EECP*.

De igual manera, se encuentra probado en el plenario que por tales terapias la entidad Revitalizar del Caribe S.A.S., cobró la suma total de \$7.500.000.00, suma que se encuentra respaldada en las facturas expedidas por dicha IPS, legibles a folios 29-31 y la solicitud de reembolso formulada ante Nueva EPS el 4 de enero de 2019, legible a folios 21-23.

²⁶ Folios 29-31 del expediente.

²⁷ Folios 46-61 del expediente.

Analizadas las pruebas obrantes, corresponde al Despacho determinar si para el caso en estudio se cumple con los supuestos de hecho que reseña la jurisprudencia constitucional para la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reembolso de gastos médico – hospitalarios.

En cuanto al tópico de que los mecanismos judiciales consagrados para ello no son idóneos, se tiene en el proceso que la paciente Edith Mercedes Guzmán de Palacio, es una mujer con afecciones cardíacas y complicaciones derivadas de sus patologías de base y que cuenta con más de 72 años de edad, lo cual hace de ella un sujeto de especial protección constitucional, y a partir de la cual es posible inferir que el someter a la usuaria a los términos de la reclamación que establece el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, bien ante la Superintendencia Nacional de Salud o bien ante la justicia ordinaria, que son los medios creados para dirimir este tipo de controversias, resultaría muy prolongado, o si se quiere, tardío.

En lo que atañe a que “*dicho servicio haya sido ordenado por médico tratante adscrito a la EPS encargada de garantizar su prestación*”, se observa en el plenario a folio 18 del instructivo copia de la orden médica suscrita por el prestador Bienestar IPS S.A.S. – Norte donde se le ordena la *Contrapulsación Externa Mejorada EECP* a la paciente Edith Mercedes Guzmán de Palacio, de fecha 2018/09/10, con lo cual se encuentra en el proceso el cumplimiento de este requisito.

No obstante lo anterior, en cuanto al supuesto de hecho atinente que el servicio o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan de Beneficios en Salud) haya sido negado, sin justificación legal, por parte de la accionada, para el caso *sub lite* no se cuenta con elemento de juicio alguno que demuestre de forma fehaciente que el procedimiento ordenado por el médico tratante adscrito a Nueva EPS S.A., hubiese sido negado injustificadamente por esta.

El Despacho arriba a la anterior conclusión, teniendo que si bien existe una petición de la usuaria tendiente a lograr el reembolso de las sumas pagadas por el procedimiento médico practicado a la accionante (folios 21-23), no se observa en el plenario que la afectada o su familia hubiere desplegado gestión alguna directamente ante la Nueva EPS, luego de saber que la IPS Clínica General del Norte les hubiera comunicado que dentro de los servicios contratados con la accionada no se contemplaba la *Terapia de Contrapulsación Externa Mejorada EECP* para que aquella les asignara un nuevo prestador; o bien para que dicha entidad les autorizara la praxis del procedimiento ante la IPS Revitalizar del Caribe S.A.S.

En ese orden, se advierte con meridiana claridad que la paciente afectada y su familia decidieron *motu proprio* llevar a cabo el tantas veces mencionado procedimiento ante las IPS

Revitalizar del Caribe S.A.S., que no es un prestador adscrito a Nueva EPS, sin haberse dado la negativa por parte de esta última.

Así las cosas, al no cumplirse con los supuestos de hecho que señala la jurisprudencia anteriormente citada como requisitos de procedencia del amparo constitucional para lograr el reembolso de gastos médicos, corresponde al Juzgado declarar la improcedencia del amparo deprecado, teniendo en cuenta que la demandante y su núcleo familiar cuentan con los medios administrativos y judiciales contemplados en el ordenamiento jurídico para zanjar este tipo de controversias.

En virtud de las precedentes consideraciones, el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito De Barranquilla, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

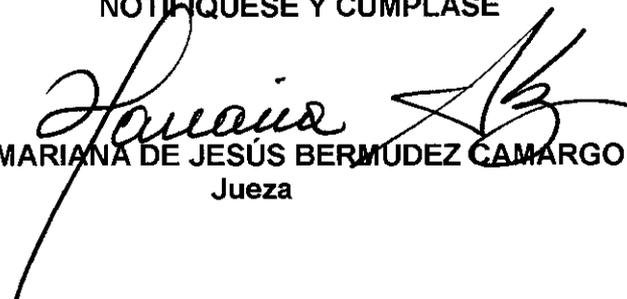
FALLA:

Primero: DECLARAR la improcedencia de la acción de tutela promovida el señor José Manuel Guzmán Guerrero, quien actúa en calidad de agente oficioso de la señora Edith Mercedes Guzmán de Palacio, de acuerdo a las motivaciones expuestas en la parte considerativa de la presente decisión.

Segundo: NOTIFICAR por el medio más expedito a las partes y a la Defensoría del Pueblo.

Tercero: REMITIR a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnado este fallo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARIANA DE JESÚS BERMUDEZ CAMARGO
Jueza

ACO

JUZGADO 6 ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA
CORRIENTE
Por protocolo electrónico 06
Entre la presidencia de fecha hoy 27 FEB. 2019
a las once de la mañana (11:00 am)

