



República de Colombia

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil-Familia-Laboral

**MAGISTRADO PONENTE
MARCO TULIO BORJA PARADAS**

RADICADO N° 23-001-31-10-001-2020-00072 FOLIO 132-20

Montería, veintidós (22) de abril de dos mil veinte (2020)

I. ASUNTO

Se decide la impugnación formulada por la accionante contra el fallo de fecha diez (10) de marzo de dos mil veinte (2020), proferido por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Montería -Córdoba, mediante el cual denegó la tutela interpuesta por Bilma Isabel Hoyos actuando como agente oficioso de Simón José Arrieta contra NUEVA EPS.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda de Tutela

1.1. Solicitud

Pretende la accionante como agente oficioso de Simón José Arrieta, el amparo de los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana; para el efecto pide que se ordene a NUEVA EPS y/o Clínica Central que suministre el tratamiento, elementos y medicamentos solicitado (visitas domiciliarias médicas, pañales desechables para adulto, gazas para curaciones, alcohol, suero fisiológico, Ensure), que se asigne una enfermera diaria y cama ortopédica.

1.2. Hechos sustanciales invocados

Afirma la accionante que su esposo sufrió un accidente, pues fue arrojado por una motocicleta, por lo que fue trasladado a la clínica de traumas y fracturas donde fue diagnosticado con trauma craneoencefálico con pérdida de estado de conciencia por un término indeterminado, posterior incorporación con agitación, desorientación y amnesia de los hechos, trauma en torax, columna cervical, pelvis, dolor con limitación a los movimientos, que fue operado y posteriormente remitido a la Clínica Central, donde fue atendido y hospitalizado por 30 días, le dieron de alta

con ciertas recomendaciones y cuidados domiciliarios, que a pesar de su delicado estado de salud, ni Nueva EPS, ni Clínica Central se han preocupado por asignarle una enfermera y suministrarle lo necesario para su recuperación, que se ha visto atada a la manutención de él y no cuenta con recursos para comprar los elementos que requiere, por lo que el 20 de enero en cita con el internista solicitó de forma verbal los implementos para atención de higiene y salud, así como una enfermera, que la respuesta fue que ellos no están autorizados para suministrarlos.

1.3. Fundamentos de derechos

- Artículo 1, 11, 49 y 86 de la Constitución Política.
- Decreto 2591 y 306 de 1992.

2. Respuesta de los sujetos pasivos

2.1 NUEVA EPS, contestó la acción de tutela y manifestó que la Gerencia en Salud en cabeza de Claudia Elena Morelos y Fernando Echavarría Diez en calidad de Gerente de la Regional Nor occidente, se encuentra en los trámites administrativos y análisis del caso para pronunciarse. Solicita que se de por terminado el trámite de tutela eximiendo a NUEVA EPS de toda responsabilidad.

III. EL FALLO IMPUGNADO

El Juzgado Primero de Familia del Circuito de Montería, denegó el amparo de los derechos, por considerar que en principio para poder acceder al amparo de la provisión de estos suministros se requiere una orden médica, la cual no existe en el presente caso.

IV. LA IMPUGNACIÓN

La accionante impugnó el fallo de tutela y centró su inconformidad en que es un hecho notorio que el señor Simón José Arrieta se encuentra en un estado de debilidad manifiesta ya que su estado de salud es endeble por lo que aportara fotos del estado actual de salud.

V. PRUEBAS RECAUDADAS

- Historia Clínica.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El Tribunal es competente para decidir en segunda instancia el presente trámite de tutela, de conformidad al artículo 86 de la Constitución y los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000.

2. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si la NUEVA EPS, vulneraron los derechos fundamentales a la vida, salud y dignidad humana del señor Simón José Arrieta Berrio.

3. El derecho fundamental a la salud.

La Corte Constitucional en Sentencia T- 061 de 2019, señaló:

“La protección del derecho fundamental a la salud y el elemento de ‘requerir con necesidad’

67. Dada la naturaleza del fundamental derecho a la salud, corresponde al juez de tutela identificar su eventual afectación a partir de la verificación de que el tutelante *requiere con necesidad* un medicamento, servicio, procedimiento o insumo^[76]. En efecto, se dijo en la sentencia T-760 de 2008 que *“desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’ (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un Estado Social de Derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere”*.

68. Ahora bien, en esta misma sentencia, que constituye un hito en la comprensión del derecho a la salud, se estableció que **“[e]n el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente”**^[77]. Esta perspectiva asegura que un experto médico, que conoce del caso del paciente, sea quien determine la forma de restablecimiento del derecho afectado, **lo que excluye que sea el juez o un tercero, por sí y ante sí, quienes prescriban tratamientos cuya necesidad no se hubiese acreditado científicamente**^[78].

69. Igualmente, hay que destacar que la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015) estableció en su artículo 15 que todos los servicios y tecnologías *requeridos* por la población para la garantía de su derecho fundamental a la salud, estarían cubiertos por un nuevo plan de beneficios, del cual solo se entenderían excluidos aquellos servicios que fueran señalados de forma expresa por el Ministerio de Salud tras un procedimiento técnico - científico, transparente y participativo^[79]. En efecto, el PBS vigente para el año 2018 se encuentra contenido en la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017, y la lista de servicios y tecnologías excluidos se encuentran previstos en la Resolución 5267 de la misma fecha, ambas proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Derecho al diagnóstico

70. Ahora bien, esta Corte ha determinado que si bien el juez de tutela no es competente para ordenar el reconocimiento de servicios y tratamientos, resulta viable que ante un indicio razonable de afectación a la salud, se ordene a la Empresa Promotora de Salud respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el

conocimiento de la situación del paciente, emitan un diagnóstico en el que determinen si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido con necesidad, a fin de que sea eventualmente provisto^[80].

71. Esta Corporación ha establecido que el derecho al diagnóstico deriva del principio de integralidad y consiste en la garantía que tiene el paciente de *“exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado”^[81]. La finalidad de este componente del derecho a la salud impone “(...) (i) [Identificación:] Establecer con precisión la patología que padece el paciente; lo cual, revela a profundidad su importancia, en la medida en que se erige como verdadero presupuesto de una adecuada prestación del servicio de salud, (ii) [Valoración:] Determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al “más alto nivel posible de salud”, (iii) [Prescripción:] Iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente”^[82].*

E. NO EXISTE PRUEBA DE LA NECESIDAD DE LO SOLICITADO, PERO SE TUTELARÁ EL DERECHO AL DIAGNÓSTICO

72. En el presente caso, el señor Cecilio Moreno Hípiá solicitó, como agente oficioso, la protección de los derechos fundamentales a la vida, igualdad y salud de su progenitora, con base en la presunta omisión de la E.P.S. Asmet Salud, de prestarle los servicios de transporte, médico y enfermería domiciliarios, y suministrarle los insumos de *“pañales desechables, crema Marly, Ensure y silla de ruedas”*. El accionante, a pesar de su manifestación respecto de la supuesta necesidad de los insumos y servicios solicitados, no aportó elementos actuales que acreditaran que la señora Hípiá *requiere con necesidad* lo solicitado en sede de tutela.

73. En efecto, observa la Sala que a pesar de que se aportaron copias de la historia clínica de la agenciada, elaborada con ocasión de una atención de urgencias que inició el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) por motivo de una fractura de cadera izquierda, introcántica sin soporte posteromedial^[83], derivada aparentemente de una caída de su propia altura^[84], de ella no se desprende verificación científica que le permita a esta Sala ordenar, mediante el amparo del derecho a la salud, lo solicitado por el agente oficioso. Hay que señalar que en la historia clínica allegada está consignada la ocurrencia de la fractura, pero no de las necesidades de la paciente emanadas de la misma y, sobre todo, de la actualidad de su situación médica. Sobre este punto conviene resaltar que, tanto los diagnósticos referidos como los registros de suministro de medicamentos datan de cerca de un año y medio, pudiendo o no la agenciada estar padeciendo secuelas del trauma y necesitando de atención en salud por su fractura^[85].

74. Con el fin de determinar la actualidad de las patologías de la agenciada, el juez de primera instancia y esta Sala solicitaron a la parte accionante información que permitiera establecer la necesidad de lo pedido en la tutela; a pesar de esto, nunca se remitió a los jueces del caso, incluyendo a esta Sala de Revisión, prueba alguna que acreditara que se requiriera de lo solicitado (ver supra, nums. 22. y 27.). De otro lado, esta Corte también requirió a la parte accionada con el fin de determinar la necesidad de los servicios e insumos pretendidos, pero de lo informado por la EPS Asmet Salud se concluye que no existe evidencia acerca de órdenes médicas pendientes o incluso diagnósticos posteriores que señalen la necesidad en torno a lo solicitado por la parte tutelante. Antes bien, esta entidad declaró que una vez consultada su base de datos sobre gestión de solicitudes médicas, la usuaria no realizó ningún trámite de órdenes médicas,

consultas o servicios desde el año 2016 en el sentido de lo pedido, y confirmó que en ausencia de prescripciones o trámites internos por parte de sus médicos adscritos, no ha autorizado ninguno de los insumos o servicios solicitados. Debe desatacarse que la EPS Asmet Salud aclaró que la agenciada cuenta, con cargo a la UPC asignada, con el servicio de transporte para asistir a los servicios de salud que sean ordenados fuera de su municipio, tal como lo ordena la Resolución 5268 de 2017^[86].

75. En este sentido, al hacer un estudio de las pruebas aportadas y recaudadas en este trámite de revisión de fallos de tutela, **se observa que no existen órdenes médicas que sustenten el elemento de requerir con necesidad los insumos o servicios y por ello, falta lo fundamental para acreditar la vulneración del derecho a la salud.** En efecto, aplicando al caso concreto las reglas jurisprudenciales depuradas anteriormente se encuentra que en este caso no puede hablarse de vulneración a la salud por falta de provisión de lo solicitado, sino de afectación del derecho de la agenciada por cuanto no goza de un diagnóstico actual sobre sus necesidades en materia de salud. En efecto, se tiene que:

- (i) *–El diagnóstico médico es necesario para la eventual atención en salud:* los diagnósticos realizados a la señora Ipia datan de hace alrededor de un año y medio y no existe evidencia o al menos indicio de la existencia de secuelas de dicho evento o de otros posteriores, que permitan identificar una necesidad desde el punto de vista científico, que obligue a la entrega de los insumos o la provisión de los servicios aludidos por el agente oficioso en su pretensión de tutela; no obran en el expediente elementos de juicio que permitan a la Corte inferir cómo lo solicitado pueda solventar la situación de salud de la agenciada, en especial porque no se conoce, desde el punto de vista médico, el estado actual de la paciente, ni el impacto de lo requerido en el tratamiento de sus patologías.
- (ii) *Algunos servicios, insumos, tratamientos o procedimientos solicitados pueden encontrarse expresamente excluidos del plan de beneficios^[87], situación que debe analizarse desde el punto de vista científico por la accionada:*
- Silla de ruedas – se encuentra expresamente excluido por el parágrafo 2 del artículo 59 de la Resolución 5269 de 2017^[88].
 - Médico y enfermera domiciliaria – Hace parte del plan de beneficios, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 de la Resolución 5269 de 2017^[89].
 - Transporte – hace parte del Plan de Beneficios, en ciertas condiciones. Dados los elementos de convicción que obran en el expediente, no es posible determinar el tipo de transporte solicitado o eventualmente requerido^[90]. Valga recordar que “[e]n principio, el transporte, fuera de los eventos [...] señalados [en la Resolución], correspondería a un servicio que debe ser costeado únicamente por el paciente y/o su núcleo familiar”^[91].
 - Crema Marly hidratante – la Resolución 5267 de 2017 excluye expresamente todas las lociones y emulsiones hidratantes corporales^[92].
 - Ensure – la Resolución 5267 de 2017 excluye expresamente los suplementos vitamínicos^[93].
 - Pañales – la Resolución 5267 excluye todas las toallas higiénicas, pañitos húmedos, papel higiénico e insumos de aseo^[94].
- (iii) ***La necesaria intervención del médico tratante para determinar si lo pretendido en sede de tutela es requerido con necesidad: Los servicios e insumos que aquí se reclaman no cuentan de momento con una verificación de actualidad y relevancia médica que acredite, desde el punto de vista científico, que la señora Ipia requiere con necesidad los insumos y servicios solicitados por el agente oficioso.***

76. Motivo de lo anterior, las pretensiones planteadas por el agente oficioso no están llamadas a prosperar. A pesar de esto, considera esta Sala que en aplicación de los principios de equidad y solidaridad -elementos del derecho a la salud^[95]-, por la calidad de sujeto de especial protección de la señora Ipia en tanto adulta mayor^[96] y la falta de evidencia contundente sobre la

ausencia de necesidad actual de los servicios solicitados, resulta procedente en este caso tutelar el derecho a la salud de la agenciada en su faceta diagnóstica. Sobre esto, es importante resaltar que se encuentra probado, según la historia clínica del año 2016, que la paciente sufrió de “*FRACTURA DE CADERA IZQUIERDA INTERTROCANTÉRICA SIN SOPORTE POSTEROMEDIAL, HTA EN CONTROL, HIPOACUSIA SENIL, ARTROSIS EN AMBAS CADERAS, OSTEOPOROSIS, ANEMIA SEVERA AGUDA E INSUFICIENCIA RENAL AGUDA AKIN II*”. Estas patologías, algunas de ellas progresivas, y la edad de la agenciada, son un indicio de una eventual necesidad en materia de salud, y sustentan la conveniencia de que sea valorada por su médico tratante, de modo que se determine su estado actual de salud y los medicamentos, insumos y/o tecnologías que eventualmente requiera para atender su recuperación.

77. Con fundamento en lo anterior, se ordenará a la EPS Asmet Salud que, a través del médico tratante de la señora Benilda Ipia de Moreno, se valoren sus condiciones de salud y se determine si *requiere con necesidad* la provisión de: (i) médico domiciliario, (ii) servicio de enfermería domiciliaria, (iii) silla de ruedas; (iv) crema Marly hidratante, (v) Ensure; (vi) pañales y, dependiendo de la modalidad, (vii) transporte para la atención médica. Sobre este último, se destaca que la nueva evaluación de la necesidad de la paciente no debe hacerse en perjuicio de la prestación con la que esta ya cuenta, con cargo a la UPC asignada, y que fue reconocida por Asmet Salud EPS en su respuesta al requerimiento probatorio de esta Sala⁹⁷.”

5. Caso Concreto

Pretende la accionante que se ordene a NUEVA EPS que suministre el tratamiento, elementos y medicamentos solicitados, que se asigne una enfermera diaria y cama ortopédica.

El a quo denegó el amparo de los derechos, por considerar que en principio para poder acceder al amparo de la provisión de estos suministros se requiere una orden médica, la cual no existe en el presente caso.

La accionante impugnó el fallo de tutela y centró su inconformidad en que es un hecho notorio que el señor Simón José Arrieta se encuentra en un estado de debilidad manifiesta ya que su estado de salud es endeble por lo que aportara fotos del estado actual de salud.

De las pruebas aportadas, esto es, la historia clínica del agenciado, se observa que estuvo hospitalizado en la Clínica Central, a causa de un accidente de tránsito y le fue realizado el procedimiento quirúrgico Creanectomía Pronto temporal, que la historia clínica es de 12 de diciembre de 2019, donde le dan orden médica para manejo domiciliario medicamentos y terapias físicas cada 24 horas y respiratorias integral. A su vez, según certificado de ADRES obrante en el expediente el agenciado se encuentra afiliado a NUEVA EPS en el régimen subsidiado.

Conforme a lo anterior, no encuentra la Sala acreditado que existan ordenes expedidas por el médico tratante del señor Simón José Arrieta Berrio, donde

se ordene lo pedido por la accionante. Empero, teniendo en cuenta el precedente constitucional citado y como lo manifiesta la actora en su impugnación que el estado de salud del agenciado es delicado, considera la Sala que si bien, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente, esto excluye que sea el juez o un tercero, por sí y ante sí, quienes prescriban tratamientos cuya necesidad no se hubiese acreditado científicamente.

Ahora, por esto y teniendo en cuenta el estado de salud del paciente teniendo en cuenta las fotos aportadas y el procedimiento quirúrgico al que fue sometido Creanectomia Pronto temporal, se tutelaré el derecho a la salud en la faceta diagnóstica, para que sea valorado por su médico tratante, de modo que se determine su estado actual de salud y los medicamentos, insumos y/o tecnologías que eventualmente requiera para atender su recuperación.

Por lo que se ordenará a NUEVA EPS, que a través del médico tratante del señor Simón José Arrieta Berrio, se valoren sus condiciones de salud y se determine si requiere con necesidad la provisión de visitas domiciliarias médicas, pañales desechables para adulto, gasas para curaciones, alcohol, suero fisiológico, Ensure, enfermera diaria y cama ortopédica.

Por lo dicho se revocará el fallo impugnado.

VII. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, en Sala Segunda de Decisión Civil-Familia-Laboral, actuando como Juez Constitucional,. ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo impugnado; en consecuencia, **TUTELAR** el derecho fundamental a la salud del señor Simón José Arrieta Berrio.

SEGUNDO: ORDENAR a NUEVA EPS, que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice y programe, para realizarse dentro de los quince (15) días siguientes, una valoración médica de la situación de salud del señor Simón José Arrieta Berrio, en la que deberá participar su médico tratante, a fin de determinar los medicamentos, insumos o servicios que requiere para su tratamiento.

TERCERO: Comuníquese a los interesados y al juzgado de primera instancia, en la forma establecida en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Remítase oportunamente, el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión. (Artículo 31 - inciso 2° - Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:


MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado


CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado