



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00129-00

Cartagena de Indias, veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	ACCION DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00129-00
Demandante	MIGUEL DE LOS SANTOS ACUÑA MUÑOZ
Demandado	NUEVA EPS
Tema	Salud, autorización de servicios sin orden médica.
Sentencia no	0083

1. PRONUNCIAMIENTO

Mediante escrito presentado el día 08 de junio de 2017, ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de este circuito y recibido en este despacho el día 09 de junio de la misma anualidad, la señora AMALFI MEJIA ACUÑA, actuando como agente oficioso de MIGUEL DE LOS SANTOS ACUÑA MUÑOZ, promovió acción de tutela contra NUEVA EPS, encaminada a obtener la protección de sus derechos fundamentales a Salud, Dignidad Humana, Vida e Integridad Personal.

Por lo tanto, entra el Despacho a decidir sobre la presente acción, con fundamento en lo siguiente:

2. ANTECEDENTES

2.1 PRETENSIONES

PRIMERO: Tutelar el derecho fundamental a la salud, Dignidad Humana, Vida e Integridad Personal.

SEGUNDO: Se ordene al galeno tratante que autorice atención domiciliaria.

TERCERO: se ordene a NUEVA EPS que entregue periódicamente los paños desechables que requiere el accionante.

2.2 HECHOS

Las pretensiones de esta acción constitucional se fundan en los siguientes supuestos facticos:

Primero. El señor MIGUEL DE LOS SANTOS ACUÑA MUÑOZ es una persona de 91 años de edad, diagnosticado con diabetes tipo 2 desde hace 20 años, el cual tiene tratamiento permanente para dicha enfermedad.

Segundo. No controla los esfínteres, no puede caminar y no tiene noción del tiempo.

Tercero. Requiere uso de paños desechables 24 horas al día y el agente oficioso carece de recursos económicos para proporcionárselos.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00129-00

Cuarto. El día 11 de mayo de 2017 radico derecho de petición antes NUEVA EPS solicitando la entrega de paños desechables y atención domiciliaria, y el 18 de mayo de la misma anualidad, la EPS responde que la solicitud no es procedente de acuerdo a la resolución 5592 de 2015.

2.3 CONTESTACIÓN

➤ NUEVA EPS

Manifiesta esta entidad que el usuario no cuenta con ordenamientos médicos para el suministro del insumo de pañales desechables y atención domiciliaria, que es un galeno en la salud el único que, puede después de realizar un diagnóstico, identificar y ordenar que servicios requiere un usuario, puesto que es la persona idónea para establecer las características medicas de los servicios a generar.

En cuanto al derecho de petición formulado, al accionante se le informó que para acceder al servicio debe radicar ante los asesores de NUEVA EPS la historia clínica completa, orden medica actualizada y escala de barthel.

Respecto a la entrega de paños desechables, si el médico tratante lo considera pertinente la solicitud se debe radicar en la plataforma MIPRES para que el ministerio de protección social defina su aprobación.

En conclusión, no es procedente acceder a lo solicitado toda vez que el paciente no cuenta con una orden médica para la autorización de los mismos.

3. TRAMITES PROCESALES

La acción de tutela que se estudia fue recibida en este despacho el día 08 de junio de 2017, procediéndose a su admisión el 09 de junio de la misma anualidad; En la misma providencia se ordenó la notificación a la entidad accionada, enviándose comunicación al buzón electrónico de esta entidad (fl 12), también se le solicitó rendir un informe sobre los hechos alegados en la demanda.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

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

Dicha garantía Constitucional, obedece precisamente al tipo de Estado que la Constitución de 1991 nos definió, es decir, siendo el Estado Colombiano un Estado Social de Derecho,



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00129-00

responsabiliza a la administración la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad.

4. PROBLEMA JURIDICO

En esta oportunidad, el Despacho se ocupará de analizar si la NUEVA EPS vulnera los derechos fundamentales a la salud, Dignidad Humana, Vida e Integridad Personal, del señor MIGUEL DE LOS SANTOS ACUÑA MUÑOZ, al no acceder a la entrega de paños desechables y la atención domiciliaria, que a voces de la parte accionante es requerida por el agenciado.

5. TESIS

Para ordenar por vía de tutela la prestación de determinado servicio o medicamento es esencial que el mismo sea previamente prescrito por el galeno tratante. Sin embargo, es posible, de manera excepcional, que un juez de tutela conceda un servicio médico que no haya sido prescrito por el médico tratante, siempre y cuando se avizore, de las pruebas aportadas al proceso, que dicho servicio o medicamento es necesario para garantizar al actor su derecho a la salud o vida en condiciones dignas.

En el caso concreto la parte tutelante no presenta orden médica ni copia de la historia clínica del señor MIGUEL DE LOS SANTOS ACUÑA MUÑOZ, o cualquier otro documento o prueba que soporte su petición, por lo tanto, mal haría este despacho en ordenar la entrega de un medicamento o prestación de un servicio sin existir la respectiva prescripción médica, y con mayor razón, si no existen otros elementos suasorios que permitan concluir la necesidad y urgencia del servicio pretendido.

Aunado a lo anterior, las pruebas aportadas al expediente no son suficientes para acreditar los hechos expuestos en el libelo introductorio de esta acción constitucional, por lo que le es imposible a esta célula judicial determinar si existió la presunta vulneración referida por el actor.

En ese sentido, era menester que el demandante aportara al expediente siquiera prueba sumaria para demostrar la veracidad de cada uno de los hechos expuestos, y en consecuencia, se colige que la entidad accionada no está vulnerando los derechos fundamentales invocados por el actor, razón por la cual se negaran las pretensiones de esta acción de tutela.

Con fundamento en lo arriba expuesto, y como

NORMATIVIDAD - JURISPRUDENCIA APLICABLE.

Nuestra Carta Política establece en el artículo 86, que la acción de tutela es un instrumento judicial, preferente y sumario, para reclamar "la protección inmediata" de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas, y excepcionalmente de los particulares. Este es un mecanismo subsidiario y residual, lo que implica que, frente a una situación fáctica, procederá en procura de la protección de derechos fundamentales, cuando no exista otra acción de defensa judicial prevista en el ordenamiento para el efecto, o cuando existiendo, no sea eficaz para obtener



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00129-00

su amparo; o cuando se promueva como mecanismo transitorio con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

El derecho a la salud como derecho fundamental.

Tal y como lo ha manifestado la Honorable Corte Constitucional, especialmente en la Sentencia T-760 de 2008, donde se reiteraron los distintos criterios establecidos en la jurisprudencia Constitucional relacionados con la protección del derecho fundamental a la salud; *“el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía.”*

De igual manera, en dicha providencia se concretó las tres formas de protección del derecho a la salud: (i) en una época fijando la conexidad con derechos fundamentales expresamente contemplados en la Constitución, asemejando aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitiendo su protección por medio de la acción de tutela; (ii) advirtiendo su naturaleza fundamental en situaciones en las que se encuentran en peligro o vulneración sujetos de especial protección, (como niños, discapacitados, ancianos, entre otros); (iii) argumentando la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, con la necesidad de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cuál sea la persona que lo requiera.

De este modo, reconocer a la salud como un derecho fundamental y los servicios que se requieran, se traduce en que este derecho debe ser garantizado a todos los seres humanos como una comprobación fenomenológica de la dignidad de los mismos y no de un patrón deontológico que repose en un código predefinido como el Sistema de Seguridad Social en Salud. De ser así, se estaría en una situación de protección constitucionalmente inadmisibles, de la cual un Estado social de derecho como el colombiano no puede sustraerse.

(ii). APLICACION DEL CRITERIO DE NECESIDAD COMO GARANTIA DE ACCESIBILIDAD A LOS SERVICIOS DE SALUD. Sentencia T-023 de 2013

“De acuerdo con la jurisprudencia en salud, cuando una persona acude a su EPS para que ésta le suministre un servicio que requiere, o requiere con necesidad, el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad, es que exista orden médica autorizando el servicio. Esta Corte ha señalado que el profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona, y el tratamiento que se debe seguir, es el médico tratante; es su decisión el criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema, el cual, a su vez, se fundamenta, en la relación que existe entre el conocimiento científico con que cuenta el profesional, y el conocimiento certero de la historia clínica del paciente. Así las cosas, la remisión del médico tratante es la forma instituida en nuestro Sistema de Salud para garantizar que los usuarios reciben atención profesional especializada, y que los servicios de salud que solicitan, sean adecuados, y no exista riesgo para la salud, integridad o vida del usuario. La orden del médico tratante respalda el



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00129-00

requerimiento de un servicio y cuando ésta existe, es deber de la entidad responsable suministrarlo, esté o no incluido en la Plan Obligatorio de Salud”.

(iii) Acceso a los servicios de salud que se requieran, no incluidos dentro de los planes obligatorios. Sentencia T-610 de 2013.

“5.6. Frente a la tercera subregla que, según la sentencia T-760 de 2008 exige la orden del médico tratante adscrito a la EPS para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta corporación ha efectuado diversas precisiones.

En primer lugar, ha enfatizado en que esa subregla debe respetarse prima facie, debido a que es el profesional médico quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar sobre la necesidad o no de elementos, procedimientos o medicamentos solicitados, condiciones de las cuales, por su formación, carece el juez.

Empero, esta corporación también ha señalado que cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, no puede la EPS quitarle validez y negar el servicio, basada en el argumento de la no adscripción, pues solo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también tienen validez, a fin de propiciar la protección constitucional.

Frente lo anterior, en segundo lugar, cuando los conceptos de médicos, adscritos o no, son sometidos a escrutinio del Comité Técnico Científico, no se puede desestimar la prescripción basándose en argumentos de carácter procedimental, financiero o administrativo, ya que, según esta Corte, “el CTC solamente puede negar la autorización de un servicio NO-POS, cuando se sustenta en una opinión médica sólida que fundamente la posición contraria a la del médico tratante. Al no ser de esta forma, prevalecerá el criterio de éste, quien es profesional en la materia y tiene contacto directo y cercano con la realidad clínica del paciente”. En conclusión, cuando existe discrepancia entre los conceptos del médico tratante y el CTC, debe prevalecer, prima facie, el del primero, debido a que es él, quien además de tener las calidades profesionales y científicas, conoce mejor la condición de salud del paciente.

Ahora bien, como tercer punto atinente a la subregla en cuestión, ha de manifestarse que esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso, bien sea la historia médica o alguna recomendación médica, la plena necesidad de lo requerido por el accionante.
(Subrayas y negrilla fuera de texto)



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00129-00

(iv) Por otra parte, no obstante la tutela es un mecanismo que se caracteriza por su informalidad, también es necesario que el acto aporte las pruebas que acrediten los hechos que considera génesis de las presuntas vulneraciones, a fin de que el operador judicial pueda corroborar si en efecto se están trasgrediendo derechos fundamentales. Así lo ha enseñado la Corte Constitucional en sentencia T-153 de 2011, la cual reza así:

"Si bien la acción de tutela tiene como una de sus características la informalidad, el juez tiene el deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso"

Así, ha estimado esta Corte que: "un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental. Pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario." Por eso, la decisión del juez constitucional "no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. A esa conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes.

Posteriormente, la Corte ha reiterado esta posición al afirmar que:

"Los hechos afirmados en la acción de tutela deben ser probados siquiera sumariamente para que el juzgador tenga la plena certeza sobre los mismos. No es posible sin ninguna prueba acceder a la tutela. La valoración de la prueba se hace según la sana crítica pero es indispensable que obren en el proceso medios probatorios que permitan inferir la verdad de los hechos"

CASO CONCRETO

La señora AMALFI MEJIA ACUÑA, promovió el presente accionamiento como agente oficiosa de MIGUEL DE LOS SANTOS ACUÑA MUÑOZ con el fin que se le amparen sus derechos fundamentales a salud, Dignidad Humana, Vida e Integridad Personal, y en consecuencia se ordene a NUEVA EPS, que entregue paños desechables y acceda a la atención domiciliaria.

Como fundamentos fácticos de esta acción, se plantea que el agenciado fue diagnosticado con diabetes tipo 2 desde hace más de 20 años y que es una persona de 91 años de edad (fl 07).

Ahora bien, de acuerdo a las reglas jurisprudenciales esbozadas en las consideraciones generales de esta sentencia, para ordenar por vía de tutela la prestación de determinado servicio o medicamento es esencial que el mismo sea previamente prescrito por el galeno tratante, toda vez que es la persona idónea y que por su acercamiento con el paciente, quien mejor conoce su estado patológico y los tratamientos pertinentes para su recuperación. Sin embargo, es posible, de manera excepcional, que un juez de tutela conceda un servicio médico que no haya sido prescrito por el médico tratante, siempre y cuando se avizore, de las pruebas aportadas al proceso, que

JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00129-00

dicho servicio o medicamento es necesario para garantizar al actor su derecho a la salud o vida en condiciones dignas.

Así pues, en el caso que nos ocupa la parte tutelante no presenta orden médica ni copia de la historia clínica del señor MIGUEL DE LOS SANTOS ACUÑA MUÑOZ, o cualquier otro documento o prueba que soporte su petición, por lo tanto, mal haría este despacho en ordenar la entrega de un medicamento o prestación de un servicio sin existir la respectiva prescripción médica, y con mayor razón, si no existen otros elementos suasorios que permitan concluir la necesidad y urgencia del servicio pretendido.

Aunado a lo anterior, al observarse las pruebas aportadas al expediente, se concluye sin mayores elucubraciones que estas no son suficientes para acreditar los hechos expuestos en el libelo introductorio de esta acción constitucional, pues solo obra derecho de petición presentado a la NUEVA EPS en fecha 17 de mayo de 2017 (fl 04), respuesta de la accionada a ese derecho de petición (fl 06) y cédula de ciudadanía del agenciado (fl 7); por ende, con estas pruebas documentales le es imposible a esta célula judicial determinar si existió la presunta vulneración referida por el actor.

En ese sentido, era menester que el demandante aportara al expediente siquiera prueba sumaria para demostrar la veracidad de cada uno de los hechos expuestos, tal como se explicó en sentencia T-153 de 2011, la cual ya fue citada en las consideraciones generales de este proveído.

En este orden de ideas, este Despacho judicial, luego de analizar las posiciones y las pruebas presentadas por las partes concurrentes a esta acción constitucional, llega a la conclusión, que en el presente caso la entidad accionada no está vulnerando los derechos fundamentales invocados por el actor, razón por la cual se negaran las pretensiones de esta acción de tutela.

En virtud de lo expuesto, el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA DE INDIAS, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

5. FALLA

PRIMERO: NEGAR el amparo constitucional deprecado por la señora AMALFI MEJIA ACUÑA, quien actúa como agente oficioso de MIGUEL DE LOS SANTOS ACUÑA MUÑOZ, contra NUEVA EPS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Notifíquese por el medio más expedito al accionante y a la accionada (art. 30 del D. 2591/91).

TERCERO: De no ser impugnada esta providencia envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

BEDER CAMILO CHOPERENA GARCIA

Juez (E)