

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL MUNICIPAL

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIA: 110014003049 2022 00287 00

Encontrándose agotado el trámite de informe sobre los hechos, defensa y contradicción propios de esta acción constitucional, y dado que no se avizora la existencia de causal de nulidad que afecte lo actuado, este Despacho procede a emitir pronunciamiento de fondo.

I. ANTECEDENTES

1. PARTES

Accionante: Dionisio Ballesteros Chaparro

Accionada: Nueva E.P.S.

2. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LA ACCIÓN

- Señala el accionante, quien cuenta con 83 años de edad, encontrarse afiliado en salud en la empresa promotora Nueva E.P.S.
- Indica que actualmente cuenta con diagnóstico de *melanoma lenticular maligno* en uno de los dedos de sus extremidades inferiores; por lo que ha sido tratado por el personal de la accionada. Ordenándose a su favor citas médicas de control, entre otras, con las especialidades de cardiología y dermatología, así como la práctica de procedimientos médicos de diversa índole.
- Sostiene que el agendamiento de dichos servicios se ha realizado de forma expedita, sin tener en cuenta que debe desplazarse de su lugar de residencia al sitio de atención con suficiente antelación, y sin prever la necesidad de permanecer hospitalizado para el manejo posterior de su salud.
- Aunado a ello, refiere que requiere del servicio de enfermera acompañante dada la complejidad de su patología.

- Por lo cual, erige este mecanismo de amparo a fin de que sean salvaguardados sus derechos constitucionales fundamentales.

3. OBJETO DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Como pretensiones se proponen las siguientes:

- 3.1.** Sean tutelados los derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social de Dionisio Ballesteros Chaparro.
- 3.2.** Como consecuencia, solicita se ordene a la Nueva E.P.S. autorizar y garantizar a su favor el suministro de enfermera acompañante, así como los gastos de manutención, traslado y demás erogaciones que requiera para el desarrollo de su labor médica.

4. DERECHOS ESTIMADOS COMO VULNERADOS

- Salud, vida y seguridad social.

5. ACTUACIÓN PROCESAL

Presentada la acción de tutela el Despacho dispuso admitirla mediante auto proferido el 1º de abril de 2022; corriendo traslado de su contenido a la accionada y a las vinculadas Ministerio de Salud y Protección Social, Superintendencia Nacional de Salud y Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, por el término de dos (2) días.

6. CONTESTACIÓN DE LA ACCIONADA Y VINCULADA

Nueva E.P.S.

Dentro de su respuesta, uno de sus representantes legales para temas de salud de la entidad reconoció que el accionante se encuentra afiliado en el plan de beneficios de salud de la Nueva E.P.S., en el régimen contributivo, en calidad de cotizante categoría A.

Frente a lo pretendido señaló que, según su sistema de información, al paciente se le han brindado todas las prestaciones médico - asistenciales requeridas para el manejo de su salud, a través de un equipo multidisciplinario, acorde con las respectivas órdenes médicas emitidas por sus médicos tratantes.

Respecto a la solicitud de enfermera, indicó que el tutelante no cuenta para el efecto con orden médica emanada de un galeno adscrito a la Nueva E.P.S. y, por tanto, no es dable otorgar autorización en tal sentido. Máxime que no se cumplen los criterios necesarios para acceder a dicho servicio.

Por lo que, en su defecto, refiere, corresponde al núcleo familiar brindar el apoyo de un cuidador; el cual no hace parte del plan de beneficios de salud, ya que corresponde a un servicio de asistencia social que no le compete al sistema de salud nacional.

En ese sentido, haciendo énfasis en que la tutela carece de fundamentación jurídica suficiente, deprecó se declare esta como improcedente por no existir vulneración alguna a los derechos reclamados.

Ministerio de Salud y Protección Social

Como argumentos en su defensa, su personal expuso que el escrito petitorio no se encuentra dirigido contra esta entidad administrativa, seguido a que no le constan los supuestos fácticos que le dieron origen.

Así mismo, luego de decantar ampliamente la legislación existente y aplicable al caso en concreto, sostuvo que las entidades promotoras de salud cuentan con la obligación de dar acceso a sus afiliados a una sana prestación de dicho servicio en todos sus componentes. sin que medien trabas administrativas que impidan la materialización correcta de los derechos fundamentales; máxime si se trata de personas de especial protección constitucional.

Para finalizar, señaló, que en el evento en el que se dicte orden de amparo, tal decisión debe dirigirse contra la E.P.S. a la cual se encuentra afiliada la accionante.

Superintendencia Nacional de Salud

Encontrándose enterada de la vinculación de la cual fue objeto, una de las subdirectoras técnicas adscritas a la subdirección de defensa jurídica de esta superintendencia manifestó que, dentro del carácter de eficiencia que caracteriza la prestación del servicio de salud, se encuentra enmarcado el principio de continuidad.

El cual permite determinar cómo inconstitucional cualquier acto que dilate injustificadamente el tratamiento ordenado a un paciente por un profesional de la salud, al no solo quebrantarse las reglas rectoras de dicho servicio público esencial, sino –también- al pasar por alto los

principios de dignidad humana y solidaridad que pueden dar cuenta de un trato cruel para la persona que demanda.

En ese contexto, expuso que las EPS están llamadas a responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere con ocasión de la no prestación o prestación indebida de los servicios de salud incluidos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En lo que respecta a esta Superintendencia, señaló que su representada carece de legitimación en la causa para fungir como accionada. Por lo que deprecó su desvinculación del presente caso.

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES

El personal del área jurídica de esta entidad expuso carecer de legitimación en la causa por pasiva, en la medida en que, de su parte, no ha emanado acto vulneratorio alguno sobre los derechos reclamados.

En cuanto a la empresa promotora de salud accionada, refirió que dentro de sus obligaciones se encuentra el garantizar la prestación del servicio de salud a sus afiliados bajo una red amplia de prestadores. Encontrándose que, en ningún caso, puede dejarse de atender a la accionante ni retrasarse su acceso a los servicios que requiere, poniendo en riesgo su vida o su salud.

A su turno, en relación al procedimiento de reconocimiento y pago de recobros a las EPS, enfatizó que la nueva normatividad fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos, que anteriormente eran objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las entidades promotoras de los servicios. Por lo que los recursos de salud se giran -de forma periódica- antes de su prestación, de la misma manera cómo funciona el giro de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

Conforme a ello, por no tener injerencia sobre el presente caso, solicitó su desvinculación.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Acorde con lo establecido en los decretos reglamentarios 2591 de 1991, 1382 de 2000, 1069 de 2015 y 333 de 2021 este Despacho resulta competente para resolver la presente tutela, atendiendo que el escrito se ajusta a las exigencias sustanciales dispuestas en el artículo 86 de

la Constitución Política y se dirige contra una persona jurídica de naturaleza privada, sobre la que se estima la generación de vulneración de derechos fundamentales con ocurrencia en Bogotá D.C.

2. PRUEBAS

En ese orden, para definir la presente tutela se tendrán como pruebas los documentos que acompañan el escrito de tutela y las contestaciones expuestas por las entidades accionadas y vinculadas.

3. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, teniendo en cuenta lo ya anotado, el problema jurídico a resolver es el siguiente:

- ¿La ausencia de autorización y prestación del servicio de enfermera acompañante por parte de la accionada Nueva E.P.S. en favor de Dionisio Ballesteros Chaparro, vulnera o no sus derechos constitucionales fundamentales de acuerdo a lo descrito en el líbello genitor?

4. CASO CONCRETO

4.1. La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, establece la acción de tutela como un mecanismo constitucional de carácter excepcional para la protección de derechos fundamentales, en los siguientes términos:

"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 en 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 (...)"

Se trata, entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir al aparato jurisdiccional del Estado, sin mayores requerimientos de índole formal y con la certeza que obtendrá justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza a sus derechos fundamentales. Logrando que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política.

4.2. Su finalidad es lograr que, mediante un trámite preferente y sumario, el Juez profiera una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

Siendo innegable que esta acción, por sus mismas características, encuentra cabida sólo en aquellos supuestos en los cuales advierta el sentenciador que, ciertamente, se ha vulnerado cualquiera de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política.

4.3. Así pues, descendiendo al estudio de los medios de demostración recaudados en esta instancia, con facilidad se advierte, por cuanto así lo corroboran las partes, que entre la accionada Nueva E.P.S. y el petente Dionisio Ballesteros Chaparro existe una relación jurídica originada en la afiliación en salud de este último ante el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Premisa que determina, ciertamente, que en cabeza de la Nueva E.P.S. persisten obligaciones constitucionales y legales en favor del actor como garante de tal prerrogativa fundamental.

4.4. Seguidamente, se confirma que el tutelante se encuentra afiliado en la entidad como cotizante pensionado. Lo cual, en principio, resulta demostrativo de la existencia de capacidad económica por parte de su núcleo familiar para satisfacer sus necesidades básicas, incluso, en salud.

4.5. Ahora, también se demuestra que, dentro de las múltiples atenciones de las que ha sido objeto, dicho sujeto fue diagnosticado con *melanoma lenticular maligno* en uno de los dedos de sus extremidades inferiores, conforme lo corrobora el personal de la Nueva E.P.S. en su contestación.

Patología por la que ha sido tratado, especialmente, en urgencias y en hospitalización, en diversas oportunidades, como se acredita en el expediente, y por lo que es claro que la accionada ha cumplido sus deberes constitucionales y legales atendiendo lo previsto en la ley 1751 de 2015.

4.6. Siendo deber del juez de tutela identificar la eventual afectación del derecho a la salud del tutelante a partir de sus requerimientos ante la Nueva E.P.S., desde el escenario probatorio se advierte que no obra en el expediente prueba alguna que acredite la existencia de orden médica para la prestación del servicio de enfermera acompañante emanada de los galenos adscritos a la Nueva E.P.S. o de un médico particular.

Contrario a ello, si se encuentra el decir de la accionada, confirmado en el artículo 29 de la Resolución 5592 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la cual se actualiza el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación – UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud-SGSS y se dictan otras disposiciones, consistente en que dicho servicio solo es ordenado en eventos puntualmente determinados y estrictamente necesarios.

Ya que, en caso de requerirse un servicio de asistencia o apoyo distinto, como el de cuidador, este no puede ser suministrado por la entidad accionada por cuanto no hace parte del plan de beneficios de salud correspondiente.

4.7. En ese orden, debe recordarse que entre la directriz del médico tratante y la patología del paciente existe una relación inquebrantable compaginada con la necesidad del servicio. Siendo este elemento el que permite determinar la emisión de una orden médica, de acuerdo a los requerimientos del paciente.

Así –precisamente- lo ha interpretado la Corte Constitucional en sentencia T - 760 de 2008 señalando que: *“toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’ (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un Estado Social de Derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere”*.

Esa misma providencia, considerada como hito en la comprensión del derecho a la salud, señala además que: *“[e]n el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente”*¹. (Negrilla fuera del texto original)

Lo anterior asegura que sea un experto médico que conozca del caso de la paciente quien determine la forma en la que debe restablecerse el derecho afectado. Lo que excluye que el juez o un tercero prescriban tratamientos cuya necesidad no se hubiese acreditado científicamente.

4.8. Ciertamente, tal derecho de diagnóstico, correlativo al principio constitucional de integralidad, consiste en la garantía que tiene el

¹ Sentencia T – 760 de 2008.

paciente de “exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado”².

Por lo que resulta necesario respetar en la *praxis* las determinaciones que allí se adopten, teniendo de presente que la finalidad de este componente del derecho a la salud impone los siguientes requisitos: “(...) (i) [Identificación:] *Establecer con precisión la patología que padece el paciente; lo cual, revela a profundidad su importancia, en la medida en que se erige como verdadero presupuesto de una adecuada prestación del servicio de salud*, (ii) [Valoración:] *Determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al “más alto nivel posible de salud”, (iii) [Prescripción:] Iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente*”³.

4.9. En resumen, dado que no se cumplen los citados lineamientos para el servicio pretendido, es claro que no se encuentra presente, ni mucho menos probada, la existencia de vulneración a los derechos de vida, salud y seguridad social del accionante Dionisio Ballesteros Chaparro.

4.10. Téngase en cuenta que el objeto de la acción de tutela no es otro que la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, “*cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares*”⁴. De donde se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

En el mismo sentido lo han expresado las sentencias SU-975 de 2003 y T-883 de 2008, al afirmar que “*partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del decreto 2591 de 1991, se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...)*”

² Ver, sentencia T-1181 de 2003, reiterada por la sentencia T-027 de 2015.

³ Sentencia T-241/09. Ver también, sentencias T-036/17, T-100/16, T-725/07, T-717/09, T-047/10, T-050/10 y T-020/13.

⁴ Artículo 1º del Decreto 2591 de 1991.

Corolario, para que la acción de tutela sea procedente, requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan, ya que “*sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)*”⁵.

4.11. En consecuencia, se negará la presente acción. Recordando que no es admisible -desde el escenario constitucional- pasar por alto la posibilidad de que el actor sea valorado nuevamente por la Nueva E.P.S. para establecer si requiere o no el servicio pretendido.

II. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Negar el amparo constitucional invocado por **DIONISIO BALLESTEROS CHAPARRO** contra la **NUEVA E.P.S.**, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito, atendiendo lo previsto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Envíese la presente acción para su eventual revisión ante la Corte Constitucional en caso de no ser impugnada, acatando lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 31 *ejúsdem*.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



NÉSTOR LEÓN CAMELO
JUEZ

RR

⁵ SU-975 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.