



ACCIÓN DE TUTELA
68001-40-88-016-2021-00044-00

Bucaramanga, veintisiete (27) de abril de dos mil veintiuno (2021)

COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 1 del Decreto 1382 del 2000, compilado en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

ASUNTO A DECIDIR

Dentro del término legal, el Despacho entra a resolver la acción de tutela promovida por FLOR AMELCY PIÑEROS ROSAS, identificada con cédula de ciudadanía No. 39.533.068, actuando como agente oficiosa de su progenitora MARÍA LILIA ROSAS DE PIÑEROS, identificada con cédula de ciudadanía número 20.273.892, en contra de NUEVA EPS, trámite en el que fue vinculada de oficio la empresa CRYOGAS y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, para la protección de sus derechos fundamentales constitucionales presuntamente vulnerados a salud, vida digna y protección especial de los derechos de las personas de la tercera edad.

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

MARÍA LILIA ROSAS DE PIÑEROS se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social –SGSS– en el régimen contributivo, en calidad de cotizante, a través de la Entidad Prestadora de Salud NUEVA E.P.S, y en la actualidad cuenta con 79 años de edad.

Con ocasión a su diagnóstico de ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA, requiere el uso permanente de oxígeno, el que le fue ordenado en consulta del 5 de abril de 2021 como “1 paquete mensual de oxígeno bala/concentrador”; así mismo, en la orden médica descrita por la especialista en neumología, se describe la siguiente prescripción en cantidad de 1 Unidad:

1. Oxígeno Gas.
 - 2 Litros por minuto cada 24 horas vía inhalado por 30 días.
2. 2 Litros por minuto portátil.

Explica la accionante que ante los síntomas respiratorios presentados por su progenitora, le es imposible desplazarse sin bala de oxígeno, para cumplir la toma de exámenes de laboratorio y las citas médicas de control para sus patologías de Hipertensión Arterial y cardiovasculares, además, no puede cumplir con la recomendación médica de efectuar una caminata diaria.

Indica que mensualmente, el proveedor de servicios Cryogas, habilitó la entrega de la bala de oxígeno portátil por una única oportunidad, bajo el argumento que la entidad Nueva EPS emitió autorización de servicios por esa cantidad, situación que derivó en la cancelación de citas médicas y en la imposibilidad de movilizarse de su domicilio, sin que se haya tomado a consideración que su progenitora no tiene autorizada la atención domiciliaria, por lo que ha debido incurrir en sobre costos para su desplazamiento, arriesgándose a quedarse sin oxígeno durante el trayecto.

Por lo anterior, acude a la acción de tutela con el fin de obtener el amparo integral de los derechos fundamentales de su madre y se conceda la entrega de bala de oxígeno portátil en forma domiciliaria, pues tanto ella como sus familiares carecen de los recursos Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





económicos suficientes para proveerse de los insumos solicitados y el médico internista también le ordenó un equipo portátil de oxígeno, dado que la tutelante debe desplazarse continuamente para asistir a citas con los especialistas, exámenes de laboratorio y para practicar ejercicio diario que le ayudará a mejorar su salud, sin que se pueda limitar su uso a la periodicidad que requiere un medicamento convencional.

PRETENSIÓN

Solicitó la accionante que se protejan los derechos fundamentales a la salud, protección especial para pacientes de la tercera edad y vida digna vulnerados a su progenitora, y en consecuencia se resuelva:

Ordenar a NUEVA EPS, se realice la entrega en forma domiciliaria de equipo portátil de oxígeno, bala de oxígeno con su respectivo carro de movilización y todos aquellos servicios que requiera para el restablecimiento de su salud.

Ordenar a NUEVA E.P.S. que en lo sucesivo continúe haciendo la entrega en el domicilio de la paciente, señora MARIA LILIA ROSAS DE PIÑEROS, las "BALAS DE OXIGENO DE RESERVA EN CASO DE CORTES DE LUZ Y LA BALA DE OXIGENO PORTATIL CON SU CARRO DE MOVILIZACION Y/O EQUIPO PORTATIL DE OXIGENO además del CONCENTRADOR QUE SI TIENE".

Que se garantice el suministro continuo y permanente de oxígeno portátil cada vez que la paciente lo requiera, bien sea para la asistencia a citas médicas o para la práctica de caminatas diarias.

Ordenar a NUEVA EPS se garantice una atención médica integral y la misma se garantice en forma domiciliaria.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del pasado catorce (14) de abril del corriente, el Despacho avocó el conocimiento de la presente acción constitucional, dentro del cual corrió el respectivo traslado a NUEVA EPS, vinculando de oficio a la ADMINISTRADORA PARA LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL – ADRES- y a la IPS CRYOGAS, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

Respuestas obtenidas y llamada efectuada a accionante:

1. NUEVA EPS, refirió que la señora MARÍA LILIA ROSAS DE PIÑEROS se encuentra con estado de afiliación activo en calidad de cotizante en el régimen de contributivo.

Indica que la paciente ha recibido toda la atención requerida ordenada por los médicos a cargo y que se encuentra contemplada dentro del plan de salud, empero, no resulta posible autorizar lo pretendido por la accionante, ante la inexistencia de orden médica vigente para los servicios de "BALAS DE OXIGENO DE RESERVA EN CASO DE CORTES DE LUZ Y LA BALA DE OXIGENO PORTATIL CON SU CARRO DE MOVILIZACION Y/O EQUIPO PORTATIL DE OXIGENO además del CONCENTRADOR QUE SI TIENE", resaltando que el Juez de tutela debe guiarse por las órdenes del médico tratante para emitir su decisión.

Luego de hacer un recuento del marco normativo de su entidad, reitera que en este evento el paciente no cuenta con órdenes médicas.

En conclusión, señala que al estar atendiendo todos los requerimientos médicos ordenados al paciente y los solicitados por vía de tutela no cuentan con soporte científico y médico,



por lo que no existe negación alguna de servicios, siendo en consecuencia improcedente la solicitud de amparo.

Así mismo, resalta que no resulta procedente la atención médica integral reclamada, dado que no es factible emitir una orden a futuro e incierta, máxime cuando no se cuenta con orden médica.

Por lo expuesto, solicita se declare la improcedencia de la solicitud de amparo constitucional, así mismo, en forma subsidiaria, solicita que en caso de concederse el amparo invocado, se disponga el recobro ante el ADRES.

2. ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, luego de hacer un recuento del marco normativo de la entidad y del alcance constitucional de los derechos a la salud y vida digna, solicita se excluya a su entidad de la Litis, al considerar que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que no ha incurrido en vulneración alguna de los derechos del agenciado, pues a la EPS le corresponde la función indelegable de aseguramiento dentro del sistema general de seguridad social en salud, razón por la cual está obligada a atender todas las contingencias presentadas en la prestación del servicio de salud, sin que pueda en ningún caso retrasarla con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas por el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC.

Aclara que ADRES ya transfirió a la EPS un presupuesto máximo con la finalidad de suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos y asegurar la disponibilidad de éstos para garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

Finalmente, se opone a que por vía de tutela se emita orden de recobro, pues mediante las Resoluciones 205 y 206 de 2020, la ADRES ya transfirió a la EPS los recursos de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud.

Adicionalmente, solicita que en las siguientes oportunidades que traten asuntos relacionados con temas de prestación de servicios, en razón al cambio normativo, no se ordene su vinculación, puesto que la EPS ya cuenta con los recursos para garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

Por último, solicita que en las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, no se comprometa la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

3. CONSTANCIA SECRETARIAL: En llamada efectuada a la accionante informó que la última entrega de oxígeno portátil fue la realizada el 1 de abril de 2021.

4. ACCIONANTE: En escrito adicional radicado en la fecha, la accionante reitera la necesidad en el uso de oxígeno portátil domiciliario por parte de su progenitora, quien carece de los recursos económicos para acceder al mismo en forma particular.

Además, estima que con la orden médica otorgada el pasado 5 de abril, resulta suficiente para que la bala de oxígeno portátil se entregue de manera domiciliaria cada vez que la paciente requiera salir a caminar o a acudir a citas médicas.

En llamada telefónica realizada en la fecha, informa la accionante que el 1 de abril de 2021 fue la última oportunidad en que le prestaron la bala de oxígeno, sin que con posterioridad le hicieran entrega de la misma. Así mismo, indicó que el examen denominado MEDICION Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





DE LA FUERZA MUSCULAR RESPIRATORIA (PIM-PEM AJUSTADO CON VOLUMENES PULMONARES) (893810), aún no ha sido practicado a la paciente por cuanto se encuentra en trámite de autorización.

5. CLINICOS PROGRAMAS DE ATENCION INTEGRAL IPS SAS: indicó que cuando los galenos proceden a ordenar el suministro "Oxígeno Gas", se realiza indicando la cantidad que requiere el paciente por día, donde queda a potestad de la EPS y a su debida autorización, el número de balas que requerirá el paciente para suplir esta orden médica, así mismo, autorizando el número de balas portátiles para traslados y las que se usaran en el domicilio del paciente.

6. GASES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A., CRYOGAS SAS: indicó que a la paciente no le ha sido autorizado en forma permanente la entrega de oxígeno domiciliario, explica que para el caso de los pacientes que no tienen asignado un cilindro portátil permanente, con la EPS se tiene establecido contractualmente que se les puede hacer un (1) préstamo al mes por 48 horas de este, el cual debe ser recogido y devuelto en el punto de atención, siendo dicho paquete el que tiene autorizado la paciente.

Indica que en los casos en que el cilindro portátil objeto de préstamo no sea devuelto por el paciente, no se podrá realizar préstamos por el mes posterior y así mismo si no es devuelto deberá pagar el cilindro por un valor de \$ 513.578.

Ahora bien, explica que sí la EPS autoriza que se le asigne el cilindro portátil de manera permanente, de acuerdo a lo negociado contractualmente con la EPS, se realizarían 4 recargas al mes, donde se debe recoger y entregar los cilindros en la Carrera 69 # 13 - 91 de la Ciudad de Bogotá, previa autorización de servicios expedida por la EPS.

ANÁLISIS DE PROCEDENCIA

Antes de realizar el estudio del caso planteado, considera este Despacho que debe verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contemplados en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

El artículo 86 de la Constitución, establece que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales por sí misma o por quien actúe en su nombre, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos que señale la ley, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así entonces, dicha normativa «*contiene los elementos de procedencia de la acción de tutela, entre ellos, el relacionado con la legitimación en la causa, la cual se entiende como la potestad que tiene una persona para invocar sus pretensiones o controvertir aquellas que se han aducido en su contra. De esta manera, el primero de los eventos se conoce como legitimación en la causa por activa y el segundo como legitimación en la causa por pasiva*»¹.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

En la presente causa, se advierte que, quien acude a la acción de tutela, es la hija de la persona ofendida, en calidad de agente oficiosa, de conformidad con el inciso 2º del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 en el cual el legislador delegado previó que se podían agenciar

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
Calle 34 No. 11 - 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co



derechos ajenos «cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa».

Los elementos normativos de la agencia oficiosa están señalados expresamente en el Decreto 2591 de 1991 y de manera implícita en la Constitución y en los decretos reglamentarios de la acción tutela, los cuales la H. Corte Constitucional a través de la Sentencia T – 531 de 2002, MP. Dr. Eduardo Montealegre Lynett, los sintetiza de la siguiente manera: «(i) La manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal. (ii) La circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa. (iii) La existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos (iv) La ratificación oportuna por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignados en el escrito de acción de tutela por el agente».

Posteriormente, esa Corporación, mediante sentencia T-029 de 2016 ha indicado que: «La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales».

El Despacho encuentra que la legitimidad en la causa por activa, se cumple en el caso objeto de estudio, en consideración a que la agenciada presenta limitaciones físicas, que le hacen imposible promover las acciones por sí mismo.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

La legitimidad en la causa por pasiva es la condición del sujeto contra quien se dirige la acción, de ser el llamado a responder por la presunta vulneración del derecho amenazado.

Es así que sobre la legitimación por pasiva de la acción, el Despacho verifica que se cumple con el requisito en la medida que la entidad accionada, NUEVA E.P.S., es la encargada de garantizar la prestación del servicio público de salud del tutelante.

A su vez, se encuentra legitimada por pasiva la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, pudiendo llegar a soportarse económicamente con cargo a dicha entidad los gastos de atención en salud que se deriven del cumplimiento de dicho contrato.

INMEDIATEZ

Entendiendo que este requisito se refiere a que la interposición de la acción de tutela se dé dentro de un término razonable, contado a partir del momento de ocurrencia del hecho alegado como transgresor de los derechos fundamentales, para este Despacho se encuentra satisfecha esta exigencia, toda vez que, el motivo que da lugar a la pretensión de la acción tiene fundamento en la necesidad del paciente en el uso de oxígeno domiciliario y portátil y demás insumos que le faciliten una calidad de vida, dado el diagnóstico de ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA, tiene impedida su movilidad y permanencia sin oxígeno.

El 5 de abril de 2021 fue ordenado el servicio médico requerido, en consecuencia, al advertir que la presente acción fue interpuesta el 14 de abril del corriente, considera este Estrado que ha transcurrido un tiempo razonable, es decir, diez días entre la orden médica y la interposición de la acción de tutela, por lo que en ese orden de ideas, encuentra este Estrado la procedencia de la acción como mecanismo para salvaguardar los derechos alegados por la accionante.

Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





SUBSIDIARIEDAD

Conforme al inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, el requisito de subsidiariedad hace referencia a que la acción de tutela se constituye como un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario; es decir, que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; o cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada y efectiva los derechos fundamentales en cada caso concreto.

Es preciso establecer que si bien el presente caso debe someterse al procedimiento establecido en la Ley 1122 de 2007 y Ley 1438 de 2011, que otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud, para la resolución de controversias entre las E.P.S. y sus afiliados, es importante tener presente, que el trámite jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud puede no resultar un medio idóneo ni eficaz para esta persona, máxime que si bien se creó con la intención de brindar una alternativa expedita y eficaz para la reclamación de este tipo de pretensiones, lo cierto es que aún cuenta con múltiples falencias en su estructura y desarrollo normativo.

PROBLEMA JURÍDICO

En esta ocasión, corresponde al Juez de tutela establecer si (i) ¿Se han vulnerado los derechos fundamentales a la salud y la vida de MARÍA LILIA ROSAS DE PIÑEROS por parte de NUEVA EPS al no hacer entrega de bala portátil de oxígeno en forma diaria, bajo el argumento que no existe orden del médico tratante? (ii) De oficio se estudiará si se han vulnerado los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de MARÍA LILIA ROSAS DE PIÑEROS por parte de NUEVA EPS al no autorizar el examen de MEDICION DE LA FUERZA MUSCULAR RESPIRATORIA (PIM-PEM AJUSTADO CON VOLUMENES PULMONARES) (893810)? (iii) ¿Procede el recobro por parte de NUEVA EPS E.P.S. ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD?

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela se encuentra contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1.991, como el medio más expedito y eficaz para lograr que cesen o se detengan aquellas acciones u omisiones que vulneran o amenazan un derecho fundamental, no obstante, la misma se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, es decir, sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares.

Esto es, está prevista como un mecanismo procesal, complementario y específico que tiene por objeto la protección concreta de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando estos sean violados o se presente amenaza de su violación.

El ejercicio de la acción está condicionado a que la parte demuestre la existencia de una amenaza concreta y específica de violación de los derechos fundamentales cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública y en casos definidos por la ley a sujetos particulares.



La tutela es un instrumento de carácter directo porque siempre presupone una actuación preferente y sumaria a la que el afectado puede acudir solo en ausencia de cualquier otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

LA GARANTÍA EFECTIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y LOS PRINCIPIOS DE ACCESIBILIDAD E INTEGRALIDAD (Sentencia T-124 de 2019)

El derecho fundamental a la salud es “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”. Tal garantía es indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales y una vida en condiciones de dignidad. Justamente, su estrecha relación con la dignidad humana, en tanto principio universal de respeto a toda persona, determina su carácter fundamental y justiciable en el ámbito internacional, así como en el ordenamiento constitucional colombiano.

En relación con la salud como derecho, es necesario mencionar que en un primer momento fue catalogado como un derecho prestacional, que dependía de su conexidad con otro de naturaleza fundamental para ser protegido a través de la acción de tutela. Posteriormente, la postura cambió y la Corte afirmó que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que protege múltiples ámbitos de la vida humana. Dicha posición fue recogida en el artículo 2º la Ley Estatutaria 1751 de 2015, cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la Sentencia C-313 de 2014. Dicha normativa estableció que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.

De igual forma, establece un mandato directo al Estado para que adopte políticas públicas que aseguren la igualdad de oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas.

Tanto la normativa como la jurisprudencia actual disponen que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

Por ende, las EPS desconocen el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido dentro de lo que era el Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan de Beneficios de Salud) cuando aun existiendo las citadas condiciones se rehúsan a prestar el servicio médico.

LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO PARA EXIGIR SERVICIOS DE SALUD CONTEMPLADOS O EXCLUIDOS DEL POS.

La Honorable Corte Constitucional ha aceptado la posibilidad de reconocer tratamientos o suministros que no están incluidos o que están expresamente excluidos del POS. No obstante, para ello, se deben agotar las exigencias ya señaladas:

“(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”².

² Sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa)
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co



Sin embargo, frente al último presupuesto, esta Corporación ha constatado que existen distintos insumos que no son prescritos por los médicos tratantes, pero que la imposibilidad de acceder a ellos, afectan las condiciones que permiten a un paciente vivir dignamente.

En este escenario, la Corte Constitucional ha ordenado a algunas entidades prestadoras de salud la prestación de servicios médicos excluidos del plan de beneficios. Por ello, ha establecido que el juez constitucional deberá verificar que: "existe una relación directa entre la dolencia, es decir la pérdida de control de esfínteres y lo pedido, es decir que se puede inferir razonablemente que una persona que padece esta situación requiere para llevar una vida en condiciones dignas los pañales desechables"

Por ende, las EPS desconocen el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido dentro de lo que era el Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan de Beneficios de Salud) cuando aun existiendo las citadas condiciones se rehúsan a prestar el servicio médico.

TRATAMIENTO INTEGRAL

Por otro lado, en coordinación con el principio de dignidad humana, el derecho a la salud implica la conservación, recuperación y el restablecimiento del estado normal de una persona enferma, a quien se le debe ofrecer un tratamiento oportuno, eficiente y suficiente, tendiente a proporcionar el nivel de vida requerida, que no puede escatimarse por las entidades promotoras de salud. En el ámbito jurisprudencial la Corte constitucional en sentencia T-039 de 2013 ha indicado respecto del principio de integralidad:

«La Corte ha enfatizado el papel que desempeña el principio de integridad o de integralidad y ha destacado, especialmente, la forma como este principio ha sido delineado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo modo que por las regulaciones en materia de salud y por la jurisprudencia constitucional colombiana. En concordancia con ello, la Corte Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones que la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la (sic) paciente».

Como ya se ha indicado, es claro que la prestación de los servicios de salud le corresponden a las Entidades Promotoras de Salud, las cuales deben brindar la atención integral por las patologías que aquejan al paciente, prestándole en forma prioritaria los servicios necesarios para garantizar su vida y salud en condiciones dignas y justas; además es obligación de esas entidades, atender la salud de sus afiliados de manera integral y no fragmentada, no pudiéndose permitir so pretexto de barreras administrativas que los insumos y las necesidades médicas que precisa no sean de vital importancia para la E.P.S., demorando así la práctica de valoraciones primordiales para acceder a tratamientos que deben ser atendidos de manera perentoria y continua para el manejo de su patología, llegando al punto que deba entablar una acción de tutela y esperar el fallo para acceder a lo dispuesto por el tratante, suspendiéndose la continuidad en la prestación del servicio.

Se ha de resaltar, en relación a lo anterior, que el juez constitucional no puede amparar hechos futuros, merced a que esta acción no puede recaer sobre aspectos inciertos, porque la filosofía de la prestación de la atención integral se atempera a garantizar la continuidad en el suministro de todos los servicios que requiera, en el tratamiento de una misma patología y evitar que el paciente deba acudir a una acción de tutela, por cada medicamento, examen o procedimiento que se le ordene.



El diagnóstico efectivo según la jurisprudencia constitucional, el derecho al diagnóstico deriva del principio de integralidad y consiste en la garantía del 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”.

El goce del derecho a la salud depende de un diagnóstico efectivo, el cual implica una valoración oportuna respecto a las dolencias que afecta al paciente, la determinación de la patología y del procedimiento médico a seguir, el cual, una vez iniciado “no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas”. En consecuencia, el diagnóstico comprende el punto base para el restablecimiento de la salud del paciente.

En lectura de lo anterior, esta Corporación ha precisado que la finalidad del diagnóstico se compone por tres elementos: (a) identificación: que exige “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”; (b) valoración: que implica “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”; y (c) **prescripción, que implica “iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente”.**

DEL RECOBRO ANTE LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES -

Es importante señalar que la E.P.S tiene la obligación de suministrar todo lo que necesite la persona para recuperar sus funciones básicas o para llevar sus dolencias en forma digna y cuando estos elementos no estén contemplados dentro del Plan de Beneficios en Salud la entidad no se desliga de su obligación, pues tiene derecho a hacer recobro ante la ADRES, ya que se entiende que no se pueden imponer cargas onerosas a las entidades más allá de lo que legalmente pueden y deben soportar.

Por lo tanto, el recobro opera por ministerio de la ley, sin que haya necesidad de orden judicial que lo disponga, recuérdese que la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, estableció:

«6.2.1.2. Órdenes específicas a impartir” dispuso: “ii) no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC.»

Y, frente a la orden de recobro de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, es menester traer a colación la tesis manejada por la Corte Constitucional:

«Ahora bien, desde la perspectiva de que al Estado le asiste la Obligación subsidiaria de asumir el costo de los servicios de salud no incluidos en los planes de beneficios, la Corte, atendiendo a los mandatos contenidos en las Leyes 100 de 1993 y 715 de 2001, ha concluido que el reembolso de los costos de los servicios de salud No POS a favor de las EPS, están a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, cuando tales servicios se autorizan dentro del Régimen Contributivo, y a cargo de las



Entidades Territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos), en los casos en que los servicios no POS se reconocen dentro del Régimen Subsidiado.

Por su parte, la atribución a las Entidades Territoriales para atender el costo de los servicios no POS en el Régimen Subsidiado, encuentra un claro fundamento en las Leyes 100 de 1993 (arts. 215 y sig.) Y 715 de 2001 (art. 43), las cuales, además de atribuirle a "las direcciones locales, Distritales y Departamentales de salud" y a "los fondos seccionales, distritales y locales de salud", la administración del régimen y el manejo de los recursos pertenecientes al mismo, expresamente le asignan a las primeras la asunción de los servicios de salud no cubiertos con los subsidios a la demanda, esto es, de los servicios no incluidos en el POS subsidiado»³

Así las cosas, no le corresponde al Juez Constitucional ordenar recobros al ADRES y/o Secretaria de Salud, puesto que el mismo opera por ministerio de ley, igualmente, el recobro es un derecho constitucional y legal que tienen las E.P.S.

CASO CONCRETO

En cuanto al caso bajo estudio, se tiene que MARÍA LILIA ROSAS DE PIÑEROS se encuentra afiliada en calidad de cotizante al régimen contributivo, a través de NUEVA EPS, paciente de 79 años de edad que con ocasión a diagnóstico de enfermedad pulmonar obstructiva crónica, requiere en forma permanente el uso de oxígeno, el cual le está siendo suministrado en el sistema convencional que requiere el uso de energía.

Así mismo, le fue ordenado el suministro de oxígeno portátil, empero, el mismo le es suministrado en una única oportunidad durante todo el mes, situación que le ha llevado a estar todo el tiempo en su residencia, pues ante la ausencia del oxígeno portátil, no puede salir a cumplir con la caminata diaria recomendada por el médico tratante de su patología cardiovascular, además, no le ha sido posible cumplir con citas médicas y exámenes de laboratorio, lo que hace más urgente la necesidad de dicho servicio.

Explicó la accionante que para cumplir la cita de aplicación de vacuna contra el Covid-19, su progenitora se vio obligada a alquilar bala portátil de oxígeno, lo que se deriva en una afectación a su mínimo vital, pues únicamente devenga un salario mínimo.

Por lo anterior, estima la necesidad de contar con una orden constitucional que implique un amparo integral, empero, indica la entidad prestadora de los servicios de salud que no existe negación en los servicios médicos, dado que no existe orden que fundamente lo pedido por vía de tutela, dado que se autorizó y garantizó lo ordenado a la paciente esto es, el servicio de Oxígeno Gas Litros por minuto cada 24 horas vía inhalado por 30 días, 2 Litros por minuto portátil en cantidad de 1 Unidad, siendo precisamente la limitación de una sola bala de oxígeno, el punto de inconformidad de la accionante.

Así las cosas, sea lo primero advertir que según lo preceptuado en el artículo 49 Superior, la atención en salud es un servicio público y que el Estado debe garantizar a las personas, el acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud.

En virtud del desarrollo jurisprudencial y posteriormente con la expedición de la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud fue reconocido como fundamental, autónomo e irrenunciable. Ahora bien, la salud como derecho, comprende la posibilidad de acceder a los servicios médicos que una persona "requiere" para el manejo de una patología que presenta, es decir, a aquellos que son "indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal".

³ Corte Constitucional, Sentencia T – 438 de 2009, MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co



En razón de lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008 ha amparado el derecho a la salud en sede de tutela, en las siguientes eventualidades: "(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios".

Sin embargo, frente al último presupuesto, esta Corporación ha constatado que existen distintos insumos que no son prescritos por los médicos tratantes, pero que la imposibilidad de acceder a ellos, afectan las condiciones que permiten a un paciente vivir dignamente.

En este escenario, la Corte Constitucional ha ordenado a algunas entidades prestadoras de salud la prestación de servicios médicos excluidos del plan de beneficios. Por ello, ha establecido que el juez constitucional deberá verificar que: "existe una relación directa entre la dolencia, es decir la pérdida de control de esfínteres y lo pedido, es decir que se puede inferir razonablemente que una persona que padece esta situación requiere para llevar una vida en condiciones dignas los pañales desechables".

Así mismo, dicha jurisprudencia constitucional fue recogida en sentencia SU-508 de 2020, en donde señaló que las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud deben ser expresas, claras y determinadas, reiterando además las reglas contempladas en la sentencia C-313 de 2014, las que ya fueron relacionadas, en dicha providencia de unificación, la H. Corte Constitucional estableció una serie de sub reglas para cada servicio solicitado.

Ahora bien, dentro de la historia clínica allegada por la parte actora, se observa que el médico tratante plasmó en consulta del 5 de abril de 2021 "oxígeno gas", "2 litros x min cada 24 horas vía inhalado por 30 días" "2 litros x min portátil", cantidad una unidad, para el período comprendido entre el 5 de abril de 2021 y el 5 de mayo de 2021 y diagnóstico de enfermedad pulmonar obstructiva crónica.

Dicho servicio de oxígeno se encuentra dentro del plan obligatorio de salud, esto es, se encuentra financiado con recursos de la Unidad por pago de capitación (UPC), estando incluidas todas las presentaciones y formas farmacéuticas, identificado con código ATC: V03AN01, número 369 en el listado de medicamentos descrito en la Resolución 2481 de 2020, por lo que no existe justificación alguna para la demora en la entrega del mismo.

Ahora, si bien la accionada manifiesta estar cumpliendo a cabalidad en la prestación de los servicios médicos, se tiene que a pesar de que la orden fue proferida el 5 de abril de 2021, radicada el día 5 y reiterada el día 13 de abril, a la fecha no han sido entregados los servicios ordenados, pues la última entrega del servicio de oxígeno portátil se dio el 1 de abril de 2021 y la orden de la que se reclama cumplimiento se emitió el 5 de abril de 2021, por lo que resulta evidente que existe un incumplimiento en el servicio de salud que amerita la intervención del Juez de Tutela.

Aunado a lo anterior, se tiene que no se emitió orden médica que justifique el servicio de oxígeno portátil en la cantidad solicitada por la accionante, esto es, que supere la entrega de una única unidad que le fue ordenado, si bien para este Despacho resulta claro que la paciente presenta una serie de características propias de su patología de obstrucción pulmonar crónica que la hacen dependiente de un tanque de oxígeno, pues en el evento de agotarse esa fuente de oxígeno, estaría en grave riesgo la vida de la paciente y, dado que la cantidad ordenada y entregada por la EPS no está siendo suficiente para la realidad actual de la usuaria, ello lleva a concluir la necesidad de que sea un especialista quien determine la necesidad del paciente en torno al aumento en la entrega del servicio de oxígeno portátil.



Lo anterior, en respeto del “derecho al diagnóstico” y atendiendo a los principios de celeridad, efectividad de los derechos y sobre todo en pro de la protección y mejoramiento de la salud de la paciente, se ordenará a la entidad accionada, realizar junta médica conformada por tres (3) médicos especialistas en los padecimientos de la paciente para que se verifique la necesidad y procedencia de conceder u otorgarle los servicios requeridos consistentes en: i) atención médica domiciliaria, ii) entrega de medicamentos domiciliariamente, iii) entrega de oxígeno domiciliariamente, iv) el aumento de la cantidad o unidades de servicio de oxígeno portátil prescritas a la paciente, y los demás implementos solicitados consistentes en, v) “BALAS DE OXIGENO DE RESERVA EN CASO DE CORTES DE LUZ Y LA BALA DE OXIGENO PORTATIL CON SU CARRO DE MOVILIZACION Y/O EQUIPO PORTATIL DE OXIGENO además del CONCENTRADOR QUE SI TIENE”.

Lo acabado de expresar, se encuentra sustentado en reiterados pronunciamientos de la honorable Corte Constitucional, la cual ha explicado: *“Los jueces carecen del conocimiento adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, un juez podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos, servicios o tecnologías complementarias que son ineficientes respecto de la patología del paciente (...) 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”*⁴.

Lo anterior, por cuanto es claro que no existe orden médica que permita concluir que la paciente requiere de los servicios puntuales exigidos por la accionante en la cantidad solicitada por esta vía constitucional, en consecuencia, esta falladora, bajo el “derecho al diagnóstico” y a lo esbozado en precedencia, deberá supeditar tal pedimento, como quiera que no existe un criterio de un médico que lo estime necesario, pues lo ordenado está siendo garantizado por la EPS con la autorización de una sola bala de oxígeno portátil, debiendo esta instancia respetar los criterios del profesional frente a lo idóneo para la salud de la paciente.

Frente a la pretensión de atención integral, no hay duda de que cuando se niega el suministro de un medicamento o servicio médico así esté excluido del POS, y que se requiera por un paciente, se vulnera el derecho a la salud, empero, para determinar tal situación es necesario que se cuente con orden del médico tratante para ello, por ser este la autoridad que con el conocimiento científico puede determinar las necesidades del usuario en salud. En este caso NUEVA EPS ha actuado conforme a lo ordenado por los médicos tratantes, sin que se avizore una negación de servicio que sea evidentemente irrazonable o negligente, dada la historia clínica objeto de estudio, por lo que no es posible considerar que a futuro la accionada vulnerara o amenazará los derechos fundamentales de la paciente. Por lo anterior, el juzgado nega, dicha pretensión.

Finalmente, en atención al recobro ante la ADRES, es pertinente indicar que el recobro es un derecho legal que les asiste a todas las Entidades Promotoras de Salud conforme lo dispone el Decreto 806 de 1998, por lo que es innecesaria una orden de tutela en tal sentido, es decir se genera por el ministerio de la ley, siendo la acción de tutela inocua para atender aspectos puramente administrativos, en tanto la misma está diseñada para proteger los derechos fundamentales, no para atender pagos o prestaciones económicas que de suyo no deben ser reclamadas por ésta vía *ius fundamental*, ahora, ante el dicho de la ADRES sobre el cambio de reglamentación y que por ello ya no procede ningún tipo de recobro al respecto, son situaciones que en su momento deben someterse por la vía ordinaria y no por el trámite de tutela.

Con fundamento en las razones fácticas y probatorias, el **JUZGADO DIECISEIS (16) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE**

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-1325 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co



BUCARAMANGA (S), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

RIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales a la SALUD, y DERECHO AL DIAGNÓSTICO de MARÍA LILIA ROSAS DE PIÑEROS, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.273.892, conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- ORDENAR al representante legal o a quien haga sus veces de NUEVA EPS, que en el término de TRES (03) DÍAS contado a partir de la notificación del presente fallo, proceda a autorizar y realizar la entrega a la usuaria MARÍA LILIA ROSAS DE PIÑEROS, identificada con cédula de ciudadanía número 20.273.892 de los servicios y exámenes ordenados en consulta del 5 de abril de 2021, por parte del especialista en neumología, consistentes en: Oxígeno Gas 2 Litrosxmin Cada 24 horas vía Inhalado por 30 Días, 2 LTS por minuto portátil 1 unidad y la práctica del examen denominado "MEDICION DE LA FUERZA MUSCULAR RESPIRATORIA (PIM-PEM AJUSTADO CON VOLUMENES PULMONARES". Lo anterior conforme a las consideraciones ya expuestas.

TERCERO. - ORDENAR al representante legal o a quien haga sus veces de NUEVA EPS, que en el término de TRES (03) DÍAS contado a partir de la notificación del presente fallo, proceda a autorizar y realizar junta médica conformada por tres (3) médicos especialistas en las patologías padecidas por MARÍA LILIA ROSAS DE PIÑEROS, identificada con cédula de ciudadanía número 20.273.892, para que se verifique la necesidad y procedencia de conceder u otorgar a la paciente: i) atención médica domiciliaria, ii) entrega de medicamentos domiciliarmente, iii) entrega de oxígeno domiciliarmente, iv) el aumento de la cantidad o unidades de servicio de oxígeno portátil prescritas a la paciente, y los demás implementos solicitados consistentes en, v) "BALAS DE OXIGENO DE RESERVA EN CASO DE CORTES DE LUZ Y LA BALA DE OXIGENO PORTATIL CON SU CARRO DE MOVILIZACION Y/O EQUIPO PORTATIL DE OXIGENO además del CONCENTRADOR QUE SI TIENE". Lo anterior conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO.- NEGAR LA ATECIÓN INTEGRAL a la usuaria MARÍA LILIA ROSAS DE PIÑEROS, identificada con cédula de ciudadanía número 20.273.892, conforme los argumentos expuestos en este fallo.

QUINTO.- DECLARAR IMPROCEDENTE el recobro -por vía de tutela- de NUEVA E.P.S., ante la ADRES, conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

SEXTO.- COMUNICAR a las partes que contra este fallo procede la impugnación dentro del término de tres (03) días contados a partir de la notificación de la sentencia. De no impugnarse, envíese al día siguiente de su firmeza, ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

SÉPTIMO.- NOTIFICAR por el medio más idóneo, a las partes el contenido del fallo librando para ello las comunicaciones de ley. Una vez regrese el expediente de la Honorable Corte Constitucional, se ordena el archivo definitivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías**

**ANGELA JOHANNA CASTELLANOS BARAJAS
JUEZ**

**JUZGADO 016 MUNICIPAL PENAL CONTROL DE GARANTIAS DE LA CIUDAD DE
BUCARAMANGA-SANTANDER**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **08bf8a5a49c57bace6289141d71ccbfeddc43cd11b91f381ed39fda38ecea182**

Documento generado en 27/04/2021 02:15:56 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**