



Cartagena de Indias D. T. y C., veinte(20) de enero de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Acción de tutela - impugnación	
Radicado	13001-33-33-011-2019-00246-01	
Demandante	Amada Genes Polo	
Demandado	Nueva E.P.S.	
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras	

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por la parte demandada contra la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2019, por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual tuteló el derecho fundamental a la salud de la accionante.

2.1. La demanda (fs. 1-6)

a. Pretensiones

La señora Amanda Genes Polo, actuando como agente oficiosa de su hijo, el joven José Armando Zúñiga Genes, presentó acción de tutela contra la Nueva E.P.S., con el fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales a la vida, y salud, y, como consecuencia, se le entregue una silla de ruedas, se autorice una enfermera 24 horas, servicio de ambulancia para asistir a las citas médicas y atención domiciliaria.

b. Hechos.

La agente oficiosa afirmó, en resumen, lo siguiente:

Su hijo José Armando Zúñiga Genes, se encuentra en situación de discapacidad física, psiquiátrica y sensorial, depende 100% de ella para todas sus necesidades.

Alegó que es su madre y cuidadora permanente, padece de mastectomía de mama derecha, y su estado de salud se está deteriorando por el esfuerzo que le genera ayudar en la movilidad de su hijo.

El 8 de marzo de de 2019, su hijo ingresó a la Clínica del Bosque con una herida en la cabeza producida por una caída, no hubo fractura ni hemorragia, lo dejaron hospitalizado porque tenía una válvula que se había colocado a los 6 meses de edad, y después de muchos estudios, el neurocirujano consideró que se debía cambiar la válvula por la de un de adulto.





El 18 de marzo de 2019 se le practicó el proceso quirúrgico y se le dio salida 5 días después de tratamiento del ciclo de antibióticos.

El 21 de marzo de 2019, regresó a la Clínica porque el catéter del peritoneo se rodó, saliendo liquido por la piel. Nuevamente entra a cirugía para colocar bien el catéter. Duró 10 días hospitalizado recibiendo tratamiento clínico, dándole salida el 28 de marzo de 2019, pero en la madrugada del 29 de marzo, regresó a la Clínica con una fuerte dificultad respiratoria.

A partir de ese momento su situación médica se empezó a complicar, perdió masa muscular, recayó con neumonía que le produjo una sepsis que se agravó durante su hospitalización. Volvió a la casa sin vigor, y su fuerza muscular va desapareciendo. Regresó nuevamente a la Clínica con absceso en el abdomen donde tiene la herida del catéter.

En la actualidad se le están presentando escaras en el coxis.

3. Contestación (fs. 58 - 61)

La Nueva E.P.S. afirmó que ha garantizado la prestación de los servicios de salud de la accionante en forma oportuna y con calidad, basándose en las órdenes de sus médicos tratantes.

Respecto al servicio de ambulancia solicitada por la demandante, aclaró que la misma se viene garantizando mediante la I.P.S Centro Médico Buenos Aires, reportándose la autorización del paquete de atención domiciliaria paciente crónico con terapias mensual.

En cuanto a la solicitud de silla de ruedas con soporte para cuello, manifestó que este es un servicio excluidos del Plan de Beneficios en Salud conforme al numeral 5 del artículo 132 de la Resolución No. 5592 de 2015, por no tratarse de tratamientos médicos, por lo que no es procedente acceder a la solicitud.

Sobre el cuidador, sostiene que además de no presentar orden por parte del médico para dicho servicio, este lo brinda la familia para la realización de sus actividades básicas del paciente como son correr, caminar, bañarse, y vestirse, cuidados que deben ser suministrados por su grupo familiar, mas no el personal médico.

III.- FALLO IMPUGNADO (fs. 202-209)

El A-quo, mediante sentencia de 5 de noviembre de 2019, tuteló el derecho fundamental a la salud del accionante en los siguientes términos:

"PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental a la salud al joven José Armando Zúñiga Genes.





SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA EPS a que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia:

Autorice el suministro de cuidador domiciliario por ocho (8) horas diarias, a fin de atender todas las necesidades básicas que la accionante no puede satisfacer autónomamente debido a las enfermedades que le aquejan.

Disponga que una Junta médica evalúe la necesidad de que el joven cuente con una silla de ruedas para movilizarse. Si a partir de dicha valoración concluye que el niño necesita una silla de ruedas o una ayuda técnica similar, la EPS deberá adelantar el procedimiento pertinente para ordenar su suministro.

Allegue a este Despacho constancia de autorización de servicio de ambulancia, en caso que no haya sido expedida, debido a la condición del joven José Armando Zúñiga Genes, quien no puede valerse por sí mismo se ordenara que la entidad demandada facilite el desplazamiento a los controles médicos en ambulancia.

TERCERO: Denegar las demás pretensiones de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Para sustentar su decisión, el A-quo sostuvo que es procedente el servicio de cuidador porque si bien los familiares son los que por mandato jurisprudencial y en virtud del principio de solidaridad les corresponde la ayuda a su grupo familiar, en el presente asunto quedó demostrado que la madre y cuidadora del joven cuenta con 58 años de edad, quien padece de mastectomía total por cáncer de mamá canicular, y por ello no se encuentra en condiciones físicas de continuar con el cuidado requerido para su hijo en óptimas condiciones, además carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratación de la prestación de este servicio.

Sobre el suministro de la silla de ruedas exponen que la jurisprudencia ha establecido unas condiciones para el suministro de este servicio, dentro de los que se encuentra la prescripción médica, la cual no fue aportada. No obstante, dispuso que la junta médica evalúe la procedencia de la silla de rueda.

IV.- IMPUGNACIÓN (Fs. 89-91)

La Nueva EPS sostuvo que atendiendo el fallo judicial, solicitó al Juzgado de primera instancia como pretensión subsidiaria el recobro ante ADRES de todos aquellos medicamentos, elementos o procedimientos que no se encuentren en el P.B.S. y que sea otorgado a través de la acción tutela, pretensión que no fue objeto de pronunciamiento por parte del juez.

Por lo anterior, solicitó adicionar al fallo de primera instancia para que se autorice el recobro a la Secretaria de Salud Departamental o a la ADRES, del 100% de los medicamentos, servicios e insumos que estén por fuera del PBS.

V. - CONTROL DE LEGALIDAD



La presente acción de tutela no adolece de vicios o nulidades procesales que afecten el correcto trámite de la misma.

VI.- CONSIDERACIONES

6.1 Competencia

El Tribunal Administrativo de Bolívar, según lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia la impugnación de la sentencia de tutela de la referencia.

6.2 Problema jurídico

Corresponde a esta Sala establecer si la acción de tutela es procedente para ordenar a la Nueva EPS autorizar el recobro de los medicamentos, servicios e insumos que se encuentren por fuera del P.B.S.

6.3. Tesis de la Sala

La Sala no accederá a la petición de la parte accionada porque existe un procedimiento administrativo independiente para el recobro de los medicamentos, servicios e insumos que se encuentran por fuera del P.B.S., por lo que es innecesario orden de tutela para el recobro ante Administradora de los Recursos del Sistema General del Sistema de Salud –ADRES–.

VII.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

- Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.

-La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable



- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

- Del carácter fundamental del derecho a la salud y los principios que la inspiran

Actualmente la salud, es reconocida como un derecho fundamental, debido a que por su relación y conexión directa con la dignidad humana, es instrumento para la materialización del Estado social de derecho. Así es claramente definido en sentencias como la T-760 de 2008:

"El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. (...) El Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] advierte que 'todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente', y resalta que se trata de un derecho ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos humanos. Observa el Comité que el concepto del 'más alto nivel posible de salud' contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, en tal sentido es claro que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de 'buena salud', sino a garantizar 'toda una gama de facilidades, bienes y servicios' que aseguren el más alto nivel posible de salud."

La Corte Constitucional ha señalado que la garantía constitucional con la que cuenta toda persona para acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada en los artículos 48 y 49 la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993, implica que el servicio a la salud debe ser prestado conforme a una serie de principios, entre ellos¹:

- **Oportunidad:** Significa que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud para no padecer progresivos sufrimientos. Esto quiere decir, que cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente, se configura un acto trasgresor del derecho fundamental a la salud, por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente. Este principio incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen puntual de la patología que padece la persona, con el fin de asegurarle el tratamiento adecuado.
- **Eficiencia:** Busca que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir.
- **Calidad:** Conlleva que todas las prestaciones en salud requeridas por los pacientes, sean los tratamientos, medicamentos, cirugías o procedimientos, contribuyan notoriamente a la mejora de las condiciones de vida y salud de los mismos. Quiere decir que las entidades obligadas a garantizar la prestación del

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-745-13





servicio, no deberán suministrar medicamentos o prestar cualquier servicio médico con deficiente calidad, y que como consecuencia, agrave la salud de la persona.

- **Integralidad:** *Ha sido postulado por la H. Corte Constitucional para las situaciones en las cuales, los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que la entidad responsable solo le autoriza al interesado, una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud. Esta situación de fraccionamiento del servicio se debe por ejemplo al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir.*

En otras palabras, este principio predica que las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para ejecutar un tratamiento.

Este principio pretende (i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar 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.

- **Continuidad:** *La H. Corte Constitucional, ha amparado el derecho a que a toda persona se le garantice la no interrupción de un tratamiento, una vez éste haya sido iniciado, antes de la recuperación o estabilización del paciente.*

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.

"Que este Ministerio expidió la Resolución 3951 de 2016. Mediante la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictaron otras disposiciones acto administrativo que fue modificado por las Resoluciones 5884 de 2016 y 532 de 2017."

La Sala prohíja la sentencia transcrita y la aplicará al presente caso.

VIII. – PRUEBAS RELEVANTES PARA DECIDIR

-Copia de orden de traslado en ambulancia expedida por el Centro Médico Buenos Aires (f. 7).

-Copia de la epicrisis del joven José Armando Zúñiga Genes, con fecha de ingreso de 30 de marzo de 2019 a través de la cual se evidencia su actual estado de salud. (fs. 8-14)

-Copia de solicitud de servicio a nombre de José Armando Zúñiga (fs. 15)



- Copia del resumen de la Historia clínica de José Armando Zúñiga Genes, en la que consta que padece Hidrocefalia con válvula de derivación ventriculoperitoneal, retraso mental, sordo-mudo (fs. 16-20)
- Copias de atención de consulta médica general y especializada (Fis. 21-23)
- Copia de la epicrisis del joven José Armando Zúñiga Genes, con fecha de ingreso de 08 de abril de 2019 a través de la cual se evidencia su actual estado de salud. (fs. 24-29)
- Copia de solicitud de servicio a nombre de José Armando Zúñiga Genes (fs. 30)
- Copia del resultado de valoración de autonomía para las actividades de la vida diaria- BARTHEL- de fecha de 31 de agosto de 2019. (fs. 35-38)
- Copia de fotos de José Armando Zúñiga Genes donde se evidencia el desmejoramiento de la salud. (fs. 39-40)
- Copia de atención de consulta médica general y especializada (fl.41)
- Copia del resumen de la Historia clínica de Amanda Genes Polo, en la que consta que padece tumor maligno de mama, parte no especificada (fs. 43)
- Copia de la epicrisis del joven José Armando Zúñiga Genes, con fecha de ingreso de 08 de octubre de 2019 a través de la cual se evidencia su actual estado de salud. (fs. 44-50)
- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Daxy Judith Amaris Aguilar, en la que consta que tiene 70 años de edad (f.188).

IX.- CASO CONCRETO.

En la epicrisis allegada al expediente visible a folios 8 a 15, se observa que el joven José Armando Zúñiga Genes tiene antecedentes Hidrocefalia con válvula de derivación ventrículo peritoneal, retraso mental, sordo, ciego entre otras patologías.

A través de agente oficiosa, solicita que la entidad accionada le suministre una enfermera permanente las 24 horas del día para el paciente en su domicilio, silla de ruedas para el desplazamiento del paciente, con un soporte para el cuello, servicio de ambulancia para asistir a sus citas médicas con especialistas y atención domiciliaria y toda su rehabilitación.

En sentencia de 05 de noviembre de 2019 se ampararon los derechos a la salud del joven José Armando Zúñiga Genes, en los siguientes términos:



"PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental a la salud dl joven José Armando Zúñiga Genes.

SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA EPS a que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia:

Autorice el suministro de cuidador domiciliario por ocho (8) horas diarias, a fin de atender todas las necesidades básicas que la accionante no puede satisfacer autónomamente debido a las enfermedades que le aquejan.

Disponga que una Junta médica evalúe la necesidad de que el joven cuente con una silla de ruedas para movilizarse. Si a partir de dicha valoración concluye que el niño necesita una silla de ruedas o una ayuda técnica similar, la EPS deberá adelantar el procedimiento pertinente para ordenar su suministro.

Allegue a este Despacho constancia de autorización de servicio de ambulancia, en caso que no haya sido expedida, debido a la condición del joven José Armando Zúñiga Genes quien no puede valerse por sí mismo se ordenara que la entidad demandada facilite el desplazamiento a los controles médicos en ambulancia.

TERCERO: Denegar las demás pretensiones de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Conviene señalar que se presentó recurso de apelación por parte de la Nueva EPS, en el que se infiere la aceptación del fallo de primera instancia, pues solo solicitaron que se adicionara al fallo de tutela de fecha 05 de noviembre de 2019 "ordenar la Administradora de los Recursos del Sistema General del Sistema de Salud –ADRES–, el recobro del 100% de los medicamentos, servicios e insumos"

En el año 2018 se crea la Resolución 1885 por medio de 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"

En los términos de las disposiciones antes mencionadas, se tiene que la Resolución de 1885 de 2018 crea el procedimiento administrativo por medio del cual pueden las entidades prestadoras de salud realizar directamente el recobro de las tecnologías no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios ante la administradoras de los recursos del sistema general de seguridad social- ADRES-, sin necesidad de orden por medio del juez de tutela, puesto que se trata de una discusión de carácter administrativo entre las entidades involucradas que debe ser resuelta entre ellas, el juez constitucional solo asume la protección de los derechos fundamentales de las personas que requieren amparo.



Es así como en su Título III artículo establece los documentos y requisitos para la presentación de las solicitudes de recobro o cobro desde su artículo 35.

En virtud de lo anterior, no es procedente autorizar a la NUEVA EPS a realizar el recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General del Sistema de Salud –ADRES- debido a que ya existe un procedimiento administrativo establecido por la Resolución 1885 de 2018 que lo autoriza a realizar cobro y recobros.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

X.- FALLA

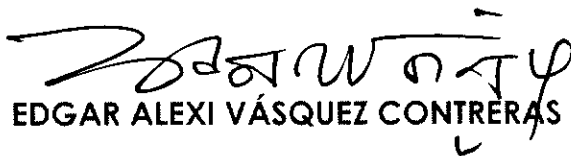
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO: Dentro de los 10 días siguientes a su ejecutoria, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: Háganse las anotaciones de rigor en el Sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
(AUSENTE CON PERMISO)


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE