



JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL

Ibagué, trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020).

Tipo de proceso	Acción de tutela
Radicación:	730013105006-2020-00035-00
Accionante(s):	MARY CÉSPEDES AGUIRRE
Accionado(a):	Nueva E.P.S.
Providencia:	Sentencia de Primera Instancia
Asunto:	Derecho a la salud, vida en condiciones dignas, dignidad humana, y derechos de las personas en condición de discapacidad

ASUNTO A TRATAR

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela interpuesta por MARY CÉSPEDES AGUIRRE, identificada con la C.C. N° 39.553.418, quien actúa a través de su hijo ROBINSON ROMERO CÉSPEDES, identificado con la C.C. N° 14.138.924, contra la NUEVA E.P.S.

ANTECEDENTES

MARY CÉSPEDES AGUIRRE, promovió acción de tutela con el propósito que le sean amparados los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la dignidad humana, y los derechos de las personas en condición de discapacidad, y en consecuencia se le ordene a la accionada garantizar: enfermería las 24 horas, médico en casa; traslados en ambulancia para citas; cama hospitalaria; silla de ruedas; equipo de sonda vesical; pañales talla m; crema para quemaduras o antiescaras; terapia física integral; complementos nutricionales como "ensure"; pago de transporte, alimentación, hospedaje para el paciente y un acompañante cuando se requiera atención médica fuera de la ciudad; así como que se le garantice atención integral para la enfermedad.

Como sustento fáctico de la acción, expuso que fue diagnosticada con "tumor maligno (carcinoma ductal) asociado a linfedema de miembro superior por bloqueo tumoral, que cursa con fractura de cuerpo vertebral de T6 de origen metastásico y metástasis ganglionares, mediastínicas estadio IV; paraplejia de miembros inferiores posterior a realización de vertebrectomía T8, laminectomía T7 y T8 y faramínectomina + recepción de tumor raquídeo"; además que no controla esfínteres; y que la NUEVA E.P.S. se negó a autorizar lo ordenado por el médico tratante.

TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de 29 de enero del año en curso se admitió la acción de tutela en contra la NUEVA E.P.S., se concedió la medida provisional solicitada, y se otorgó un término de 48 horas para que se pronunciara respecto de los hechos y pretensiones de esta acción constitucional.

Dentro del término, la NUEVA E.P.S. dio respuesta a la acción, alegando que la paciente no requiere servicio de enfermería sino de cuidador domiciliario, y que en virtud al principio de solidaridad, los familiares son los primeros llamados a atenderlos; que los pañales desechables no son considerados como un tratamiento en salud, sino como un elemento de aseo, que no es vital para la vida humana, por lo que no pueden ser autorizados por la E.P.S. ni por un comité técnico científico, y deben ser cubiertos por la red de apoyo familiar; que los elementos de aseo según la Resolución 5267 de 2017 de manera taxativa se encuentran excluidos del plan de beneficios en salud.

Asimismo, en cuanto a la solicitud de silla de ruedas, expuso que según la Resolución 5269 de 2017, se encuentra excluida del Plan de Beneficios en Salud por lo que el juez de tutela debe abstenerse de ordenar el suministro; que en la plataforma MIPRES no se encuentra validación de orden médica expedida por el médico tratante; y que no se observa prescripción que acredite el servicio de ambulancia solicitado (fls. 80-94).

CONSIDERACIONES

Este Despacho es competente para conocer de la acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1991 y 1983 de 2017.

PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde al Despacho determinar si se deben amparar los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la dignidad humana, y los derechos de las personas en condición de discapacidad de la actora.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela se erige como un mecanismo de rango constitucional, instituido para amparar los derechos fundamentales de las personas cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública; adicionalmente debe advertirse que este procedimiento tiene un carácter residual o subsidiario, y por tanto, sólo procede cuando la persona afectada en sus derechos fundamentales no dispone de otro medio de defensa judicial para que se restablezca el derecho vulnerado o para que desaparezca la amenaza a que está sometido, salvo que la acción de tutela se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Bajo esta premisa, se tiene que el objeto esencial de la acción de tutela es garantizar la efectiva e inmediata protección de los derechos fundamentales.

La H. Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela ha sido establecida como un mecanismo de carácter excepcional encaminado a la protección inmediata, directa y eficaz de los derechos fundamentales de las personas frente a las violaciones o vulneraciones de que pueden ser objeto, ora por las autoridades públicas, ora por los particulares en los casos previstos por la ley.

DERECHO A LA SALUD

El artículo 49 Superior consagró el derecho que tiene toda persona a acceder a la protección y recuperación de su salud, el cual se encuentra a cargo del Estado y debe ser prestado conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Ley 1751 de 2015 reguló el derecho fundamental a la salud, imponiéndole al Estado el deber de respetar, proteger y garantizar su goce efectivo, bajo los principios de universalidad, pro homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad del derecho, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia, interculturalidad, protección a los pueblos indígenas y protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras.

La Corte Constitucional¹ ha desarrollado el carácter fundamental de la salud como derecho autónomo, definiéndolo como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”*. Según la alta Corporación este derecho debe garantizarse bajo condiciones de *“oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad”*.

Y frente a su protección la alta Corporación ha señalado que *“en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela”* (T-062 de 2017).

De lo anterior se devela la importancia que tiene la protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela, pues al ser una garantía de raigambre fundamental, el Estado y los particulares que se encuentran comprometidos con la prestación del servicio público de salud, les corresponde desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho, ya que la salud compromete el ejercicio de distintas garantías, en especial el de la vida y el de la dignidad.

Ahora bien, el art. 157 de la Ley 100 de 1993 consagró que todo colombiano participará en el servicio público esencial de salud, mediante dos regímenes de afiliación: el contributivo, al cual pertenecen *“las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago”*; y el subsidiado están quienes no cuentan con capacidad de pago, y dispondrán de un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que ha sido denominado el Plan Obligatorio de Salud.

El art. 26 de la Resolución 3512 de 2019, *“por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”* expedida por el Ministro de Salud y Protección Social, contempla la atención domiciliaria como una alternativa a la atención hospitalaria que está financiada con los recursos de la UPC, en los eventos que el médico tratante lo considere pertinente.

La mencionada Resolución igualmente establece los eventos en los que el PBS cubre con cargo a la UPC el traslado acuático, aéreo y terrestre de pacientes, así:

“1. Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en ambulancia.

2. Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente para

¹ Ver entre otras las sentencias T-566 de 2010, T-931 de 2010, T-355 de 2012, T-176 de 2014, T-132 y T-331 de 2016

estos casos está financiado con recursos de la UPC el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia”.

Igualmente, se prevé el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliario si el médico así lo considera.

CASO CONCRETO

En el asunto bajo examen, la actora pretende que la NUEVA E.P.S. garantice: enfermería las 24 horas, médico en casa; traslados en ambulancia para citas; cama hospitalaria; silla de ruedas; equipo de sonda vesical; pañales talla m; crema para quemaduras o antiescaras; terapia física integral; complementos matriciales como *“ensure”*; pago de transporte, alimentación, hospedaje para el paciente y un acompañante cuando se requiera atención médica fuera de la ciudad; y se le garantice atención integral para la enfermedad que padece.

La NUEVA E.P.S. dio respuesta a la acción, alegando que la paciente no requiere servicio de enfermería sino de cuidador domiciliario, por lo que los familiares son los llamados a atenderla; que la silla de ruedas se encuentra excluida del Plan de Beneficios en Salud; y que no se observa orden médica que acredite el servicio de ambulancia solicitado (fls. 80-94).

En el presente asunto se encuentra acreditado que la actora se encuentra diagnosticada con *“C504 tumor maligno del cuadrante superior externo de la mama, paraplejía de miembros inferiores, y tumor maligno de columna vertebral”* (fls. 7, 8, 12); que los galenos tratantes le han prescrito enfermería las 24 horas, terapia física domiciliaria, cuidados de sonda Foley, hospitalización en casa, médico en casa, y traslado en ambulancia para citas médicas y de tratamiento (fls.8, 10, 41, 64).

Ahora bien, contrario a lo manifestado por la NUEVA E.P.S., el Despacho evidencia vulneración al derecho a la salud de la actora, pues como se dijo, además de la prescripción del servicio de médico domiciliario, cuidados de sonda Foley, hospitalización en casa y terapias físicas, los especialistas ordenaron enfermería las 24 horas y ambulancia para acudir a las citas médicas y de tratamiento como se evidencia a folios 8, 41 y 61 del expediente, sin que hasta la fecha se hubiesen autorizado por la accionada, pues incluso al rendir informe para este trámite constitucional, lo que alega es que no están incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, que no existe prescripción médica o que no se ha diligenciado el formato MIPRES, que valga decir, no son de cargo del paciente, ya que el proceso corresponde ejecutarlo a la IPS que tenga contrata en su red de servicios, por intermedio del galeno que prescribe el medicamento, servicio o procedimiento.

Además, el agente oficioso informó que la actora se encuentra hospitalizada en la Clínica Tolima y que los galenos le dieron salida para continuar con los cuidados paliativos en el domicilio, lo que se acompasa con la información contenida a folio 4 en el que le ordenan hospitalización en casa, pero la NUEVA E.P.S. no ha autorizado el medicamento para controlar el dolor, esto es, morfina 3% solución oral, ni los otros servicios que necesita la accionante para el manejo de su enfermedad.

En cuanto a la solicitud de pañales desechables, si bien en el expediente no obra orden médica, de la historia clínica sí resulta evidente que la actora presenta deposición incontinente y micción incontinente (fls. 33 vto y 35).

Al respecto la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha sido clara en determinar que ante la existencia de un hecho notorio que demuestre la necesidad del servicio, el Juez de Tutela debe prescindir de la prescripción médica y procurarle al paciente el acceso a la prestación que requiere. En este sentido la Sentencia T-014 de 2017 señaló:

“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 médicos⁴²¹. 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.

... 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”. (Subrayado fuera del texto).

Al respecto es necesario puntualizar, que si bien los pañales desechables no se consideran un medicamento, si constituyen un insumo de vital importancia para garantizar la vida en condiciones dignas del paciente.

Sumado a lo anterior, analizadas las características descritas en la historia clínica de la actora, se concluye que es una paciente que requiere cuidado permanente para procurarse el cuidado básico, debido a su grave estado de salud por las patologías que padece, por tanto, es una persona que merece una especial protección por parte del Estado, porque se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta que conlleva a otorgar un trato preferencial, brindando un servicio de salud **de forma integral y libre de obstáculos**, llegando inclusive a inaplicar las normas que regulan los medicamentos cubiertos dentro del POS hoy Plan de Beneficios en Salud.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-387 de 2018 señaló:

*“Dentro de esta categoría, en desarrollo de los artículos 48⁴²¹ y 49⁴⁸¹ de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha incluido a las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, como el cáncer⁴⁹¹. Por esta razón, ha dispuesto que esta población tiene derecho a protección reforzada por parte del Estado, la cual se traduce en el deber de brindarles acceso sin obstáculos y al oportuno tratamiento integral para la atención de su patología. En particular, sobre el alcance de esta protección, la Corte señaló en **Sentencia T-066 de 2012** lo siguiente:*

“Esta Corporación ha sido reiterativa en su deber de proteger aquellas personas que sufren de cáncer, razón por la cual ha ordenado a las entidades prestadoras del servicio de salud autorizar todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que requiere el tutelante para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS (...)” (Subrayas fuera del original)⁵⁰¹.

En lo que atañe a la silla de ruedas, cama hospitalaria, y suplementos alimenticios, sobre los cuales no se evidencia orden médica, no le es dable al juez de tutela ordenarlos, por cuanto carece del conocimiento científico para determinar su necesidad y pertinencia.

En cuanto a la petición de suministro de gastos para transporte, alimentación y alojamiento, de la paciente y un acompañante, no puede ser concedida debido a que se trata de un hecho futuro e incierto, máxime que la historia clínica aportada demuestra que el tratamiento lo ha venido recibiendo en esta municipalidad, y que lo ordenado fue traslado en ambulancia, lo cual como se dijo en el acápite normativo y jurisprudencial, se encuentra a cargo de la E.P.S. conforme a la Resolución 3512 de 2019 ².

En consecuencia, se ordenará a la NUEVA E.P.S. que de manera inmediata autorice y haga efectivo el servicio de médico domiciliario, terapias físicas domiciliarias, cuidados de sonda Foley, hospitalización en casa, enfermería las 24 horas, ambulancia para acudir a las citas médicas y de tratamiento, y morfina 3% solución oral conforme a las prescripciones médicas, así como el suministro de pañales, según las necesidades de la actora, conforme a la valoración que efectúe el especialista en fisioterapia adscrito a la E.P.S. accionada.

Además se ordenará que le garantice atención integral en las enfermedades "*C504 tumor maligno del cuadrante superior externo de la mama, paraplejía de miembros inferiores, y tumor maligno de columna vertebral*", entendiéndose incluidas consultas médicas, exámenes, procedimientos quirúrgicos, suministros de medicamentos, hospitalización y demás servicios de salud requeridos, **estén incluidos o no dentro del Plan de Beneficios en Salud**, conforme a las prescripciones que los médicos tratantes efectúen para tal fin, garantizando que no se impongan trabas administrativas que dilaten u obstaculicen el pronto acceso a los mismos.

Por último, no se dispone la repetición solicitada por la NUEVA E.P.S., por tratarse de un asunto no ligado al derecho fundamental, máxime que cuenta con otro mecanismo judicial para hacerlo efectivo.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito Judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud de la señora MARY CÉSPEDES AGUIRRE, identificada con la C.C. N° 39.553.418, por lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Dr. Wilmar Rodolfo Lozano Parga o quien haga sus veces, en calidad de Gerente Zonal Tolima de la NUEVA E.P.S. que de **manera inmediata**, autorice y haga efectiva a favor de la señora MARY CÉSPEDES AGUIRRE, identificada con la C.C. N° 39.553.418 el servicio de médico domiciliario, terapias físicas

² Sentencia T-652 de 2012.

domiciliarias, cuidados de sonda Foley, hospitalización en casa, enfermería las 24 horas, ambulancia para acudir a las citas médicas y de tratamiento y morfina 3% solución oral, conforme a las prescripciones que efectuadas por los profesionales de la salud. Lo anterior deberá garantizarse por el término dispuesto por el médico tratante.

TERCERO: ORDENAR al Dr. Wilmar Rodolfo Lozano Parga o quien haga sus veces, en calidad de Gerente Zonal Tolima de la Nueva E.P.S. que autorice y suministre pañales según las necesidades de la actora, conforme a la valoración que efectúe el especialista en fisioterapia adscrito a la E.P.S. accionada.

CUARTO: ORDENAR al Dr. Wilmar Rodolfo Lozano Parga o quien haga sus veces, en calidad de Gerente Zonal Tolima de la Nueva E.P.S. garantice atención integral a la señora MARY CÉSPEDES AGUIRRE, identificada con la C.C. N° 39.553.418 en las enfermedades diagnosticadas: "*C504 tumor maligno del cuadrante superior externo de la mama, paraplejia de miembros inferiores, y tumor maligno de columna vertebral*", entendiéndose incluidas consultas médicas, exámenes, procedimientos quirúrgicos, suministros de medicamentos, hospitalización y demás servicios de salud requeridos, **estén incluidos o no dentro del Plan de Beneficios en Salud**, conforme a las prescripciones que los médicos tratantes efectúen para tal fin, garantizando que para su acceso, no se impongan trabas administrativas que dilaten u obstaculicen el pronto acceso a los mismos.

QUINTO: NEGAR el suministro de gastos para transporte, alimentación y alojamiento, por lo anotado en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: NEGAR la autorización de repetición solicitada por la NUEVA E.P.S., por lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Notificar a las partes esta providencia, por los medios más expeditos y eficaces. (Artículo 30 del decreto 2591 de 1991)

OCTAVO: Si esta providencia no fuere impugnada, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión. (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



KAREN ELIZABETH JURADO PAREDES
Juez.