



Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico
Juzgado Primero Oral Administrativo del Circuito de Barranquilla

Barranquilla D.E.I.P., veintinco (25) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado	08-001-33-33-001-2021-00228-00
Medio de control o Acción	TUTELA.
Demandante	MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, representado por su esposa NUBIA MAURY AMARANTO en calidad de Agente Oficiosa.
Demandado	FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA
Vinculado	IPS UNION TEMPORAL FERRONORTE, conformada por la ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A., CLINICA BLASS DE LEZO S.A, INVERCLINICAS S.A., CLINICA MEDIESP S.A.S, CLINICA LA MILAGROSA S.A, y CLINICA GENERAL DE CIENAGA S.A.S, identificada con NIT No. 901.416.452-0 representada legalmente por LIGIA MARÍA CURE RIÓS
Juez	GUILLERMO ALONSO ARÉVALO GAITAN

ACCION DE TUTELA

DERECHO FUNDAMENTALES A LA SALUD Y A LA VIDA

I.- PRONUNCIAMIENTO

La señora NUBIA MAURY AMARANTO en calidad de agente oficiosa de su esposo MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, incoó acción de tutela en virtud de lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política, desarrollado por el Decreto – Ley 2591 de 1991, contra **FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES DE COLOMBIA**, solicitando la protección de los derechos a la VIDA y a la SALUD de su esposo MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA. Al trámite de tutela se ha vinculado a la **IPS UNION TEMPORAL FERRONORTE, conformada por la ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A., CLINICA BLASS DE LEZO S.A, INVERCLINICAS S.A., CLINICA MEDIESP S.A.S, CLINICA LA MILAGROSA S.A, y CLINICA GENERAL DE CIENAGA S.A.S**, identificada con NIT No. 901.416.452-0 representada legalmente por LIGIA MARÍA CURE RIÓS.

II.- ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Solicita al despacho se le conceda lo siguiente:

“Con fundamento en los hechos y en las consideraciones expuestas, al FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA respetuosamente solicito al señor Juez TUTELAR, ordenarle a esta entidad le sean proporcionados a mi representado y esposo los pañales desechables, la crema anti escaras, la silla de ruedas, los alimentos suplementarios como son el casilan y ensure avance, cama hospitalaria y de ser posible una enfermera”.

HECHOS

Los hechos fueron expuestos de la siguiente forma:

Dirección: carrera 44 No. 38 – 26 1º piso. Edificio Telecom.
Celular y whatsapp 3147618222
www.ramajudicial.gov.co
Email: adm01bqla@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla - Atlántico. Colombia



Radicación: 08-001-33-33-001-2021-00228-00

Demandante: MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, representado por agente oficiosa

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Vinculado: IPS UT FERRONORTE.

Medio de Control: ACCION DE TUTELA

“1.-Hace 5 meses mí representado y esposo MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA le diagnosticaron mieloma múltiple (cáncer de columna específicamente en las vértebras).

2.-El Dr. ARTURO GUZMAN HEMATOLOGO ONCOLO quien es su médico me manifestó verbalmente que mi esposo necesitaba suplementos alimenticios tales como CASILAN Y ENSURE e igualmente como no me dio la orden por escrito, me manifestó que lo remitía a la nutricionista para lo pertinente y desde hace un mes que fue atendido por tele consulta manifestándome dicha profesional que para formularle estos productos alimenticios tendrían que hacer una junta médica, y hasta la presentación de la tutela no han realizado dicha junta médica y no sé qué están esperando para llevar a cabo dicha junta como tampoco entiendo porque deben hacer esa junta para formularle esos productos alimenticios.

3.- Viendo que mi esposo y representado los necesita dado que padece anemia grado 3 ya que no se está alimentando bien porque no le apetece las comidas, mientras que mi esposo se encuentra postrado en una cama deteriorándose su salud cada día más ya que no quiere comer como ya se los manifesté, y con una anemia grado tres es peor su condición cada día que pasa y por ese motivo el hematólogo oncólogo sugirió esos productos alimenticios y tampoco comprendo porque no los formulo él.

4.-Mi representado es un paciente con deterioro generalizado, aparte de su cáncer, padece también insuficiencia renal crónica no especificada, encefalopatía no especificada, síndrome de dificultad respiratoria del adulto, lumbago no especificado, anemia grado 3, fractura patológicas, lesiones osteológicas en columna, compresión medular, y cardiopatía isquémica entre otras.

5.-Dado que el paciente se encuentra postrado en una cama por las patologías descritas por los médicos tratante es necesario y urgente una silla de rueda, cama hospitalaria, una ambulancia que necesita para ser transportado por sus patología ya que lo trasportamos es en un carro particular el cual no es el adecuado por su estado, una enfermera ya que yo como puedo le pago a una para que lo atienda en el turno de la noche porque no me alcanza para cancelarle el turno de día, paños desechables, y paños húmedos esta respetuosa solicitud la hago toda vez que no cuento con los recursos suficientes, ya que mi pensión no es suficiente para sufragar los gasto de todo lo que mi esposo necesita en estos momentos ya que hay que atenderlo 24/7 y muchas veces el cansancio nos vence.

6.-El 3 de mayo del 2021 presente derecho de petición al FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA quien me da respuesta negándome la solicitud de pañales desechables para mi esposo, aduciendo que no existe ordenamiento, formula, prescripción, indicación por ningún médico adscrito, vinculado a esta entidad, lo cual es cierto pero posteriormente el neurólogo que lo atiende Dr. NESTOR ADOLFO TABOADA TABOADA los ordeno, y en junio presente nuevamente la solicitud, guardando esa entidad silencio administrativo hasta la presente y esta vez sí les aporte la orden medica del especialista ya mencionado.

7.- He de manifestarle que el sr. MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA depende 24/7 ya que depende de un tercero para que lo atiendan porque no se vale por sí mismo, hay que hacerle absolutamente todo bañarlo, vestirlo, cambiarle los paños, y en general hacerle todo como ya se los manifesté ya que él no se vale por sí mismo esta postrado en una cama.

8.-Para lo único que se saca de casa es cuando hay que llevarlo a los especialistas tratantes quien es transportado en un vehículo que contratamos para ese día e cual no es el adecuado ya que por su estado debe ser transportado en una ambulancia, igualmente hay que movilizarlo en sillas de ruedas aparte de eso usa un corset por fracturas vertebrales e igualmente se transporta para las QUIMIOTERAPIA.

9.-Como ya lo manifesté en punto anterior fue así que procedí hacer la respetuosa solicitud mediante petición de fecha mayo 3 del 2021 a la entidad ya mencionada para que le suministraran los paños, y así mismo les hago esta respetuosa solicitud a el Sr. Juez para que igualmente ordene la entrega de los paños ya solicitados por petición, suplementos alimenticios, cremas anti escaras, silla de ruedas, cama hospitalaria paños

Radicación: 08-001-33-33-001-2021-00228-00

Demandante: MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, representado por agente oficiosa

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Vinculado: IPS UT FERRONORTE.

Medio de Control: ACCION DE TUTELA

húmedos una enfermera ya que con sacrificios pago a una enfermera en el turno de la noche porque no me alcanza para el turno del día.

10.- Mi representado necesita de sus paños, cremas anti escaras, silla de ruedas, alimento suplementario, pañitos húmedos, cama hospitalaria y de ser posible una enfermera, igualmente le manifiesto que mi representado usa paños diarios y hay que cómpraselos al igual que las cremas anti escaras, paños húmedos, alquilar la silla de ruedas cada vez que hay que movilizarlo, los alimentos suplementarios, y además cuando le aplican el protocolo de quimios dura días con las náuseas, vómitos y diarrea, al punto que deja de comer y hay que estar dándole los alimentos suplementarios para sostenerlo, y como se los manifesté lo que recibo de mi pensión no me alcanza para sufragar todo lo que el necesita.

11.- Le reitero señor juez que mi situación económica no me da para sufragar todos los gastos que genera el tratamiento para el cáncer, gastos de la casa, servicios y alimentación porque a él lo que la E.P.S. le cubre en estos momentos es el tratamiento del que se compone la quimio terapia, mas no le están dando los pañales, ni las cremas anti escaras, la silla de rueda, los alimentos suplementarios como es el CASILAN, ENSURE, paños húmedos, cama hospitalaria ni la enfermera.

12.-Quiero reiterar que cada día se me imposibilita más costear la enorme suma que representa este tipo de enfermedad cuidado y tratamiento como ya se lo manifesté solo cuento con mi pensión y él no cuenta con nadie más y más ahora con esta situación que está viviendo el país.

13.-Le ruego a usted señor juez poner en consideración que esta enfermedad ha ocasionado en mi representado una desmejora tanto de salud como de su calidad de vida; ya que es una enfermedad que no tiene cura, los tratamientos son paliativos y por el contrario las quimios van haciendo estragos en su cuerpo, y cada día que pase será peor y para poder brindarle una mejor calidad de vida es que acudo ante su despacho.”

CONTESTACIÓN

UNION TEMPORAL FERRONORTE – IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE SA

Al contestar a la acción de tutela la Coordinadora Local de la UT FERRONORTE Atlántico, indicó que *“la UNION TEMPORAL FERRONORTE, es un ente sui generis creado al socaire del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 y conforme la Jurisprudencia del HONORABLE CONSEJO DE ESTADO y de la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL, no tiene personería jurídica propia y su capacidad se limita a presentar propuesta dentro de la licitación realizada por el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, celebrar el contrato y cumplir por intermedio de sus asociadas el objeto del contrato, con sujeción a los pliegos de condiciones, siendo la capacidad de la UT, la sumatoria de la capacidad de todos sus asociados (...) Para el caso concreto de los pensionados afiliados al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y el núcleo familiar reconocido como tal por el FONDO, que tienen su domicilio en el Departamento del Atlántico, la coordinación y prestación de los servicios médicos hospitalarios integrales y en principio, están a cargo de la IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE y es en principio, por cuanto los servicios se prestan en conjunto por las IPS que forman parte de la red de servicios de la Unión Temporal”*.

Respecto de las pretensiones de la acción de tutela, manifestó que no ha violado los derechos del señor Miguel Solano Acosta, pues ha garantizado la totalidad de los servicios de salud requeridos y ordenados por médico tratante, por lo que señala que la acción de tutela es improcedente, y deben denegarse las pretensiones invocadas.

Que el señor Miguel Angel Solano Acosta se encuentra afiliado al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales en calidad de Beneficiario, razón por la que al tener residencia en el Atlántico, recibe servicios de salud de la UT Ferronorte en razón del contrato suscrito con el Fondo de Pasivos de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Radicación: 08-001-33-33-001-2021-00228-00

Demandante: MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, representado por agente oficiosa

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Vinculado: IPS UT FERRONORTE.

Medio de Control: ACCION DE TUTELA

Que se trata de un paciente de 83 años *“con diagnósticos: Diabetes, hipertensión arterial, mieloma múltiple, hiperplasia de próstata e incontinencia urinaria, quien viene siendo atendido por parte de nuestra institución a través de los médicos especialistas para el tratamiento de su patología, suministrándose servicios totalmente diligentes, pertinentes y oportunos y con el máximo apego a los protocolos médicos”, y que “la atención integral que hemos garantizado a la paciente, alejados de vulneraciones a los derechos fundamentales, señalando que revisada la trazabilidad de los sistemas de información, ordenamientos médicos y valoraciones medicas practicadas a la paciente, no se logra evidenciar anotación, prescripción u ordenamiento de los elementos solicitados y pretendidos a través del trámite constitucionales de la referencia, careciendo las pretensiones incoadas de fundamentación científica, las cuales no estamos obligados a proporcionar, al igualmente registrarse como exclusiones de lo términos de referencia contratados”.*

Que lo pretendido (pañales, paños húmedos, suplementos alimenticios, cama hospitalaria, silla de ruedas, cremas) no cuenta con justificación médica ni prescripción de los profesionales de la salud tratantes, por lo que señala que no tiene fundamento médico científico, de manera que califica como inviable el suministro de los mismos.

Seguidamente se pronunció respecto de los elementos solicitados, de la siguiente manera:

Pañales desechables, cremas, suplementos paños húmedos. Indicó que no se encuentran ordenados en la historia clínica del paciente.

Cama hospitalaria y silla de ruedas. No encuentra en la historia clínica recomendación médica para la autorización de los mismos, indicando además que el paciente no tiene problemas de movilización que ameriten tales servicios hasta el momento.

Traslados en ambulancias. Que conforme el contrato suscrito con Ferrocarriles Nacionales de Colombia, los servicios de ambulancia se prestarán en casos de movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta el centro hospitalario, y entre IPS por remisiones. Señaló además que el paciente no tiene orden o recomendación para traslado en ambulancia, y que no cuenta con disminución de movilidad que amerite el traslado en ambulancia para cumplir con las citas médicas.

Servicio de enfermería 24 horas. Que el paciente no cumple los criterios para la ordenación de enfermera, y que lo que necesita son los cuidados básicos de atención, pero no requiere de una profesional de la salud de manera permanente, pues lo requerido no son servicios médicos sino domésticos. Que el servicio de enfermería no ha sido ordenado por médico tratante hasta la fecha, alegando la existencia del deber de cuidado que le asiste a los familiares.

Que en el contrato suscrito con Ferrocarriles Nacionales de Colombia se encuentran establecidas las obligaciones que debe cumplir la UT Ferronorte – IPS Clínica General del Norte, para la prestación efectiva de los servicios de salud, por lo que no está en obligación de suministrar los elementos solicitados, procediendo a enlistar las exclusiones de servicios de salud de los usuarios del plan básico de salud.

Que los elementos solicitados deben ser asumidos por familiares al encontrarse excluidos, o en su defecto por el Fondo de Pasivos Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en tanto que la UT Ferronorte y la IPS Clínica General del Norte no son entidades promotoras de salud, sino los contratados para prestar servicios de salud.

Reiteró la vinculada que no existe orden médica que fundamente lo solicitado en la acción de tutela.

Que la accionante no ha demostrado incapacidad económica para el cubrimiento de los elementos y servicios objeto de la acción de tutela. Que el paciente es beneficiario de la señora Nubiya Maury

Radicación: 08-001-33-33-001-2021-00228-00

Demandante: MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, representado por agente oficiosa

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Vinculado: IPS UT FERRONORTE.

Medio de Control: ACCION DE TUTELA

Amaranto, cotizante rango b (2 a 4 SLLMV), por lo que cuenta con familiares, esposa, que en razón del principio de solidaridad, puede asumir lo reclamado.

Solicita la vinculada al trámite de tutela que se nieguen las pretensiones de la acción de tutela, y que en el evento de acceder a las mismas se emitan las ordenes respecto del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia en calidad de EPS del paciente, o que en caso de concederla emitiendo orden respecto de la UT Ferronorte IPS Clínica General del Norte, se otorgue la facultad de recobrar ante el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia los servicios suministrados al paciente no previstos en el plan de beneficios, pues no tiene la calidad de EPS para recobrar ante FOSYGA.

FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Adujo esta entidad que “es una Entidad ADAPTADA a efectos de la prestación de servicios de salud, quien actúa dentro del régimen contributivo de seguridad social en salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 236 inciso 3 de la ley 100 de 1993, y de lo regulado para ellas en el Decreto 1890 de 1995 capítulo II; y presta sus servicios de salud a los pensionados de la extintas Puertos de Colombia y Ferrocarriles Nacionales de Colombia y su grupo familiar, que hayan decidido permanecer afiliados a esta entidad; es además, un Establecimiento Público del Orden Nacional, adscrito al del Ministerio de Salud y la Protección Social”.

Que en el caso del paciente Miguel Angel Solano Acosta, la prestación de servicios de salud se encontraba bajo responsabilidad de IPS Organización Clínica General del Norte hasta el 30 de septiembre de 2020 y desde el 1 de octubre de 2020 se suscribió contrato con IPS UT FERRONORTE, por lo que señala que dicha UT es la responsable de suministrar medicamentos, citas, exámenes, procedimientos médicos, y demás insumos que prescriban los médicos tratantes, en la ciudad de Barranquilla.

Que el paciente Miguel Solano Acosta es beneficiario en calidad de cónyuge o compañero, y ha venido recibiendo tratamientos médicos en razón a su cuadro clínico.

Que la entrega de silla de ruedas estándar requiere ser ordenada por médico tratante adscrito a la red prestadora del servicio de salud, pero en la historia clínica no se evidencia prescripción por médico tratante.

Indica que la familia tiene un papel preponderante en el cuidado de niños y ancianos, por lo que no puede descargarse la responsabilidad respecto del accionante en esa entidad ni en la IPS tratante.

Que los pañales, paños húmedos, cremas y suplementos, no se encuentran dentro del plan de beneficios de los usuarios del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por lo que no está obligada a suministrarlos por estar excluidos del plan de atención.

Que el llamado a responder por los elementos solicitados es la IPS Unión Temporal Ferronorte conforme el Contrato 354 de 2020.

Que Nubia Maury Amarante, cónyuge del señor Miguel Angel Solano Acosta, cuenta con ingreso base de cotización de \$3.412.977, por lo que puede sufragar los gastos correspondientes a los insumos solicitados.

Que en caso de ordenarse el suministro de los insumos, se les habilite para recobrar ante el ADRES y/o ante los entes territoriales.

Que el juez de tutela no es el llamado a pronunciarse respecto del manejo que le de un médico tratante, pues son los médicos quienes poseen la experticia para determinar el tratamiento y los insumos que requiere un paciente para la patología que padece.

Radicación: 08-001-33-33-001-2021-00228-00

Demandante: MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, representado por agente oficiosa

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Vinculado: IPS UT FERRONORTE.

Medio de Control: ACCION DE TUTELA

Por último, solicitó se declare la improcedencia de la acción de tutela, y que en caso de accederse a las pretensiones de la misma, se indique que la IPS UT Ferronorte sea la responsables. De igual forma, indicó que en caso de considerarse que el Fondo de Pasivos de Ferrocarriles Nacionales sea responsable, se le habilite para recobrar ante el ADRES y los entes territoriales.

III. ACTUACION PROCESAL.

La solicitud de tutela fue presentada mediante el aplicativo tecnológico previsto para la radicación de esta clase de acciones constitucionales, el 11 de octubre de 2021.

La acción fue admitida mediante auto de 11 de octubre de 2021, ordenándose la notificación a la parte actora y a la UT vinculada al trámite de la acción constitucional de la referencia. La accionada y la vinculada se pronunciaron mediante escritos remitidos al buzón electrónico del despacho.

IV. CONSIDERACIONES.

COMPETENCIA.

Este despacho resulta ser competente, como se indicó en el Auto de fecha 11 de octubre de 2021, teniendo en cuenta la naturaleza del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y el lugar en el que se comete la infracción a los derechos fundamentales de los cuales se solicita su protección.

PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo con lo alegado por las partes en conflicto traído en sede de tutela, procede el despacho a determinar si en el presente caso se le violan o amenazan los derechos Constitucionales Fundamentales a la SALUD y a la VIDA del señor MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, y si tales derechos han sido infringidos por FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES DE COLOMBIA y/o IPS UT FERRONORTE, en lo atinente al suministro de pañales desechables, crema anti escara, silla de ruedas, suplementos alimenticios, cama hospitalaria, enfermera y traslados en ambulancia a citas médicas.

Asimismo, dentro de la competencia funcional, deberá determinar este despacho acorde a las pruebas recaudadas en este trámite preferente y sumario, el amparo oficioso de los derechos del actor.

PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES.

El artículo 86 de la C.P. establece la Acción de Tutela como un instrumento jurídico de protección general a disposición de toda persona contra la violación o amenaza de sus derechos fundamentales mediante las acciones u omisiones de cualquier autoridad pública.

De igual forma, el precitado artículo dispone que dicha acción “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”. La jurisprudencia constitucional también ha precisado que este precepto se debe interpretar en el sentido de que los medios alternos de defensa con que cuenta el interesado tienen que ser idóneos, esto es, apto para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso. Por lo tanto, la idoneidad de los medios de defensa se debe evaluar en el contexto particular de cada caso individual, teniendo en cuenta las circunstancias específicas que afectan al peticionario, para así determinar si realmente existen alternativas eficaces de protección que hagan improcedente la tutela. (Subraya del despacho)

Radicación: 08-001-33-33-001-2021-00228-00

Demandante: MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, representado por agente oficiosa

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Vinculado: IPS UT FERRONORTE.

Medio de Control: ACCION DE TUTELA

SOBRE LA AGENCIA OFICIOSA

En el caso que nos ocupa, se advierte que quien la acción ha sido incoada por NUBIA MAURY AMARANTO, quien invoca la calidad de esposa del señor MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, indicando que el estado de salud del citado señor le imposibilita asumir, de forma directa o por medio de apoderado, la defensa de sus derechos.

Respecto de la agencia oficiosa, advierte este despacho judicial que en el caso que nos ocupa, de los hechos descritos en la acción de tutela, se desprende que se cumplen los presupuestos previstos en el Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en tanto que el actor no se encuentra en posibilidad de promover su propia defensa.

Ciertamente, la Corte Constitucional, sobre la agencia oficiosa, en sentencia T-531 de 2002 señaló que los fundamentos normativos de la agencia oficiosa se encuentran en el Decreto 2591 de 1991, la Constitución y los decretos reglamentarios de la acción de tutela, y pueden sintetizarse de la siguiente manera “ (i) *La manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal.* (ii) *La circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa.* (iii) *La existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos* (iv) *La ratificación oportuna por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignadas en el escrito de acción de tutela por el agente.*”

Precisado lo anterior, tenemos que en el caso particular se cumplen los presupuestos de la agencia oficiosa en favor del señor MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, por lo que se cumplen los presupuestos de la legitimación en la causa por activa.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSIDERADOS VULNERADOS O AMENZADOS.

▪ A LA SALUD Y LA VIDA

Sobre la procedibilidad de la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la salud la Corte Constitucional inicialmente, antes de la ley estatutaria, consideró:

Sentencia T-073 de 2012:

“3.3 En la sentencia T-858 de 2003 la Corte Constitucional precisa las dimensiones de amparo de este derecho, para lo cual sostuvo lo siguiente:

“En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que la protección ofrecida por el texto constitucional a la salud, como bien jurídico que goza de especial protección, tal como lo enseña el tramado de disposiciones que componen el articulado superior y el bloque de constitucionalidad, se da en dos sentidos: (i) en primer lugar, de acuerdo al artículo 49 de la Constitución, la salud es un servicio público cuya organización, dirección y reglamentación corresponde al Estado. La prestación de este servicio debe ser realizado bajo el impostergable compromiso de satisfacer los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que, según dispone el artículo 49 superior, orientan dicho servicio. En el mismo sentido, como fue precisado por esta Sala de revisión en sentencia T-016 de 2007, el diseño de las políticas encaminadas a la efectiva prestación del servicio público de salud debe estar, en todo caso, fielmente orientado a la consecución de los altos fines

a los cuales se compromete el Estado, según lo establece el artículo 2° del texto constitucional.

“(ii) La segunda dimensión en la cual es protegido este bien jurídico es su estructuración como derecho. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud no es de aquellos cuya protección puede ser solicitada prima facie por vía de tutela. No obstante, en una decantada línea que ha hecho carrera en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha considerado que una vez se ha superado la indeterminación de su contenido –que es el obstáculo principal a su estructuración como derecho fundamental- por medio de la regulación ofrecida por el Congreso de la República y por las autoridades que participan en el Sistema de Seguridad Social; las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las instituciones del Sistema adquieren el carácter de derechos subjetivos(...)”. (Negrillas fuera del texto original)”.

▪ **La Ley 1751 de 2015 y la Sentencia T-010 de 2019.**

Recientemente, la máxima Corporación en materia de protección de los derechos fundamentales conforme a su competencia funcional reconocida por el constituyente primario en el artículo 241 constitucional, indicó de acuerdo con la vigencia de la Ley Estatutaria 1751 de 2015¹, en la Sentencia T-010 de 2019 la procedencia por vía de tutela, para el amparo al derecho a la salud. El argumento es el siguiente:

“4. Derecho fundamental a la salud y su protección por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

Por su parte, el artículo 44 Superior se refiere a la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Esto se complementa con los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad entre los cuales se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) que contemplan el derecho a la salud y exigen a los estados partes su garantía y protección.

En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de esta Corporación² y concretamente la **Ley Estatutaria 1751 de 2015**³ le atribuyeron al

¹ El artículo 1 de la ley en cita establece que: “La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección”. Por su parte, el artículo 2 dispone: “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. // Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

² Mediante sentencia T-760 de 2008, la Corte puso de presente la existencia de fallas estructurales en la regulación del Sistema de Seguridad Social en Salud, se afirmó que el derecho fundamental a la salud es autónomo “en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”. Con este desarrollo jurisprudencial se puso fin a la interpretación restrictiva de la naturaleza del derecho a la salud como derecho conexo a otros, y se pasó a la interpretación actual como un derecho fundamental nato.

³ El artículo 1 de la ley en cita establece que: “La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección”. Por su parte, el artículo 2 dispone: “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. // Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad

derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares “(...) *el trato a la persona conforme con su humana condición(...)*”⁴.

Respecto de lo anterior, es preciso señalar que referida Ley Estatutaria 1751 de 2015⁵ fue objeto de control constitucional por parte de esta Corporación que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que *“la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano”*.

Sobre esa base, sostuvo la Corte en reciente sentencia T - 579 de 2017 ⁶ que *“(...) el derecho fundamental a la salud no puede ser entendido como el simple goce de unas ciertas condiciones biológicas que aseguren la simple existencia humana o que esta se restrinja a la condición de estar sano. Por el contrario, tal derecho supone la confluencia de un conjunto muy amplio de factores de diverso orden que influye sobre las condiciones de vida de cada persona, y que puede incidir en la posibilidad de llevar el más alto nivel de vida posible”*. De allí, que su protección trascienda y se vea reflejada sobre el ejercicio de otros derechos fundamentales inherentes a la persona, como son los derechos fundamentales a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, y por su puesto a la vida. Preciso esta Corporación mediante el precitado fallo que *“(...) el derecho a la salud además de tener unos elementos esenciales que lo estructuran, también encuentra sustento en principios igualmente contenidos en el artículo 6° de la Ley 1751 de 2015, dentro de los que de manera especial sobresalen los de pro homine, universalidad, equidad, oportunidad, **integralidad**, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad, entre otros”*.

Con fundamento en lo anterior, ha resaltado la Corte que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía *“pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente”*⁷.

En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud con todos sus componente y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados”.

para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T- 579 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SVP Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva).

SERVICIOS DE ENFERMERÍA Y DE CUIDADOR - DEBER DE SOLIDARIDAD. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

La Sentencia T-196 de 2018 trata lo relativo al servicio de enfermería en el Plan de Beneficios de Salud, indicó que la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, el cual debe ser asumido por las EPS, siempre que: (i) medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente, y (ii) de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar. En esa oportunidad, la Corte Constitucional afirmó:

*“En cuanto al primer presupuesto para que las EPS asuman la prestación de la atención domiciliaria, esta Corporación ha sido clara en señalar que “sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso”. Así las cosas, el juez de tutela no puede arrogarse estas facultades para el ejercicio de funciones que le resultan por completo ajenas en su calidad de autoridad judicial y que por la materia, están sujetas al respeto de la *lex artis*.*

Conforme a lo anterior, la Corte ha considerado que los cuidados básicos de algún sujeto que depende de otros para ejecutar sus labores diarias, ya sea por su avanzada o corta edad, o por las enfermedades que la aquejan, pueden ser prestados por una persona sin conocimientos especializados en el ámbito de la salud. Por lo general, la ley y la jurisprudencia han reconocido que en virtud del principio de solidaridad⁸ este apoyo puede ser brindado por familiares, personas cercanas o un cuidador que no necesariamente debe ser un profesional de la salud⁹.

En suma, las EPS no están en la obligación de prestar la atención domiciliaria, cuando se presentan las siguientes circunstancias:

“(i) Que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas; (ii) Que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y; (iii) Que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que si debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.”¹⁰

De igual forma, la Corte Constitucional en sentencia T-471 de 2018, ha indicado lo siguiente:

“La atención domiciliaria es la “Modalidad de prestación de servicios de salud extrahospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio

⁸ Solidaridad. El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-226-15 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez)

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-154 de 2014 y T-226 de 15 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) -reiteración de jurisprudencia.

o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia.”¹¹

Ha diferenciado esta Corte los servicios de auxiliar de enfermería y de cuidador. Por una parte considera a los primeros necesarios, cuando el paciente demanda de apoyo para la realización de algunos procedimientos que sólo podría brindarle personal con conocimientos calificados en salud. Será en este caso el médico tratante, en virtud de la idoneidad y conocimientos en medicina, quien determine el estado de la persona para establecer si se hace necesario el apoyo de este profesional de la salud para la atención y los cuidados especiales que se deben proporcionar al paciente.

Los segundos,¹² no requieren instrucción especializada en salud y podría ofrecerse por personas cercanas al paciente: sus amigos o familiares, quienes, en virtud del principio de solidaridad, estarían en posibilidad de acudir en su ayuda.¹³ Hay circunstancias, que ha considerado esta Corporación, en las cuales las EPS deben asumir este servicio (cuidador): *“(i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.”*

Por otra parte, sobre los servicios de cuidador y el deber de solidaridad, el despacho acude a la Sentencia T-458 de 2018 a efectos de determinar, si en el caso concreto, se cumplen las subreglas de la corte constitucional. El argumento es el siguiente:

“8. La reglamentación en materia de salud¹⁴ señala que los costos de los procedimientos que se encuentran en el Plan de Beneficios en Salud deben ser asumidos por las entidades encargadas de su prestación (EPS). Sin embargo, existen eventos en que serán el afiliado o sus familiares los encargados de cubrir su costo, como sucede con aquellos medicamentos, tratamientos, insumos o servicios complementarios expresamente excluidos del PBS.

Actualmente, el PBS está regulado íntegramente en las Resoluciones 5267¹⁵ y 5269¹⁶ de 2017. La primera, establece el listado de servicios y tecnologías que se encuentran excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud, y la segunda, los procedimientos derivados de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación de Servicios Complementarios. Por tanto, se entiende que todas las prestaciones en salud están cubiertas por el nuevo Plan de Beneficios en Salud, con excepción de los servicios que han sido excluidos taxativamente.

No obstante, la figura del cuidador no se encuentra regulada ni en el Plan de Beneficios en Salud ni en la lista de procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud según lo dispuesto en las mencionadas resoluciones, por lo que es preciso inferir que existe un vacío normativo que no permite especificar los alcances de la figura del

¹¹ Artículo 6 de la Resolución 5592 de 2015, expedido por el Ministerio de Salud, Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones”

¹² Cuidador: aquel que brinda apoyo 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 lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud cubierto por la UPC. Numeral 3, artículo 3. Resolución 1885 de 2018 Ministerio de Salud.

¹³ *“Cuidador: aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad: numeral 3 artículo 3 Resolución 1885 de 2017.*

¹⁴ Artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y Resoluciones 5267 y 5269 de 2017.

¹⁵ Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

¹⁶ 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.

cuidador, que ha sido entendida como un “servicio o tecnología complementaria”.¹⁷ Lo anterior, dificulta su formulación y posterior autorización por parte de las entidades encargadas de prestar los servicios en salud.

La única referencia a la figura del cuidador se encuentra en la Resolución 1885 de 2018, por medio de la cual se estableció 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. En dicha disposición brevemente se definió la figura del cuidador como:

“aquel que brinda apoyo 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 lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud cubierto por la UPC.”

Sin embargo, se hace mención al cuidador solo para efectos de individualizar los requisitos para asumir los costos por parte de las entidades encargadas de los servicios en salud derivados de un fallo de tutela, en el cual se haya autorizado ese servicio sin importar el régimen al que el paciente se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del citado documento.

9. Hechas las anteriores precisiones, resulta necesario remitirse a la jurisprudencia constitucional para determinar cómo y cuándo una persona ostenta la calidad de cuidador, y en qué casos es viable conceder el reconocimiento de esta figura en sede de tutela. Al respecto, la Corte en la Sentencia T-154 de 2014 indicó sus principales características en los siguientes términos:

“(i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.”

Sobre el particular también señaló que: *“el servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación calificada que atienda directamente al restablecimiento de la salud, motivo por el cual, en principio, no tendría que ser asumida por el sistema de salud, y segundo, en concordancia con lo anterior, dicho servicio responde simplemente al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho y que impone al poder público y a los particulares determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos”.*

10. Acto seguido, en la Sentencia T-096 de 2016 este Tribunal determinó que las funciones propias del cuidador *“no están en rigor estrictamente vinculadas a un servicio de salud, sino que le hacen más llevadera la existencia a las personas dependientes en sus necesidades básicas y, además de la ayuda y colaboración que les prestan, les sirven también en algún sentido como soporte emocional y apoyo en la difícil situación en que se encuentran”.*

¹⁷ Conforme a lo señalado en la Resolución n.º 3951 del 31 de agosto de 2016, estos servicios corresponden a aquellos que “si bien no pertenece[n] al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad”.

Quiere decir lo anterior que la tarea encargada a los cuidadores, por su misma informalidad, puede ser cumplida por cualquier miembro del entorno cercano del paciente, dado que su principal objetivo es el de facilitar la existencia de quienes por sus condiciones médicas hayan visto disminuida su autonomía física y emocional sin importar si tienen o no conceptos favorables de recuperación.

11. Llegado a este punto, es debido destacar que tanto la ley como la jurisprudencia, en principio, han entregado la responsabilidad de asistencia y cuidado de los pacientes que así lo requieran a los parientes o familiares que viven con ellos en virtud del principio constitucional de solidaridad, el cual se torna un tanto más riguroso cuando de sujetos de especial protección y en circunstancias de debilidad manifiesta se trata. En este sentido, la Sentencia T-220 de 2016 reiteró que:¹⁸

“Dentro de la familia, entendida como núcleo esencial de la sociedad, se imponen una serie de deberes especiales de protección y socorro recíproco, que no existen respecto de los restantes sujetos que forman parte de la comunidad. En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir más allá de las desavenencias personales”.

En consecuencia, el deber de cuidado y asistencia de los pacientes que con ocasión de sus patologías vean restringido su trasegar físico y emocional radica en el entorno cercano del enfermo, siempre y cuando sus miembros estén en capacidad física y económica para garantizar la asistencia. Lo anterior derivado de la Sentencia T-096 de 2016 la cual recalcó que:

“el principio de solidaridad impone a cada miembro de nuestra sociedad, el deber de ayudar a sus parientes cuando se trata del disfrute de sus derechos a la salud y a una vida digna, deber que tiene mayor grado de compromiso cuando se trata de las personas de la tercera edad, quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, debido a las aflicciones propias de su edad o por las enfermedades que los aquejan y, por ello, no están en capacidad de procurarse su auto cuidado y requieren de alguien más, lo cual en principio es una competencia familiar, a falta de ella, el deber se radica en la sociedad y en el Estado, que deben concurrir a su protección y ayuda.”

De ahí que la sentencia T-336 de 2018 haya acogido los presupuestos en los que el deber de asistencia y cuidado de los pacientes permanece en cabeza de los familiares del afectado, esto es:

“(i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que sí debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.”

12. Ahora, si bien esta Corte ha avalado la estricta relación de la figura del cuidador con el deber de solidaridad inherente al núcleo familiar de quien requiere la atención y el cuidado, también ha admitido eventualidades en las cuales dicha ayuda no puede ser asumida por los parientes. Al respecto la Sentencia T-065 de 2018 señaló que:

¹⁸ Posición acogida en las Sentencias T-801 de 1998, T-154 de 2014 y T-096 de 2016.

“Es así como se ha reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que (i) existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado

Se subraya que para efectos de consolidar la ‘imposibilidad material’ referida debe entenderse que el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio: (i) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.”

Por tanto, en el evento en el que los miembros del núcleo familiar del paciente no puedan brindar la atención y el cuidado que este requiera, ya sea por sus condiciones médicas o económicas, será el Estado el que deba asumir esta labor para de esta manera garantizar la protección de los derechos fundamentales de los enfermos.

13. En esa medida, infiere esta Corporación que existen dos niveles de solidaridad para con los enfermos: (i) el deber que tienen los parientes del afectado de brindar ayuda física y emocional, siempre y cuando estén en condiciones de brindar la atención y cuidado; y (ii) el reflejado en la intervención del Estado como encargado de la dirección, coordinación y control de la seguridad social y en virtud del principio constitucional de la solidaridad, en el evento en el cual dicha función no pueda ser asumida por el entorno cercano al paciente.”

EL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LOS SERVICIOS DE SALUD

No pierde de vista el Despacho que sobre el citado principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional, en la citada sentencia T- 014 de 2017, indicó que “el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce a obtener la curación. Este, debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, por tal razón, se deben orientar los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible”.

En efecto, el Artículo 8 de la Ley Estatutaria de Salud, Ley 1751 de 2015, determinó que los servicios de salud deben suministrarse de manera completa para prevenir, paliar o curar las enfermedades, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión o financiación definido por el legislador.

Así las cosas, el principio de integralidad del servicio de salud, propende por la dignidad y demás derechos fundamentales de las personas que padecen de afectaciones en su estado de salud.

REQUISITOS PARA LA AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS EXCLUIDOS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD.

Sobre este aspecto, es preciso anotar que la Corte Constitucional ha reiterado en reiteradas oportunidades que el ámbito de protección del derecho a la salud, puede requerir que se exceda el marco de servicios, insumos y tratamientos contenidos en el Plan Obligatorio de Salud, ejemplo de ello, lo encontramos en la sentencia T-073 de 2013, en la que se dijo:

Radicación: 08-001-33-33-001-2021-00228-00

Demandante: MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, representado por agente oficiosa

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Vinculado: IPS UT FERRONORTE.

Medio de Control: ACCION DE TUTELA

“...la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por los médicos tratantes adscritos a las EPS, al considerar que los padecimientos son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.

Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado que en ciertas circunstancias el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, aún cuando exceda lo autorizado en los listados del POS y POS-S, como en los eventos en que aparezca algún factor que haga estimar la *necesidad* y/o el *requerimiento* del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud.

En ese orden de ideas se concluye, que toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que *requiera*, y que no es posible que se aplique de manera restrictiva la reglamentación, y se excluya la práctica de procedimientos o intervenciones, toda vez que no es constitucionalmente admisible que dicha reglamentación restrictiva tenga prelación sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales.”

Así mismo, en pronunciamiento más reciente, la Corte Constitucional, en la sentencia T_014 de 2017, sobre la autorización de servicios de salud excluidos del POS y POS-S, dijo lo siguiente:

El alcance del derecho fundamental a la salud impone a las entidades prestadoras de salud y al Estado, como titular de su administración, la necesidad de que la atención médica brindada a los usuarios tenga una cobertura tal, que la prevención, tratamiento, recuperación o atenuación, según el caso, de las patologías que les aquejen y sus correspondientes efectos, tenga asidero en la materialización de la prestación de dichos servicios y no sea una mera idealización normativa carente de fundamento práctico.

En ese orden de ideas, cuando el correspondiente profesional determina que un paciente demanda la prestación de servicios médicos, la realización de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, sin importar que estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la respectiva entidad prestadora está en el deber de proveérselos.

No obstante, para este último evento, es decir, cuando se trate de aquellos elementos excluidos del mencionado plan de beneficios, deben verificarse una serie de reglas, establecidas reiteradamente por la Corte: **(i)** la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; **(ii)** el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; **(iii)** el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y **(iv)** el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

(...)

Por regla general, las entidades prestadoras de salud solo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional adscrito a su red de prestadores de servicios médicos. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, ante la inexistencia de una orden o cualquier otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, resulta imperiosa la intervención del juez constitucional con miras a impartir un mandato en el sentido que corresponda.

Dentro de esa gama de posibilidades, se encuentran los pacientes cuyas patologías conllevan síntomas, efectos y tratamientos que configuran hechos notorios; tal es el caso de quienes han sido diagnosticados con pérdida del control de sus esfínteres. Las reglas de la experiencia han demostrado que, generalmente, estos se ven expuestos a cuadros de incontinencia urinaria o fecal. Ante esa eventualidad, la solución suele ser paliativa y se circunscribe al uso de pañales desechables, con el fin de hacer menos gravosa una perturbación funcional, difícilmente reversible.

En uno de esos casos, este Tribunal Constitucional ha señalado que *“si bien los pañales no fueron ordenados por el médico tratante, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que la necesidad de los mismos para quien padece incontinencia, ‘es un hecho notorio’¹⁹ que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro”²⁰.*

De lo anterior se desprende, claramente, que hay situaciones en las que el juez constitucional debe prescindir de la prescripción médica para procurarle a un paciente el acceso a una prestación que necesita, pues, salta a la vista que, de no proveérsele, las consecuencias negativas para este serían apenas obvias; principalmente, en situaciones en las que el riesgo de sufrirlas se potencializa en razón de factores socioeconómicos, cuando los recursos de los que dispone –él, o su núcleo familiar– carecen de la entidad suficiente para mitigar el daño ocasionado por la ausencia del elemento pretendido, tenga o no carácter medicinal.

Además, acerca de la protección de derechos fundamentales como la vida digna, que ampliamente se relaciona con la necesidad del insumo en comento, esta corporación ha sido enfática en resaltar que *“el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por los médicos tratantes adscritos a las EPS, al considerar que los padecimientos son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y, por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente”²¹.*

En ese orden de ideas, al acatamiento de los trámites administrativos y al margen de posibilidades que brinda la normativa vigente para que los usuarios obtengan ciertos servicios, se levanta una excepción, que por razones constitucionales las desplaza, habida cuenta de que ninguna de esas directrices puede perpetuar la vulneración de derechos fundamentales, cuando luzcan como una barrera para su goce efectivo.

Luego, si un paciente en condiciones de debilidad manifiesta, por ejemplo, por sus extremas condiciones de pobreza, o limitada en sus funciones psicomotoras, o disminuida física o mentalmente en razón de su avanzada edad– o de cualquier otro factor–, o carente de apoyo familiar y en estado de postración, demanda la entrega de pañales desechables para acceder a una adecuada calidad de vida, si bien no ideal, por lo menos aceptable, el juez de tutela está en la obligación de procurar los medios, materiales y legales, para suministrárselos, sea mediante una orden perentoria o impartiendo a las entidades responsables de tal servicio los lineamientos debidos.

TEST DE PROCEDIBILIDAD.

¹⁹ “para determinar el significado de esta figura, se debe recurrir a la definición de ‘hecho’ en términos jurídicos, lo cual indica una modificación del mundo exterior que produce la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones (...). Por su parte ‘notorio’ significa, según la real academia de la lengua, ‘Público y sabido por todos – Claro, evidente’ (...). Así, este concepto se traduce, en virtud de la prescripción dada por la legislación colombiana en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en que este tipo de hechos no requieren prueba dada la claridad con la que se presentan”.

²⁰ Sentencia T-790 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada.

²¹ Sentencia T-073 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Radicación: 08-001-33-33-001-2021-00228-00

Demandante: MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, representado por agente oficiosa

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Vinculado: IPS UT FERRONORTE.

Medio de Control: ACCION DE TUTELA

En cuanto al **requisito de subsidiariedad**, si bien existe el mecanismo judicial creado por la Ley 1122 de 2007²² ante la Superintendencia Nacional de Salud, la jurisprudencia constitucional ha estimado que este aún cuenta con varios vacíos normativos que le restan **eficacia**. En efecto, la Corte Constitucional ha evidenciado que existen dos falencias relacionadas con este procedimiento, como lo son: (i) la inexistencia de un término dentro del cual deba resolverse el recurso de apelación que se interponga contra la decisión adoptada y (ii) la imposibilidad de obtener el cumplimiento de lo ordenado.

Al respecto la Sentencia T-065 de 2018 definió los mencionados defectos de la siguiente manera:²³

“Sobre el primero de los defectos evidenciados se ha expresado que la inexistencia de un término preciso conlleva necesariamente a que el trámite pueda extenderse indefinidamente en el tiempo, sin que ello se compadezca de la especial situación de los solicitantes, quienes en la mayoría de los casos pretenden la garantía de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas o al mínimo vital y requieren de una solución con prontitud que los retire del estado de vulnerabilidad en que se encuentran.

En relación con los mecanismos para obtener el acatamiento a lo resuelto, se tiene que inicialmente la Ley 1122 de 2007 y su modificación en la Ley 1438 de 2011 no previeron ningún mecanismo a través del cual fuera posible obtener el cumplimiento de lo ordenado, por lo que su exigibilidad se veía cuestionada. No obstante lo anterior, mediante el artículo 25 de la Ley 1797 de 2016[34] se dispuso que el incumplimiento de lo ordenado en este trámite judicial tendrá las mismas consecuencias que el desacato a una decisión de tutela y, por ello, sería posible considerar que dicha falencia fue superada.”

En esa medida, la imposibilidad de brindar una respuesta expedita y eficaz derivada de las dificultades de funcionamiento del mencionado mecanismo judicial, tal como lo expone la máxima corporación de justicia para el asunto de salud del actor, que en razón de sus padecimientos de salud justifica la intervención del juez constitucional, si se tienen en cuenta las condiciones particulares que rodean al agenciado, por lo que se necesita llegar a una certeza inmediata que les permita tomar decisiones en aras de conservar de la mejor manera posible las condiciones de vida del señor MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA.

INMEDIATEZ

La Corte Constitucional, ha establecido que, dada su naturaleza cautelar, la acción de amparo debe ser interpuesta en un plazo razonable dentro del cual se presume la afectación del derecho fundamental de manera palpable e inminente. Así lo manifestó el Honorable Consejo de Estado, en providencia del diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), con radicado número: 11001-03-15-000-2018-02729-00(AC), magistrada ponente doctora Rocío Araujo Oñate.

De acuerdo con lo anterior, esta Sección²⁴ **ha considerado como plazo prudencial el de seis (6) meses desde la ocurrencia del hecho generador que da lugar a la solicitud de protección y la presentación de la misma, y cuando este es excesivo se declara su improcedencia.**

No obstante, se analiza en cada caso concreto si median razones suficientes que justifiquen el retardo, como para omitir su consideración y entrar al fondo del debate jurídico planteado.

En relación con aquellas circunstancias que justifican el retardo para promover la acción de tutela en un término razonable, la Corte Constitucional en sentencia T-256 de 2015,

²² Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

²³ Confrontar la Sentencia T-065 de 2018.

²⁴ Ver sentencias: de 18 de abril de 2013 Rad. No. 11001-03-15-000-2012-01172-01, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia; 3 de julio de 2013. Rad. No. 11001-03-15-000-2012-01891-01, 12 de agosto de 2013 Rad. No. 11001-03-15-000-2013-1435-00 Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; 3 de julio de 2013, Rad. No. 11001-03-15-000-2013-00142-01, 12 de septiembre de 2013, Rad. No. 11001-03-15-000-2012-02203-01, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, entre otras.

Radicación: 08-001-33-33-001-2021-00228-00

Demandante: MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, representado por agente oficiosa

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Vinculado: IPS UT FERRONORTE.

Medio de Control: ACCION DE TUTELA

cuya tesis es acogida por esta Sala como criterio auxiliar, indicó que la acción de tutela será procedente “cuando fuere promovida en un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) **cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual**²⁵”.

Para esta agencia judicial, la acción de tutela es oportuna en razón a que los motivos por los cuales la invoca, hacen referencia al cuestionamiento que hace el actor respecto del suministro de los elementos y servicios solicitados en favor del paciente.

DECISION DEL CASO CONCRETO.

La parte accionante, solicita el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la vida y a la salud del señor MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, a efecto de lo cual solicita se ordene a la accionada que suministre:

- Pañales desechables.
- Cremas antiescaras.
- Silla de ruedas.
- Alimentos suplementarios (casilan y ensure advance).
- Cama hospitalaria.
- Enfermera.
- Traslado en ambulancia cuando sea requerido para citas y tratamientos médicos (esta solicitud se encuentra en la primera página del escrito de la demanda).

Por su parte advierte este despacho judicial que con es escrito de tutela se aportaron los siguientes elementos de prueba:

- Cédula de ciudadanía del señor Miguel Angel Solano Acosta, en la que se da cuenta de su nacimiento el 29 de septiembre de 1938, por lo que se encuentra que cuenta con 83 años.
- Cédula de ciudadanía de Nubia Maury Amaranto, conforme a la cual se encuentra que cuenta con 67 años.
- Oficio DBA-20213450001621 de 21 de mayo de 2021, suscrito por médico auditor del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, dirigido a la señora Nubia Maury Amaranto. En el citado oficio se da respuesta a petición de la accionante tendiente a solicitar el suministro de pañales desechables para el señor Miguel Angel Solano Acosta. En el citado oficio se indica que no está formulado por médicos de la red de servicio médico ni está contemplado en el contrato suscrito con IPS UT Ferronorte.
- Certificación sin fecha emitida por el Neurocirujano Néstor Taboada Taboada, en la que se indica que el paciente Miguel Angel Acosta se encuentra en tratamiento con la especialidad de neurocirugía con diagnóstico de mieloma múltiple, y tiene movilidad reducida, por lo que se le dificulta realizar actividades y necesidades básicas. Así mismo se encuentra notación que indica que *“SE SUGIERE CONTEMPLAR LA POSIBILIDAD DE SUMINISTRAR POR PARTE DE SU ENTIDAD PAÑALES”*.

²⁵ Ver sentencias T-1229 del 7 de septiembre 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-684 del 8 de agosto de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-016 del 25 de febrero de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1044 del 4 de diciembre de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil, T- 1110 del 28 de octubre de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-158 del 2 de marzo 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

Radicación: 08-001-33-33-001-2021-00228-00

Demandante: MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, representado por agente oficiosa

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Vinculado: IPS UT FERRONORTE.

Medio de Control: ACCION DE TUTELA

- Prescripción médica y orden de procedimientos del neurocirujano Néstor Taboada Taboada, respecto del paciente Miguel Angel Solano Acosta, en que se da cuenta de mieloma múltiple y fracturas vertebrales, así como la prescripción de corset TLSO de dos componentes en polipropileno y cierres laterales en velcro.
- Historia clínica del paciente Miguel Angel Solano Acosta correspondiente a atención del Neurocirujano Néstor Taboada, en la que se encuentra impresión diagnóstica de mieloma múltiple y prescripción de corset TLSO descrito previamente.
- Historia clínica del paciente Miguel Angel Solano Acosta de la Clínica General del Norte correspondiente al 14 de abril de 2021, en la que se da cuenta como responsable OCGNPUERTOS ATL PAC FERRONORTE.

La UT FERRONORTE y la IPS Clínica General del Norte aportaron los siguientes medios de prueba:

- Condiciones obligatorias de prestación de servicios de salud del Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

El Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia aportó los siguientes elementos de prueba:

- Impresión de Consulta del beneficiario Miguel Angel Solano Acosta.
- Respuesta acción de tutela de IPS UT Ferronorte.
- Impresión de información de consulta del índice básico de cotización del beneficiario Miguel Angel Solano Acosta.
- Condiciones obligatorias de prestación de servicios de salud del Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Adicional a lo anterior, se encuentran en las páginas 11 y 12 del escrito de tutela, las siguientes afirmaciones:

“Si bien, en estricto sentido es indudable que en este caso no se trata de la negación de un medicamento que este fuera del POS si se refiere, tal como se dijo en los precedentes de este fallo, de la negativa del suministro de unos elementos (PAÑALES DESECHABLES, SILLA DE RUEDAS, ALIMENTO SUPLEMENTARIO, CREMAS ANTI ESCARA, CAMA HOSPITALARIA, PAÑOS HUMEDOS UNA ENFERMERA Y AMBULANCIA) que tienen incidencia en la salud y la vida digna del progenitor del peticionario. 3. Por otra parte, si bien es cierto que en el expediente de tutela no obra fórmula médica, (excepto la de los pañales) que permita precisar que el señor MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA le haya sido prescrito la utilización de SILLA DE RUEDAS, PAÑOS HUMEDOS, PAÑOS DESECHABLES, SUPLEMENTOS ALIMENTICIOS COMO ES EL CASILAN Y EL ENSURE ADVANC, CREMAS ANTI ESCARAS, CAMA HOSPITALARIA, UNA ENFERMERA Y UNA AMBULANCIA PARA SER TRANSPORTADO CUANDO ASI LO AMAERITE EL PACIENTE no es menos cierto que está necesitando todo lo anteriormente expuesto, como ya lo manifesté lo único que hasta ahora le formularon fueron los pañales desechables ya que lo demás se lo han manifestado verbalmente por un médico adscrito a la E.P.S., tal y como se señaló en el numeral anterior, de la historia clínica del paciente se deduce la necesidad de utilizar pañales desechables, silla de ruedas, cremas anti escaras, alimento suplementario, pañitos húmedos, cama hospitalaria, enfermera y una ambulancia dadas las características de las patologías presentadas...”

De los medios de prueba precedentes se encuentra acreditada la prestación de los medios de diagnóstico, tratamientos y valoración médica de que ha sido objeto del señor MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA.

Se encontró prescripción y orden de suministro de corset TLSO, el cual según se describe en los hechos de la acción de tutela, fue suministrado al paciente.

Radicación: 08-001-33-33-001-2021-00228-00

Demandante: MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, representado por agente oficiosa

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Vinculado: IPS UT FERRONORTE.

Medio de Control: ACCION DE TUTELA

No obstante lo anterior, no se encuentra en la historia clínica anotación alguna respecto de los elementos y servicios solicitados por la parte actora en la acción de tutela. En efecto, la única anotación que se contiene en la misma es la sugerencia realizada por médico neurocirujano tratante, en la que indica que se estudie la posibilidad de suministro de pañales al paciente en favor de quien se instauró la acción de tutela de la referencia.

Ciertamente, como la parte actora lo reconoce en el escrito de tutela, los elementos y servicios requeridos no han sido prescritos de forma específica por los médicos, pero, considera que deben ser suministrados por requerirlos es paciente.

Sobre el particular, advierte este despacho judicial que en lo relativo a las pretensiones relativas a transporte en ambulancia para asistir a citas y procedimientos médicos, se advierte que la parte actora hace referencia a servicios médicos eventuales, de los cuales no se tiene la certeza de que son efectivamente requeridos.

Adicional a lo anterior, y en lo atinente a las cremas anti escara, silla de ruedas, paños húmedos, cama hospitalaria, suplementos alimenticios y enfermera se tiene que ningún elemento de prueba aportado da cuenta de que se hubiesen requerido a la accionada, en tanto que el Oficio de 21 de mayo de 2021 aportado con la acción de tutela, solo da cuenta de una solicitud de pañales para el paciente plurimencionado, lo que nos permite inferir que al no haber sido requeridos efectivamente por la paciente, no podría existir una negativa de la administradora de salud Fondo de Pasivo Ferrocarriles Nacionales de Colombia para prestar tales servicios y suministrar tales elementos.

Ahora, en lo relativo al servicio de enfermera en casa, y la dotación de insumos como pañales desechables, cremas antiescaras, pañitos húmedos, guantes, tapabocas y complementos nutricionales, advierte el despacho que, por tratarse de insumos y servicios excluidos del POS, la Corte Constitucional ha indicado que deben cumplirse ciertas reglas para que el juez constitucional pueda proceder a su autorización.

Ahora, si bien es cierto que la Corte Constitucional ha indicado que el tratamiento de ciertas patologías puede permitir al operador judicial que infiera, como un hecho notorio, la necesidad de algunos elementos, como el uso de pañales y cremas para la pañalitis cuando se encuentran frente a la incontinencia en el manejo de los esfínteres, y como de la misma manera podría predicarse del manejo de padecimientos como las escaras, en el caso de las cremas anti escaras, ello no significa que de manera automática tales insumos o procedimientos, excluidos del POS, deban ser asumidos por la EPS.

Para ello, ha indicado la Corte Constitucional que, a fin de que se levante la exclusión de servicios, insumos y procedimientos del POS, se requiere que el paciente y su grupo familiar, no se encuentren en posibilidad de sufragar los costos que implica la consecución de los mismos, como lo serían los como pañales desechables, cremas antiescaras, pañitos húmedos y complementos nutricionales, y el servicio de enfermera en casa pedidos por la parte actora.

Considera el despacho, útil para el sustento fáctico y probatorio valorado, el criterio de la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación **SU-508 del 7 de diciembre de 2020**, acerca de la importancia del diagnóstico del médico tratante y su fuerza vinculante y sus prescripciones médicas:

“La prescripción es el acto del profesional tratante mediante el cual se ordena un servicio o tecnología o se remite al paciente a alguna especialidad médica. El artículo 39 de la Resolución 3512 de 2019 indica que la prescripción deberá emplear la denominación común internacional.

La normativa consagra que los servicios y tecnologías en salud deben ser prescritos (de acuerdo con unas reglas específicas) por el profesional de salud tratante.

Éste es una persona competente, enriquecida con educación continua e investigación y una evaluación oportuna, según el artículo 6 literal d) de la LeS. Los profesionales en salud

gozan de autonomía para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes y no podrán ser presionados por otros actores, conforme al artículo 17 de la LeS. La pregunta que surge es si el profesional en salud debe cumplir con algún requisito para poder prescribir los servicios o tecnologías en salud. Una lectura sistemática del artículo 11 de la Resolución 3512 de 2019 y del artículo 5 inciso 1 de la Resolución 1885 de 2018 ofrecería algunos elementos. La primera disposición jurídica indica que toda persona deberá adscribirse, según su elección, en alguna de las IPS de la red de prestadores conformada por la EPS o la entidad que haga sus veces, para que de esta manera se pueda beneficiar de todas las actividades de promoción de la salud, de atención ambulatoria, de prevención de riesgos y de recuperación de la salud. La segunda disposición establece que la prescripción de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios, será realizada por el profesional de la salud tratante, el cual debe hacer parte de la red definida por las EPS o EOC, a través de la herramienta tecnológica disponga el Ministerio de Salud, la que operará mediante la plataforma tecnológica SISPRO con diligenciamiento en línea o de acuerdo con los mecanismos tecnológicos disponibles en la correspondiente área geográfica.

Lo anterior parece indicar que, en principio, el médico tratante es el profesional idóneo para definir el tratamiento, por contar con la capacitación adecuada, criterio científico y conocer la realidad clínica al paciente . Sin embargo, la Corte Constitucional ha reconocido que, excepcionalmente, en los casos en los que no exista prescripción médica, el juez constitucional puede ordenar el suministro de un servicio o tecnología si la necesidad del mismo es notoria, de manera condicionada a un diagnóstico posterior que ratifique tal determinación.

b. Derecho al diagnóstico

El derecho al diagnóstico , como componente integral del derecho fundamental a la salud, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere . El derecho al diagnóstico se configura como un supuesto necesario para garantizar al paciente la consecución de los siguientes objetivos: (i) establecer con precisión la patología que padece el paciente, (ii) 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 e (iii) iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente .

El diagnóstico efectivo se compone de tres etapas, a saber: identificación, valoración y prescripción . La etapa de identificación comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente. Una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso. Finalmente, los especialistas prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente.

En atención a la importancia del concepto especializado en medicina, es menester que el juez de tutela, en los casos desprovistos de formula médica: i) ordene el suministro del servicio o tecnología en salud incluidos en el PBS con base en la evidente necesidad del mismo -hecho notorio-, siempre que se condicione a la posterior ratificación del profesional tratante y, ii) en ausencia de la mencionada evidencia, pero frente a un indicio razonable de afectación a la salud, ordene a la entidad promotora de salud respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un concepto en el que determinen si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido a fin de que sea eventualmente provisto. En este contexto, siendo el diagnóstico un componente esencial en la realización efectiva del derecho a la salud, la Sala considera que esta prerrogativa habría de protegerse en los casos concretos en los que sea aplicable, cuando se observe que se desconoce la práctica

Radicación: 08-001-33-33-001-2021-00228-00

Demandante: MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, representado por agente oficiosa

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Vinculado: IPS UT FERRONORTE.

Medio de Control: ACCION DE TUTELA

de todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente. Incluso, tal amparo debe otorgarse indistintamente de la urgencia de su práctica, es decir, no simplemente frente al riesgo inminente que pueda sufrir la vida del paciente, sino además frente a patologías que no la comprometan directamente”

En el caso particular, la parte actora ha invocado una razón para levantar la exclusión del POS de los insumos y servicios requeridos, cual es, la circunstancia de no tener los recursos económicos suficientes para sufragar los gastos que implica la consecución de los mismos.

En efecto, en el escrito de tutela la esposa del señor Miguel Angel Solano Acosta, Nubia Maury Amaranto manifestó que no tiene los medios económicos para sufragar los gastos que implica la atención de los padecimientos de salud que la aquejan, y que en la actualidad, en un esfuerzo económico paga una enfermera para las horas de la noche, pero que no tiene recursos suficientes para pagar una enfermera para el turno del día.

La agente oficiosa no da cuenta de cómo está conformado su núcleo familiar, si tienen hijos u otros familiares.

Habida cuenta de lo expuesto, procede el despacho a verificar si se cumplen las reglas para autorización de servicios, insumos y tratamientos excluidos del POS, encontrándose que la Corte Constitucional en sentencia T-014 de 2017, señaló los siguientes:

- La falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere.
- El servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio.
- El interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie.
- El servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

Encuentra este despacho judicial que en el caso particular no existen prescripciones médicas para los servicios e insumos solicitados, y que en el caso particular los padecimientos médicos del paciente Miguel Angel Solano Acosta no permiten al juez constitucional inferir como un hecho notorio que los padecimientos sufridos por él implican por sí mismos la necesidad de emplear pañales, cremas anti escaras, y los otros elementos solicitados.

Por otra parte, se encuentra que en el proceso de la referencia se acreditó que la actora, señora NUBIA MARLENE MAURY AMARANTO, esposa y cuidadora del señor MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, devenga una pensión en razón de la cual recibe ingresos al menos congruos, que le permitirían sufragar los gastos que se derivan de la atención del citado señor SOLANO ACOSTA, pues su pensión es de \$3.412.977.

No se tienen otros elementos de prueba de los que pueda colegirse que tales ingresos no le resultan suficientes para costear los servicios requeridos

Así las cosas, no se tiene elementos de prueba que permitan colegir que se cumple con el presupuesto previsto por la Corte Constitucional, relativo a que el interesado no pueda costearlos los servicios, insumos o tratamientos cuya autorización requiere por vía de tutela.

No obstante lo anterior, ante la necesidad manifestada por la parte actora, y en tratándose de la circunstancia de debilidad manifiesta que se presume respecto de las personas que integran el grupo poblacional de la tercera edad, y vistos los padecimientos de salud que aquejan al señor MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, se tutelaré el derecho a la salud de la actora, pero en la

Radicación: 08-001-33-33-001-2021-00228-00

Demandante: MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, representado por agente oficiosa

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Vinculado: IPS UT FERRONORTE.

Medio de Control: ACCION DE TUTELA

modalidad de diagnóstico, a fin de que el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, a través de su red de prestadores de salud contratada, efectúe una valoración integral al señor MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, a fin de establecer si la paciente requiere de los insumos y servicios descritos, y de requerirlos cuales serían los adecuados, así como la periodicidad de su suministro. De ser formulado le correspondería a la que el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, a través de su red de prestadores de salud contratada, entregar las cantidades requeridas con forme a la formulación médica y sin dilaciones, puesto que está en riesgo, su derecho a la dignidad humana, principio – pilar fundamental del constituyente primario.

Así las cosas, y como quiera no se ha advertido violación al derecho a la vida del accionante, en tanto se encuentra acreditado que está recibiendo los tratamientos y servicios médicos prescritos para sus padecimientos de salud, se negará el amparo del mismo.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI) RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud del señor MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, en su faceta diagnóstico y se ordena al Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, a través de su red de prestadores de salud contratada, que mediante valoración integral por parte de médico tratante establezca si el paciente requiere o no del suministro de pañales desechables, paños húmedos, crema anti escara, suplementos alimenticios o nutricionales, y de requerirlo cual sería el adecuado y la periodicidad de su suministro. De igual forma, deberá establecer en dicha valoración si el paciente requiere el suministro de silla de ruedas, cama hospitalaria, enfermera, y traslados en ambulancia para citas y tratamientos médicos. De ser formulados le correspondería al Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, a través de su red de prestadores de salud contratada, entregar los elementos y suministrar los servicios en las cantidades y calidades requeridas con forme a la formulación médica y sin dilaciones, puesto que está en riesgo, sus derechos a la salud y la dignidad humana, principio – pilar fundamental del constituyente primario, autorizándose su posterior recobro ante el FOSYGA.

SEGUNDO: NEGAR los restantes amparos de tutela solicitados en la acción constitucional de la referencia.

TERCERO: Exhórtese a las accionadas a rendir un informe de los responsables de las ordenes atribuidas, consistente en sus lugares de notificaciones y superiores inmediatos.

CUARTO: Una vez cumplida la orden, **Remítase** las evidencias de su cumplimiento con finalidad de dar por cumplida la presente acción constitucional.

QUINTO: REMITASE a la Corte Constitucional, el expediente, en el evento de no ser impugnada la presente decisión.

SEXTO: NOTIFÍQUESE a las partes por el medio más expedito.

SEPTIMO: ANÓTESE la siguiente actuación en el sistema TYBA

REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Radicación: 08-001-33-33-001-2021-00228-00

Demandante: MIGUEL ANGEL SOLANO ACOSTA, representado por agente oficiosa

Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Vinculado: IPS UT FERRONORTE.

Medio de Control: ACCION DE TUTELA

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Guillermo Alonso Arevalo Gaitan', with a stylized flourish at the end.

GUILLERMO ALONSO AREVALO GAITAN

JUEZ

Se deja constancia que la herramienta firma electrónica, a partir de las 4:00 PM del día de hoy,
no funciona.