REPÚBLICA DE COLOMBIA

DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA

JUZGADO NOVENO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BUCARAMANGA.

Bucaramanga, Seis (06), de Febrero, de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE DISCUSIÓN

Se decide en segunda instancia la acción de tutela instaurada por JAVIER ENRIQUE CALDERON GOMEZ identificado con cedula de ciudadanía No 91.472.152 actuando como agente oficioso de ADELA GOMEZ SOLANO identificada con cedula de ciudadanía No 28.354.879; contra NUEVA EPS, vinculadas oficiosamente a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES; por presunta vulneración a los derechos fundamentales protegidos por la Carta Magna: SALUD, VIDA DIGNA, SEGURIDAD SOCIAL.

II. ANTECEDENTES

El Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Descentralizado en Floridablanca, al narrar los hechos materia de la presente acción constitucional, los sintetiza así:

Manifiesta el accionante que su madre cuenta con 84 años de edad y le ha sido diagnosticado: *"Alzheimer, problemas relacionados con movilidad reducida, incontinencia urinaria, incontinencia fecal, desnutrición proteico calórica severa, ulcera de cubito, trastorno de ansiedad, trastorno del sueño".*

Señala que el medico especialista tratante ordeno el servicio de cuidador por 12 de lunes a domingo, sin embargo la NUEVA EPS no autorizo el mismo aduciendo que no se cumplieron con los criterios para ser incluidos en la resolución 2481 de 2020.

III. SENTENCIA IMPUGNADA.

El Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Descentralizado en Floridablanca, tuteló el amparo deprecado. Argumentando para ello:

El a quo aduce que es deber de la EPS prestar la atención médica completa que requieren los usuarios del servicio de salud que están afiliados a dicha entidad; da cuenta el estrado judicial que sin justificación aparente se sustrajo de su obligación quebrantando el derecho fundamental reclamado, además que la agenciada se encuentra en una evidente condición de dependencia y requiere de atenciones que si bien no se encuentran

directamente relacionadas con el tratamiento de sus patologías *"aseo personal, alimentación, entre otras*" siguen siendo indispensables para cualquier persona y más este sujeto de especial protección, y por lo tanto, pueden llegar a tener injerencia no solo en su efectiva recuperación o estabilidad en su condición de salud, sino en su dignidad misma como ser humano, máxime cuando su núcleo familiar consta de su hijo quien es una persona con una limitación física de movilidad.

En lo que respecta al tratamiento integral, considera que es un deber legal su concesión por parte de la EPS teniendo en cuenta las patologías que afronta la usuaria del sistema de salud, así que sobran los argumentos para concederla por vía de tutela, precisamente atendiendo el origen de las enfermedades y su carácter ruinoso, es que si se despachara de manera desfavorable el requerimiento, conociendo lo anterior, se estaría sometiendo a la afectada a trámites administrativos que en últimas postergaran la atención médica urgente que requiere, lo que en últimas afectará en mayor medida el derecho a la salud e, incluso hará menos probable la posibilidad de recuperarse.

IV. FUNDAMENTOS IMPUGNACIÓN

El Apoderado Judicial de NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD NUEVA EPS S.A**,** impugna el fallo de primera instancia, precisa que la Ley 1751 de 2015 en su artículo 15, expresamente desconoce por completo y por tanto prohíbe la financiación con recursos de la salud los servicios y tecnologías suministradas a los usuarios que están excluidos del Plan de beneficios o los que sin de financiación con recursos públicos asignados a la salud.

Señala que esta norma, entre otras, no tienen otro propósito que el de estandarizar los criterios científicos y técnicos de orden de servicios y suministro de insumos en el sistema de salud colombiano consciente de que estos constituyen un recurso terapéutico de gran importancia, pero solo con seguridad para el paciente y uso adecuado fundamentalmente se puede proteger, promover y restablecer la salud.

Que considerando que el Estado debe garantizar el derecho fundamental a la salud mediante la adopción de políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a los servicios de salud para todas las personas, y de conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, el Ministerio de Salud y Protección Social en el marco de las facultades otorgadas en el artículo 15 de la Ley 1751.

Que igualmente, se encuentra expresamente excluido no solo del Plan Básico de Salud sino de aquellos que no pueden ser financiados con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que ni siquiera su formulación permite al profesional tratante registrarlo en la plataforma MIPRES.

Señala que los insumos NO PBS, de acuerdo a normatividad vigente, el médico tratante debe solicitar autorización al MINISTERIO DE SALUD por la página de MIPRES. La

reglamentación VIGENTE EN SALUD establece (*ART 5 Resolución 1885 de 2018*) que es el médico tratante el responsable del registro en aplicativo MIPRES de las tecnologías (incluidos medicamentos) no incluidos en PBS. Este registro reemplaza la formula médica y permite que la EPS realice el proceso de autorización y entrega de lo ordenado por el médico tratante. En mérito, el médico está sujeto al cumplimiento de la norma; igualmente la Clínica u Hospital debe brindarle las herramientas y la capacitación necesaria para hace efectivo dicho reporte

Para la solicitud de insumo no incluido en el PBS (CUIDADOR DOMICILIARIO – AUXILIAR DE ENFERMERÍA), el médico deberá hacer la radicación a través del Mipres de acuerdo con lo establecido en la Resolución 1885 de 2018.

Por otor lado refiere que 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, por ejemplo: comer, vestirse, bañarse, tener compañía, pues, el derecho a la salud tiene una doble connotación: (i) es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable cuyo contenido y alcance ha sido definido por el legislador estatutario, y por la jurisprudencia constitucional, (ii) es un servicio público que, de acuerdo con el principio de integralidad debe ser prestado de "*manera completa*", vale decir, con calidad y en forma eficiente atribuibles a asuntos de salud y oportuna.

Solicita se revoque la atención integral, la cual hace referencia a servicios futuros e inciertos que no han sido siquiera prescritos por los galenos tratantes y se anticipa una supuesta prescripción, cuando pueden resultar aun en servicios que no son competencia de la EPS, como los no financiados por los recursos de la UPC.; no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera, es presumir la mala actuación por adelantado, máxime que no han sido ordenados por la lex artis de los médicos.

También requiere que se adicione en la parte resolutiva del fallo, en el sentido de facultar a la NUEVA EPS S.A., según se colige del art. 5º de la Resolución 586 de 2021 (Por la cual se establecen disposiciones en relación con el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la unidad de pago por capitación (UPC), y excluidos de la financiación con recursos del sistema general de seguridad social en salud (SGSSS), expedida por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, que sustituyó la Resolución 205 de 17 de febrero de 2020, se ordene a la 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 presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de insumos.

V. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuyo propósito consiste en brindar a toda persona la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal y en la certeza de que obtendrán oportuna resolución, a demandar la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que, en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

La atención domiciliaria: el servicio de auxiliar de enfermería y el servicio de cuidador

La atención domiciliaria es 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"[1] 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).[2]

El servicio de auxiliar de enfermería como modalidad de la atención domiciliaria, según lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, es aquel que solo puede ser brindado por una persona con conocimientos calificados en salud. Es diferente al servicio de cuidador que se dirige a la atención de necesidades básicas y no exige una capacitación especial.[3] Es importante explicar las características de ambos servicios a la luz de la legislación y la jurisprudencia para comprender cuando cada uno es procedente.

El servicio de auxiliar de enfermería: i) constituye un apoyo en la realización de procedimientos calificados en salud,[4] 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[5] y iv) procede en casos de pacientes con 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.

[1] Resolución 3512 de 2019 artículo 8 numeral 6. Última actualización del Plan de Beneficios en Salud.
[2] El Artículo 26 Resolución 3512 de 2019 contempla esta modalidad de atención como alternativa a la atención hospitalaria institucional y establece que será cubierta por el PBS con cargo a la UPC, en los casos en que el profesional tratante estime pertinente para cuestiones relacionadas con el ámbito de la salud.
[3] Ver, entre otras, las sentencias T-260 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, en las cuales se explican las diferencias entre los dos tipos de servicio.
[4] Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.
[5] Artículo 26 Resolución 3512 de 2019.

En lo que respecta al servicio del cuidador, la jurisprudencia de la Corte destaca que: i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.[6] ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS.[7] iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante,[8] como se explica a continuación.

De acuerdo con la interpretación y el alcance que la Corte ha atribuido al artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, esta norma dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido del Plan Básico de Salud, se entiende incluido en éste, razón por la cual debe ser prestado.[9] En relación con el servicio de cuidador, el tema que se plantea es que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no está expresamente excluido del listado previsto en la Resolución 244 de 2019,[10] pero tampoco se encuentra reconocido en el Plan Básico de Salud, cuya última actualización es la Resolución 3512 de 2019.

Frente a este contexto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: (1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.[11]

---

[6] Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.
[7] Numeral 3 del artículo 3 de la Resolución 1885 de 2018 *"Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones."*
[8] Sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, y T-414 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.
[9] Entre otras, las sentencias T-364 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
[10] *"Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud"*.
[11] Al respecto pueden ser consultadas, entre otras, las sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

En conclusión, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario verificar: (i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y (ii) en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido.

Principio de integralidad en salud.

De acuerdo con el artículo 2º, literal d) de la Ley 100 de 1993 la integralidad, en el marco de la Seguridad Social, debe entenderse como "la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley".

Dicho criterio fue posteriormente reiterado en la Ley 1122 de 2007[12] y actualmente desarrollado en la Ley Estatutaria de Salud[13], la cual en su artículo 8º dispuso que:

> "los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada".

Al respecto, cabe señalar que en sentencia C-313 de 2014 mediante la cual se llevó a cabo el control previo de constitucionalidad de la referida Ley Estatutaria de Salud, la Corte precisó que el principio de integralidad irradia el sistema de salud y determina su lógica de funcionamiento. De allí, que la adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas es un principio que "está en consonancia con lo establecido en la Constitución y no riñe con lo sentado por este Tribunal en los varios pronunciamientos en que se ha estimado su vigor"[14].

En ese contexto, sostuvo este Tribunal en reciente sentencia T-171 de 2018[15] que el principio de integralidad que prevé la ley 1751 de 2015 opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la

[12] "*Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*".
[13] Ley 1751 de 2015.
[14] Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza. Acápite 5.2.8.3
[15] M.P Cristina Pardo Schlesinger.

persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal. En ese sentido, destacó la Corte que el servicio "se debe encaminar a la protección constitucional del derecho fundamental a la salud, es decir que, a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que el entorno [del paciente] sea tolerable y digno".

En suma, ha considerado la propia jurisprudencia que el principio de integralidad, a la luz de la Ley Estatutaria de Salud, envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de garantizar la autorización completa de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología, así como para sobrellevar su enfermedad[16].

CASO CONCRETO:

De acuerdo con los hechos narrados en la parte inicial de esta Sentencia, la señora Adela Gómez Solano padece de *Alzheimer, problemas relacionados con movilidad reducida, incontinencia urinaria, incontinencia fecal, desnutrición proteicocalorica severa, ulcera de cubito, trastorno de ansiedad, trastorno del sueño*. Tiene 84 años de edad, y se encuentra a cargo de su hijo, quien ejerce la agencia oficiosa en el presente trámite, el médico especialista tratante de acuerdo a historia clínica del mes de septiembre de 2022, dispuso el servicio de cuidador domiciliario por 12 horas.

En primera instancia se otorgó el amparo concedido disponiendo, entre otros servicios el servicio de cuidador por 12 horas, así como la prestación de tratamiento integral.

La entidad accionada interpuso impugnación frente a la decisión de primera instancia, señalando que se debe negar el servicio de cuidador domiciliario, servicio porque considera que la responsabilidad de cuidado corresponde a la familia, y además se encuentra excluido del PBS. Reiteró también que la labor del personal de enfermería es necesaria cuando se requieren actividades que impliquen asistencia profesional, las cuales en este momento no son necesarias por la condición del paciente, ya que sus necesidades pueden suplirse por el cuidador.

De acuerdo con los elementos obrantes en el expediente, la señora Gómez Solano presenta demencia, problemas de movilidad y presenta múltiples deficiencias de salud, y por lo mismo, necesita asistencia completa. Por tanto, no hay duda entonces de que la petición de atención o cuidador domiciliario no es caprichosa, porque de la condición de salud que mantiene de acuerdo a historia clínica allegada, se deduce la necesidad de asistencia constante. Por tanto, si bien no hay duda de que la agenciada debe ser asistida, el juez constitucional no es competente para saber qué persona es idónea o qué profesional

[16] Corte Constitucional sentencia T-171 de 2018 M.P Cristina Pardo Schlesinger.

debe hacerlo, bajo qué condiciones y con qué regularidad, pues dicho papel debe ser acatado por el medico tratante, y es así que este dispuso la necesidad de un cuidador por 12 horas.

Entonces, es cierto que existe orden del médico tratante estableciendo la asistencia de un tercero. Pero, también lo es que la negativa de la Entidad se basa en que el servicio de cuidador domiciliario no se encuentra incluido en el PBS y el medico tratante no realizó la orden de dicho servicio a través de MIPRES

En el presente caso, el servicio de cuidador domiciliario no se ordena de forma directa. Es preciso llegar a esa conclusión porque: (i) existe orden del médico tratante, como exige la jurisprudencia constitucional y (ii) el juez constitucional no está llamada de definir las condiciones del servicio.

En este punto debe advertirse que es preciso que la medida que se adopte sea racional y razonable, esto es, que atienda a criterios médicos fundados en la mejor evidencia y en consideraciones de carácter valorativo según las particularidades del asunto; ya que una entidad encargada de prestar los servicios de salud vulnera los derechos fundamentales de un usuario cuando niega un servicio con fundamento en la ausencia de una orden médica a pesar de (i) tratarse de una persona de avanzada edad; y (ii) presentar una condición de salud precaria, pues, todos los usuarios del Sistema de Salud tienen derecho a que la entidad en cuestión, les realice las valoraciones necesarias para fundamentar si el servicio médico solicitado debe ser autorizado o no, fundado en los mejores elementos de pertinencia médica necesarios para fundamentar adecuadamente la decisión de autorizar o no el servicio. La EPS refiere que es el medico tratante quien debe solicitar dicho servicio a través el MIPRES, medidas administrativas internas que no tiene por que asumir el paciente.

Finalmente respecto al otro punto materia de la disconformidad objeto de la presente impugnación, la entidad accionada solicita se revoque la orden impartida por el a quo de tratamiento integral al agenciado, considerando este estrado que no es constitucionalmente admisible obligar a la accionante a adelantar trámites administrativos tendientes a la autorización de servicios médicos incluidos en el POS y No POS; y que atenta contra la continuidad del derecho a la salud obligarla a acudir a la acción de tutela cada vez que requiera de la autorización de un servicio para el tratamiento de una enfermedad determinada en esta acción, el juzgado confirmara la orden dada a la EPS que autorice todos los procedimientos, exámenes diagnósticos, medicamentos, suministros y elementos requeridos para el tratamiento integral de las patologías que padece y complicaciones médicas derivadas de esta, incluidos y no incluidos en el PBS.

En concordancia con lo anterior y teniendo en cuanta que la patología que padece el joven agenciado requerirá de una serie de servicios médicos para el restablecimiento de su salud, y con el fin de que se obtenga una continuidad en la prestación del servicio, evitarles el

trámite a los accionantes de tener que interponer nuevas acciones de tutela por cada servicio que les fue prescrito con ocasión a una misma patología y estos les son negados[17].[18] Es así que es deber de la NUEVA EPS debe brindarle un tratamiento que derive una integralidad para el accionante, en donde esté incluido los servicios hospitalarios, cirugía, procedimientos y medicamentos, entre otros, que dicha persona puedan necesitar, se entienden o no contenidos dentro de su plan de beneficios, siempre que se cumpla con los presupuestos que la Corte Constitucional ha determinado.

> *"…No sobra recordar que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el principio de integralidad en virtud del cual, se ha establecido que el juez de tutela debe ordenar que se garantice el acceso al resto de servicios médicos que sean necesarios para concluir el tratamiento de la enfermedad concreta[14].*
> *Específicamente ha indicado esta Corporación:*
> *"(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley."*
> *El principio encuentra asidero en la medida que (i) garantiza la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evita a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología".*

Respecto a los argumentos presentados por la NUEVA EPS señalando que se revoque lo referente a la faculta de recobro o el cubrimiento de los costos por parte de ADRES, este despacho encuentra que la misma es improcedente, puesto que el juez constitucional no es el llamado a determinar la facultad de recobro, como quiera que dicha materia no es de naturaleza constitucional que requiera de orden expresa de un juez, sino por el contrario opera por ministerio de la Ley; en ese sentido se hace referencia de lo estipulado en ese sentido por el H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial, y la Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008,la cual estipula;

> *"**Vigésimo quinto.- Ordenar** al administrador fiduciario del Fosyga que, a partir de la notificación de la presente sentencia, cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela: (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 de 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 como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir que en la parte resolutiva del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o la correspondiente entidad territorial. 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. Y (iii) en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación*

[17] Criterio reiterado en la sentencia T-830 de 2006, MP, Jaime Córdoba Triviño.
[18] Sentencia T- 202 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

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 aparatado (6.2.1.) de esta providencia."

De tal manera se encuentra acertada dicha decisión por parte del juzgador de primera instancia, pues es reiterado lo manifestado por la Corte Constitucional al señalar que el recobro se da por virtud de la ley y no por orden judicial, así como al presentarse discrepancias estas deben resolverse ante la jurisdicción ordinaria y no la constitucional. Planteadas así las cosas se confirmará el fallo de primera instancia.

En virtud de lo expuesto, el JUZGADO NOVENO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BUCARAMANGA SANTANDER, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley;

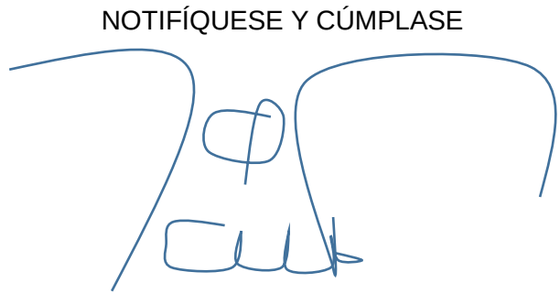
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia de fecha 22 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Descentralizado en Floridablanca; dentro de la acción de tutela incoada por JAVIER ENRIQUE CALDERON GOMEZ identificado con cedula de ciudadanía No 91.472.152 actuando como agente oficioso de ADELA GOMEZ SOLANO identificada con cedula de ciudadanía No 28.354.879; contra NUEVA EPS; por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a las partes interesadas en este asunto, de acuerdo a lo indicado en el Decreto 2591 de 1.991.

Oportunamente se remitirá el expediente digital de la presente actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JAIME ENRIQUE PUENTES TORRADO
Juez