



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ (TOLIMA)

Ibagué, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN: 73001-33-33-007-2023-00344-00
ACCIÓN: TUTELA
ACCIONANTE: JUAN SEBASTIÁN MARTINEZ SOTO, como agente oficioso del señor HUMBERTO ZÁRATE ZÁRATE.
ACCIONADOS: NUEVA EPS e IPS VIVA 1A.

SENTENCIA

Sin que se avizore circunstancia alguna que invalide lo actuado, procede el Despacho a dictar pronunciamiento de fondo que en derecho corresponde, dentro de la presente Acción Constitucional de Tutela formulada por el señor **JUAN SEBASTIÁN MARTÍNEZ SOTO**, quien actúa como agente oficioso del señor **HUMBERTO ZÁRATE ZÁRATE**, en contra de la **NUEVA EPS** e **IPS VIVA 1A**.

I. ANTECEDENTES

El señor **JUAN SEBASTIÁN MARTÍNEZ SOTO** formuló acción de tutela con el fin de obtener la protección del derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida y dignidad humana del señor **HUMBERTO ZÁRATE ZÁRATE**, a quien señaló como su padre, con fundamento en las siguientes premisas fácticas:

- 1.1. Sostiene que su padre se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de NUEVA EPS – Régimen Subsidiado, teniendo asignada la IPS VIVA 1A.
- 1.2. Refiere que de tiempo atrás, el señor Zárate presenta limitación funcional, cuadriplejía flácida, enfermedad pulmonar obstructiva crónica con exacerbación aguda, hipertensión esencial, insuficiencia renal crónica y obesidad.
- 1.3. Afirma que la salud física y mental de su representado ha desmejorado, toda vez que presenta dificultad en la vista y su movilidad es muy reducida.
- 1.4. Manifiesta que su padre requiere de silla de ruedas, cama hospitalaria, servicio de enfermería 24 horas, crema antiescaras, servicio de ambulancia, entre otros elementos y/o procedimientos para la atención integral de su patología y que a la fecha no ha sido posible que se ordenen por parte de NUEVA EPS e IPS VIVA 1A.

II. PRETENSIONES

Dentro del escrito introductorio se plantean como pretensiones, las siguientes:

PRIMERO. Se Tutele de manera inmediata los derechos fundamentales a: la salud en conexidad a la vida, vida digna, de mi padre **HUMBERTO ZÁRATE ZÁRATE**.

SEGUNDO: ORDENE A NUEVA EPS Y VIVA 1A IPS Que, como garantía fundamental a la **continuidad e integralidad**, ORDENE, AUTORICE Y ENTREGUE de manera **puntual, real y efectiva** de los elementos tales como silla de ruedas, cama hospitalaria, crema para escaras y servicio de enfermería y demás aspectos que el medico tratante considere necesarios debido a las patologías que presenta mi señor padre **HUMBERTO ZÁRATE ZÁRATE**

TERCERO: Para evitar presentar tutela por cada evento, solicito **ORDENAR QUE LA ATENCION SE PRESTE EN FORMA INTEGRAL**, es decir todo lo que requiera en forma PERMANENTE Y OPORTUNA.

CUARTO: Prevenir al Representante Legal de **NUEVA EPS Y IPS VIVA 1ª** y/o quien corresponda, que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones que dieron mérito a iniciar esta tutela y que si lo hacen

serásn sancionadas conforme lo dispone el Art. 52 del Decreto 2591/91 (arresto, multa, sanciones penales).

QUINTO: *De ser pertinente Ordenar al FOSYGA rembolsar a la EPS los gastos que realice en el cumplimiento de esta tutela conforme lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia 480/97."*

III. PRUEBAS

Junto con el escrito de tutela, la parte accionante aportó el siguiente material probatorio:

- 3.1. Copia de la cédula ciudadanía del señor Humberto Zárate Zárate¹.
- 3.2. Copia de la cédula ciudadanía del señor Juan Sebastián Martínez Soto².
- 3.3. Resultado de la consulta en la Base de Datos Única de Afiliados – BDUA del SGSSS, que denota el estado de afiliación del señor Humberto Zárate Zárate³.
- 3.4. Copia ilegible de la historia clínica del señor Humberto Zárate Zárate⁴.
- 3.5. Copia de la orden médica generada al señor Humberto Zárate Zárate el día 01/09/2023, por parte de la IPS Medicina y Terapias Domiciliarias SAS⁵.

IV. TRÁMITE PROCESAL

Presentada y asignada la acción judicial a este Despacho, mediante auto del 11 de septiembre de 2023⁶ se dispuso su admisión en contra de la **NUEVA EPS**, a quien se le corrió traslado por el término de dos (02) días para que contestara la demanda, solicitara y aportara las pruebas que pretendiera hacer valer e informara cual había sido el trámite adelantado frente a lo peticionado por la parte accionante y que solución existía a los hechos.

Luego, a través de proveído del 18 de septiembre de 2023⁷ se vinculó al contradictorio a VIVA 1A IPS, a quien se le corrió traslado de la presente acción por el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del proveído, para que se pronunciara sobre los hechos que dieron origen a la acción, solicitara y aportara las pruebas que pretendiera hacer valer, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

Surtido el término de traslado para contestar, se entrevistó que VIVA 1A IPS guardó silencio, mientras que NUEVA EPS se pronunció en los términos que a continuación se sintetizan:

4.1. NUEVA EPS⁸:

El apoderado especial de **NUEVA EPS** inicialmente señaló que, de las pruebas obrantes en el expediente, no evidencia la existencia de orden médica para todos los servicios que se reclaman, por lo que solicita ordenar valoración por parte del médico tratante, para que se determine la pertinencia de estos.

Así mismo, sostuvo que, verificada la base de datos de la entidad, observa que el accionante se encuentra activo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de NUEVA EPS, régimen subsidiado, y, por tanto, ha garantizado todos los servicios médicos que ha requerido, siempre que la prestación del mismo se encuentre dentro de la órbita prestacional contemplada en la normatividad vigente.

Expone que la EPS no presta directamente el servicio en salud, sino que lo realiza a través de una red de prestadores contratada y avalada por la Secretaría de Salud del Municipio respectivo, para lo cual las IPS programan y solicitan la autorización para la realización de citas, cirugías, procedimientos, entrega de medicamentos, entre otros, de acuerdo a su disponibilidad.

¹ Folio 5 del archivo "3_ED_3ESCRITOTUTELA(.pdf)" – Índice 3 SAMAI.

² Folio 6 ibídem.

³ Folio 7 ibídem.

⁴ Folio 8 al 27 ibídem.

⁵ Archivo "4_ED_4ANEXO(.pdf)" - Índice 3 SAMAI.

⁶ Índice 5 SAMAI.

⁷ Índice 8 SAMAI.

⁸ Índice 7 SAMAI

Refiere haber realizado el traslado de las pretensiones contenidas en el libelo tutelar a la dependencia pertinente para que realizaran el estudio del caso y gestionaran lo pertinente, en aras de garantizar el derecho fundamental del afiliado.

Argumenta que la entidad no ha vulnerado derecho constitucional alguno de la parte actora, como tampoco ha incurrido en acción u omisión que ponga en riesgo sus garantías fundamentales, sino por el contrario, ha dado aplicación a la normatividad vigente en materia de seguridad social en salud y en ese orden, la acción de tutela incoada carece de objeto.

Indica que de acuerdo al Decreto 2200 de 2005, las citas, tratamientos y procedimientos médicos requeridos por el accionante, requieren de manera previa de valoración médica, en aras de establecer la necesidad de tales servicios, razón por la cual es inviable amparar la prestación de servicios que no cuenten con orden vigente.

En tal sentido, manifiesta que debe verificarse la existencia de orden médica y de no encontrarse la misma, debe disponerse de valoración con el médico tratante, para que este determine la necesidad de los servicios reclamados, considerando que son los profesionales de la medicina quienes pueden decidir la necesidad y pertinencia de estos, y su criterio médico no puede ser reemplazado por el jurídico.

Cita las Resoluciones 2933 de 2006 y 1885 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social, para asegurar que resulta improcedente la autorización de medicamentos que no estén financiados con recursos de la UPC, si no se ha efectuado o se tiene certeza de la verificación de los requisitos señalados en las citadas disposiciones normativas, de manera que, si se considera la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la parte accionante, solicita ordenar la realización de comité técnico científico y trámite en MIPRES, a fin de descartar la posibilidad de reemplazar el medicamento por uno con similares componentes activos que esté incluido dentro de los servicios o tecnologías financiadas con recursos de la UPC y que cumpla los criterios establecidos para la prescripción.

Señala que la silla ruedas y pañales están excluidos expresamente por la Resolución 2292 de 2021, y por tanto, no es procedente la solicitud de la parte accionante.

En lo que concierne al servicio de enfermería domiciliario, esboza se encuentra incluido en el PBS y, por tanto, su prestación debe ser garantizada por la EPS, sin embargo, debe estar autorizada por el médico tratante, quien de acuerdo sus conocimientos y al máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología, determinará si el servicio a prestar es el de “auxiliar de enfermería”.

Arguye que la figura de “cuidador” difiere del “auxiliar de enfermería”, en la medida en que el primero brinda cuidados de ayuda en las funciones propias de la vida diaria de la persona dependiente, se encuentra excluido del PBS, y para su prestación deberá mediar orden judicial que lo establezca, lo cual implica recobro ante la ADRES, mientras que el auxiliar de enfermería suministra servicios propios del ámbito de la salud, y si hace parte del PBS.

Agrega que ambos servicios pueden ser prestados por profesionales o técnicos de la salud, aunque comúnmente el cuidador es prestado por familiares cercanos del dependiente, atendiendo a los principios de solidaridad y corresponsabilidad. En ese orden, manifiesta que no es procedente la autorización del servicio de cuidador.

Respecto del suministro de tratamiento integral, precisa que la entidad ha garantizado todas las prestaciones asistenciales que requerido el tratamiento de la patología que presenta el afiliado, por lo que acceder a la solicitud de atención integral frente a servicios que aún no han sido prescritos, excedería del alcance de la acción de tutela, por tratarse de una protección de derechos futuros, no causados.

Por lo anterior, solicita de manera principal: i) denegar por improcedente la acción de tutela interpuesta por la parte actora, y ii) denegar la solicitud de tratamiento integral. Subsidiariamente peticiona que en el evento de concederse el amparo de derechos fundamentales y accederse a la totalidad de las pretensiones, se: i) ordene valoración previa por parte de médico adscrito a la red de prestadores de la EPS, en aras de determinar con criterio médico, los servicios solicitados y que no cuenten con orden médica o no esté vigente, ii) ordene a la ADRES reembolsar todos aquellos gastos en los que incurra la NUEVA EPS, para el cumplimiento del fallo y que sobrepase el presupuesto máximo asignado para la cobertura de estos servicios, y iii) especificar la patología respecto de la cual se concede el tratamiento integral, para determinar el alcance de la acción.

Así las cosas, en consonancia con las normas constitucionales y legales y los antecedentes narrados, se procede al estudio de la presente acción, previas las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

5.1. De la competencia: En los términos de los artículos 86 de la Carta Política, 37 del Decreto-Ley 2591 de 1991, 1º del Decreto Reglamentario 1382 de 2000, modificado por el Decreto 1983 de 2017, compilados en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 333 de 2021, es competente este Juzgado para conocer de la presente acción de tutela.

5.2. De la Fisonomía Jurídica de la Acción de Tutela: Sin ánimo de soslayar el estudio de fondo de la presente acción de tutela, huelga consultar por la fisonomía jurídica de la misma para con ello arribar a que, sin discriminación alguna, toda persona –entiéndase natural y jurídica- es titular del derecho a reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar –con inclusión en los Estados de Excepción-, mediante un procedimiento preferencial y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. En todo caso, bajo la exaltación del carácter residual de la acción, pues por regla general, sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

5.3. Del Problema Jurídico:

- ¿Vulneran las entidades accionadas, el derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida y dignidad humana del señor **HUMBERTO ZÁRATE ZÁRATE**, al no suministrar los servicios de silla de ruedas, cama hospitalaria, crema para escaras y servicio de enfermería que reclama la parte actora?

Para realizar análisis del problema jurídico señalado, es necesario efectuar estudio de temas tales como: i) Del derecho Fundamental a la vida, la salud y seguridad social, ii) De la atención en salud contenida en el PBS y los parámetros jurisprudenciales para conceder prestaciones que están por fuera del PBS, iii) La Agencia oficiosa, para finalmente entrar a analizar, iv) el caso concreto.

5.3.1. Del derecho Fundamental a la vida, la salud y seguridad social.

De acuerdo con los artículos 11 y 85 de la Constitución Política, el derecho a la vida es fundamental y de protección inmediata, además de estar consagrado como derecho fundamental autónomo a través de la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, los que inclusive prevalecen en el orden interno al tenor del artículo 93 ibídem.

Los derechos fundamentales, su respeto, garantía y vigencia marcan el sendero de una organización libre y democrática, dentro de la integración de los pueblos (preámbulo) y la solidaridad de los asociados (artículo 1º ídem)

Por su parte, el derecho fundamental a la salud, considerado un derecho de primera generación, busca garantizar la prestación del servicio de salud a todos los ciudadanos de una manera integral, pues con ello se procura el bienestar y se salvaguardan los derechos a la vida e integridad personal.

En este sentido, la sentencia T-010 de 2019 afirma:

“(…) 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 48 de la Constitución Nacional contempla la seguridad social como un público de carácter obligatorio y cuya prestación está a cargo del Estado en observancia a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, que en armonía con lo dispuesto en el art. 46 ibídem, adquiere mayor relevancia cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, tal como ocurre con las personas de la tercera edad.

La Corte Constitucional advierte que el derecho a la salud es de carácter autónomo e irrenunciable, como quiera que actualmente la Ley Estatutaria de Salud, claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho, dada su inescindible relación con la dignidad humana.

Así mismo, en sentencia T-014 del 20 de enero de 2017 la Corte Constitucional determinó el alcance de este derecho fundamental que, teniendo como soporte el principio de integralidad, abarca no sólo el fin técnico de curación sino todos los elementos necesarios para garantizar al paciente una calidad de vida digna:

“En virtud del principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar 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.”

Más adelante, la misma Corporación señaló:

“En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de esta Corporación y concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015 le atribuyeron al 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(...)

Respecto de lo anterior, es preciso señalar que referida Ley Estatutaria 1751 de 2015 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”. Bajo la misma línea, la Corte resaltó 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”

*En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados*⁹.
(Negrilla y subraya fuera del texto original)

5.3.2. De la atención en salud contenida en el PBS y los parámetros jurisprudenciales para conceder prestaciones que están por fuera del PBS.

Revisada la legislación que regula la atención en salud del Plan Básico de Salud – PBS, esto es, la Resolución No. 00002808 del 30 de diciembre de 2022, “*Por la cual se establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)*”, se aprecia que, sobre el acceso a los servicios de salud, establece lo siguiente:

“Artículo 14. Servicios y tecnologías de salud. Los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC, contenidos en el presente acto administrativo, deberán ser garantizados por las EPS o las entidades que hagan sus veces y las entidades adaptadas, con cargo a los recursos que reciben para tal fin, en todas las fases de la atención, para todas las enfermedades y condiciones clínicas, sin que trámites de carácter administrativo se conviertan en barreras para el acceso efectivo al derecho a la salud.”

Igualmente, la norma ibidem en su artículo 21, sobre las acciones para la recuperación de la salud, señala:

“Artículo 21 Acciones para la recuperación de la salud. Los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC incluyen las tecnologías en salud y los servicios contemplados en el presente acto administrativo para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de todas las enfermedades, condiciones clínicas y problemas relacionados con la salud de los afiliados de cualquier

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-196-18

edad o género, articulado con el enfoque de Atención Primaria en Salud (APS), según los lineamientos de política pública vigentes.”.

Ahora bien, ha de precisarse que, cuando los medicamentos, exámenes, consultas, procedimientos e implementos están por fuera del PBS, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha señalado en reiteradas oportunidades que en algunos eventos resulta procedente ordenar su suministro, siempre y cuando se reúnan los siguientes presupuestos¹⁰:

- (i) Que la falta del servicio médico vulnera o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;
- (ii) Que el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio de salud;
- (iii) Que el interesado no pueda 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;
- (iv) Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo¹¹.

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, si bien existe un Plan Básico de Salud cuya finalidad es salvaguardar la financiación del Sistema General de Salud con el ánimo de garantizar mayor cobertura, ello no puede convertirse en la razón del desconocimiento de los derechos a la dignidad, la salud, la integridad y la vida de aquellas personas de escasos recursos que requieren un medicamento, procedimiento, examen, insumo o tratamiento que no se encuentra amparado en el PBS, máxime cuando se advierte que el mismo ha sido ordenado por el médico tratante.

De otro lado, la Corte Constitucional en la sentencia T-739 de 2011¹², expuso:

“3.3. Reconocimiento de prestaciones en salud por el Juez Constitucional. Reiteración de jurisprudencia

Este Tribunal Constitucional, en reiteradas oportunidades ha establecido que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente, toda vez que no es constitucionalmente admisible que en su labor de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, sustituya los conocimientos y criterios de los profesionales de la medicina y, por contera, ponga en riesgo la salud de quien invoca el amparo constitucional.

En términos generales, los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, tal como aconteció en esta oportunidad –lo cual supone un desaprovechamiento de los recursos– o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos”.

Así las cosas, la acción de tutela resulta improcedente, cuando a través de su ejercicio se pretende obtener la prestación de un servicio de salud, sin que exista orden del médico tratante que determine, bajo estrictos criterios de necesidad, especialidad y responsabilidad, su idoneidad para el manejo de la enfermedad que pueda padecer el paciente”. (Resaltado ajeno al texto).

En consecuencia, al tenor de la jurisprudencia citada en precedencia, los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué es lo que requiere un paciente en una situación en particular, ya que la idoneidad para decidir acerca de los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología está únicamente en cabeza de los médicos tratantes.

Ahora bien, tenemos que la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-508 de 2020, en donde conoció casos donde se discutía la prestación de servicios y el suministro de tecnologías de salud que se encontraban excluidos del POS en virtud de la normatividad anterior a la Ley 1751 de 2015 -y disposiciones reglamentarias-, tales como pañales, pañitos húmedos, cremas anti escaras, silla de ruedas, enfermería veinticuatro (24) horas y transporte, consideró que “ (...)si existe la función jurisdiccional de la Superintendencia de Salud para debatir asuntos relacionados con servicios y tecnologías en salud previstas o no en el PBS, este mecanismo presenta algunos vacíos, pese a las

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-760 del 26 DE AGOSTO DE 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-160 del 10 de marzo de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹¹ Sentencias T-406 de 2001 y T1213 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-46 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹² Corte Constitucional. Sentencia del 29 de septiembre de 2011. M.P. Doctor Mauricio González Cuervo.

reformas normativas introducidas por la Ley 1949 de 2019, entre los que se enuncian que (i) no existe término para proferir la decisión de segunda instancia, lo que prolonga el tiempo para la protección del derecho; (ii) no se establece en qué efecto se concede la impugnación; (iii) sólo procede ante la negativa por parte de las EPS y no en aquellos casos en los cuales existe una omisión o un silencio, (iv) no determina garantías para el cumplimiento de la decisión (...)”, por esto, la corte reiteró el carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud conforme a la línea jurisprudencial fundada desde la sentencia T-859 de 2003 y ratificada en la sentencia T-760 de 2008; así como en el artículo 2 de la Ley 1751 de 2015 (Ley estatutaria en salud - LES).

En la mentada sentencia de unificación se consideró que en la Ley 1751 de 2015, se contempla un modelo de exclusión expresa reiterando lo señalado en la C-313 de 2014, por lo que optó por la regla de que **todo aquel servicio y tecnología que no esté expresamente excluido, se entiende incluido en el PBS**, y por ello, reiteró las reglas contenidas en la sentencia C-313 de 2014 en relación con el modelo de exclusión explícita del plan de beneficios en salud -PBS-, así:

- i. Las exclusiones deben corresponder a los criterios previstos en el artículo 15 inciso 2 de la Ley 1751 de 2015.
- ii. La exclusión deberá ser expresa, clara y determinada, para ello el Ministerio de Salud o la autoridad competente deberá establecer cuáles son los servicios y tecnologías excluidos, mediante un procedimiento técnico científico público, colectivo, participativo y transparente.
- iii. Es posible que el juez de tutela excepcione la aplicación de la lista de exclusiones, siempre y cuando se cumplan las reglas jurisprudenciales contenidas en la sentencia C-313 de 2014, tales como:
 - a. Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.
 - b. Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.
 - c. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.
 - d. Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.

Así mismo, se señaló que sobre la falta de capacidad económica no existe una tarifa legal para determinarla, y por tanto, le corresponderá al juez establecer en cada caso cuáles pruebas permiten comprobarlo, y en caso de no acreditarse un hecho notorio ni la falta de capacidad económica, el juez podrá ordenar la protección del diagnóstico; así mismo, reiteró que 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, y precisó que *“el diagnóstico efectivo se compone de tres etapas, a saber: a) la etapa de identificación, que comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente; b) 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 y; c) finalmente, los especialistas prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente.”*

Por otra parte, en la sentencia de unificación se consideró viable que, el juez que ante un indicio razonable de afectación a la salud, se ordene a la EPS 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 servicio o tecnología en salud es requerido, a fin de que eventualmente sea provisto, y planteó como subreglas unificadas en relación con algunos servicios de salud, así:

Respecto al servicio de **SILLAS DE RUEDAS** y **CREMA ANTIESCARAS** (reclamados en el presente asunto), la Corte Constitucional consideró que no están expresamente excluidas del PBS, sino que están **incluidas en el PBS**, y, que si existe prescripción médica se ordena el suministro directamente por vía de tutela, pero si el afiliado adolece de orden médica, puede ocurrir, que: **a)** Si se evidencia un hecho notorio a través de la historia clínica o de las demás pruebas allegadas al expediente, el juez de tutela puede ordenar el suministro directo de ese servicio, condicionado a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante; y, **b)** Si no se evidencia un hecho notorio, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección; y, que, no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar tales servicios por vía de tutela.

Frente al servicio de enfermería, señalo que “... se encuentra en el plan de beneficios en salud y se rige por la modalidad de atención domiciliaria. Se define como la modalidad de prestación de servicios de salud extrahospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia.”

5.3.3. De la Agencia Oficiosa:

El artículo 86 de la Constitución Política, al consagrar la Acción de Tutela, señala en su inciso primero que:

*“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma **o por quien actúe a su nombre**, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...)”*

En cumplimiento de este mandato constitucional, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, prevé en cuanto a la legitimidad e interés de quien interpone el amparo que “la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (...) **También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.**” (negrilla y subrayado fuera de texto)

Ahora bien, la jurisprudencia de nuestra Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este tópico para precisar que, la agencia oficiosa se predica exclusivamente de los eventos en los cuales el titular del derecho se encuentra imposibilitado para ejercer su propia defensa y opta, en ejercicio de su autonomía individual, por delegar su promoción en una persona distinta a un apoderado judicial; no obstante lo anterior, esta figura se caracteriza por las siguientes particularidades: 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 el agenciado titular de los derechos¹³.

Conforme a lo anterior, es del caso señalar que en el asunto bajo estudio se cumplen a cabalidad las condiciones exigidas legal y jurisprudencialmente para que se configure la agencia oficiosa, toda vez que, en el escrito introductorio, el señor Juan Sebastián Martínez Soto aludió actuar en representación del señor **HUMBERTO ZÁRATE ZÁRATE**, quien no se encuentra en condiciones de promover por sí mismo la defensa de sus derechos fundamentales en razón a sus padecimientos en salud (Hipertensión esencial, agente bacteriano resistente a metilicina, obesidad, cuádruplejía flácida y cardiomiopatía isquémica), por lo que es claro que la tutela pueda presentarse por intermedio de tercera persona, ya que el titular de los derechos fundamentales no lo puede realizar de manera directa.

Establecidos entonces los lineamientos generales sobre los cuales versará la resolución del problema jurídico señalado en precedencia, se procederá al estudio del:

5.3.4. Del caso en concreto:

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-160 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Descendiendo al caso en concreto, se entrevé que el señor Juan Sebastián Martínez Soto solicitó el amparo del derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida y dignidad humana del señor **HUMBERTO ZÁRATE ZÁRATE**, al considerarlo vulnerado por parte de las entidades accionadas, al no ordenar, autorizar y suministrar los servicios de silla de ruedas, cama hospitalaria, crema para escaras, servicio de enfermería y demás servicios que requiera para el tratamiento de sus patologías.

Conforme lo anterior, el Despacho habrá de dilucidar el problema jurídico planteado en el asunto, acorde con lo probado en el plenario, así:

Se encuentra demostrado que el señor Humberto Zárate Zárate cuenta con 73 años de edad (v. núm. 3.1), está afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de NUEVA EPS - régimen subsidiado (v. núm. 3.3), y presenta los diagnósticos de: Hipertensión esencial (primaria), agente bacteriano resistente a metilicina, obesidad, cuadriplejía flácida y cardiomiopatía isquémica (v. núm. 3.5), respecto de los cuales se le prescribió en valoración practicada el 01 de septiembre de 2023, los servicios de atención domiciliaria por terapia física y respiratoria, psicología, trabajo social, nutrición, neurología, fisiatría y medicina interna.

Establecidas las pretensiones y el marco probatorio que dirige el presente asunto, es del caso señalar que, frente a los servicios reclamados por la parte actora, el Despacho no evidencia en el expediente digital, prueba alguna que denote su prescripción por parte del galeno tratante, y pese a que se aportó de manera legible únicamente una prescripción para servicios diferentes a los solicitados, y en la que se registran los diagnósticos del accionante, lo cierto es que, dicho soporte no constituye elemento suficiente para ordenar el suministro directo de los servicios reclamados mediante el presente mecanismo constitucional.

Conforme a lo anterior, y atendiendo que el agenciado reviste la connotación de sujeto de especial protección constitucional en razón a su avanzada edad y las diversas enfermedades que presenta, las cuales requieren de atención y tratamiento continuo y oportuno, resulta procedente dar aplicación a las reglas de unificación establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-508 de 2021, según las cuales se determinan que ante la solicitud de servicios y tecnologías no incluidas en el PBS, sin orden médica y no evidencia de un hecho notorio de su necesidad, podrá ampararse el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, y en consecuencia, ordenarse a la EPS llevar cabo valoración por parte del profesional tratante del afiliado, para que se realice examen médico y determine cuales son los servicios y tecnologías en salud que requiere.

En ese orden, se tutelaré el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico y, en consecuencia, se ordenará a la NUEVA EPS que en el término máximo de diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a autorizar y llevar a cabo valoración médica domiciliaria al señor HUMBERTO ZÁRATE ZÁRATE, en aras de determinar su estado de salud y la necesidad de autorizar o no los servicios de silla de ruedas, cama hospitalaria, crema antiescaras, y servicio de enfermería, y en el evento de emitirse orden en tal sentido, deberá la NUEVA EPS garantizar su acceso en un término no mayor a treinta (30) días siguientes a su prescripción.

Al respecto, valga la pena precisar que, si bien la silla de ruedas solicitada en el asunto no se encuentra financiada con cargo a la UPC (parágrafo 2, artículo 57, Resolución 2808 de 2022), tal como lo refiere la entidad accionada, lo cierto es que, tampoco se encuentra enlistada dentro de los servicios y tecnologías en salud expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud (Resolución 2273 de 2021), y, por tanto, en el evento de generarse su prescripción, corresponde su suministro a la entidad de salud a la cual se encuentra afiliado el accionante, conforme lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, el cual señala que por medio del mecanismo de los presupuestos máximos, se asignó un presupuesto anual a las EPS destinado a garantizar a sus afiliados la prestación de servicios y tecnologías no financiados por la UPC:

“ARTÍCULO 240. EFICIENCIA DEL GASTO ASOCIADO A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO Y TECNOLOGÍAS NO FINANCIADOS CON CARGO A LOS RECURSOS DE LA UPC. Los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). El techo o presupuesto máximo anual por EPS se establecerá de acuerdo a la metodología que defina el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual considerará incentivos al uso eficiente de los recursos. En ningún caso, el cumplimiento del techo por parte de las EPS deberá afectar la prestación del servicio.

(...)” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Aunado a esto, se entrevé que a partir de la expedición de la Resoluciones 205 de 2020 y 1139 de 2022 proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, se adoptó la metodología y se establecieron las disposiciones relacionadas con el presupuesto máximo para la gestión y financiación en los regímenes contributivo y subsidiado, respecto de los servicios y tecnologías en salud no financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación -UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS, tal como ocurre con algunos de los servicios requeridos por la parte actora.

De otra parte, no se concederá el suministro de un tratamiento integral, en la medida que la EPS accionada tiene la obligación de garantizar el mismo, de acuerdo al estado de salud del accionante y lo dispuesto en la Ley 1751 de 2015 y, por tanto, es su deber continuar prestándole el tratamiento de salud que requiere el accionante, so pena de incurrir en sanciones disciplinarias contempladas para ese caso de omisiones.

Finalmente, en lo concierne a la solicitud incoada por la NUEVA EPS, relativa a conceder la facultad de recobro ante la ADRES, el Despacho la negará por improcedente, pues el evento de prescribirse los servicios reclamados en el presente asunto, es su deber legal garantizar su acceso conforme lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019.

IV. DECISIÓN

Conforme lo expuesto, la Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué – Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental a la salud, en su faceta de diagnóstico, del señor **HUMBERTO ZÁRATE ZÁRATE**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.212.131 de Ibagué, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído

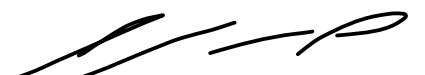
SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **ORDENA** a la **NUEVA EPS** que en el término máximo de diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a autorizar y llevar a cabo valoración médica domiciliaria al señor HUMBERTO ZÁRATE ZÁRATE, en aras de determinar su estado de salud y la necesidad de autorizar o no los servicios de silla de ruedas, cama hospitalaria, crema antiescaras, y servicio de enfermería, y en el evento de emitirse orden en tal sentido, deberá la **NUEVA EPS** garantizar su acceso en un término no mayor a treinta (30) días siguientes a su prescripción.

TERCERO: Negar la solicitud de tratamiento integral incoada por la parte actora, de conformidad con lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Negar la facultad de recobro ante la ADRES, por lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: NOTIFICAR a las partes el contenido de esta decisión, por vía telegráfica o por el medio más expedito que asegure su cumplimiento, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto- Ley 2591 de 1991. Y de no ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes, remítase la actuación para ante la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


INÉS ADRIANA SÁNCHEZ LEAL
JUEZ