

JUZGADO TRECE CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

PROCESO: ACCION DE TUTELA.

RADICADO: 2022-00208-00.

Bucaramanga, mayo once (11) de dos mil veintidós (2022).

VISTOS:

Se halla al Despacho la presente acción especial de tutela para dictar la sentencia que en derecho corresponda, una vez agotados los términos y las instancias procesales de ley.

HECHOS:

MARCELIANA CASTELLANOS DE PULIDO, actuando en representación de su esposo el señor SAMUEL PULIDO, mediante el presente escrito interpone acción de tutela para solicitar se le garanticen los derechos fundamentales a su representado. Derechos personales que vienen siendo vulnerados (violados) por SALUD TOTAL EPS, y que no son otros que el derecho a una vida digna y el derecho al buen vivir.

Manifiesta la accionante que es cotizante de salud total desde el año 2005 y además afilio como beneficiario a su esposo el señor Samuel Pulido. La salud de su representado esposo, ha venido decayendo o desmejorando de forma considerable en los últimos 10 años. Están tan crítico el estado de salud de su representado, hasta el punto de perder su movilidad física y personal, a tal punto que para poderlo movilizar se requiere hacerlo en una silla de ruedas. Debido a la complejidad de salud de su representado, se requiere (se necesita) de las actuaciones de una persona que tenga la capacidad y el conocimiento para darle los alimentos, asearlo, bañarlo, cambiarlo, movilizarlo, como quiera no se encuentra en las capacidades para hacerlo por sí solo.

Desde que la salud de su representado ha venido desmejorando de manera critica, la encargada de los cuidados y atenciones necesarias es su hija Cenaida Pulido Castellanos. Quien ha sido la única que se ha hecho cargo de su esposo y de su persona. Por lo tanto, la salud de su hija también ha presentado complicaciones de salud, las cuales han imposibilitado que nos pueda atender de la manera adecuada.

Por lo expuesto, solicita se requiera a Salud Total Eps, para que le suministre (le provea) de un cuidador o cuidadora las 24 horas del día a su representado, y así mismo, le suministre la totalidad de los pañales que requiere su representado para su aseo personal diario. Lo anterior con el fin de garantizar los derechos anteriormente mencionados los cuales siendo vulnerados por la Eps Accionada en la presente Acción de tutela.

ANALISIS Y VALORACIÓN PROBATORIA:

Para establecer los elementos fácticos que han dado origen a la presente situación planteada, se allegó el siguiente material probatorio:

JUZGADO TRECE CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

- 1º. Escrito presentado por MARCELIANA CASTELLANOS DE PULIDO, actuando en representación de su esposo el señor SAMUEL PULIDO, que contiene la acción de tutela.
- 2º. Fotocopia de cedula de ciudadanía de la accionante y de su representado.
- 3º. Copia de Historia Clínica de su representado.
- 4°. Contestación de ADRES, manifiesta que es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, la prestación de los servicios de salud, ni tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad. Sin perjuicio de lo anterior, en atención al requerimiento de informe del H. Despacho, es preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

Así las cosas, a partir de la promulgación del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, reglamentado a través de la Resolución 205 de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos. Por lo anterior, la nueva normativa fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente era objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las entidades promotoras de los servicios, por consiguiente, los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios y de forma periódica, de la misma forma cómo funciona el giro de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Lo anterior significa que la ADRES ya GIRÓ a las EPS, incluida la accionada, un presupuesto máximo con la finalidad de que la EPS suministre los servicios "no incluidos" en los recursos de la UPC y así, suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos para asegurar la disponibilidad de éstos cuyo propósito es garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

Adicionalmente, se informa al despacho que el <u>parágrafo 6° del artículo 5.4 de la Resolución 205 de 2020</u>, establece claramente que, en cumplimiento de órdenes judiciales, los costos de los servicios de salud se deben cargar al presupuesto máximo

JUZGADO TRECE CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

En ese sentido, el Juez de alzada debe abstenerse de pronunciarse sobre el reembolso de los gastos que se incurra en cumplimiento de la tutela de la referencia, ya que la normatividad vigente acabó con dicha facultad y al revivirla vía tutela, generaría un doble desembolso a las EPS por el mismo concepto, ocasionando no solo un desfinanciamiento al sistema de salud sino también un fraude a la ley.

Por lo anteriormente expuesto, se solicita al H. Despacho NEGAR el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia DESVINCULAR a esta Entidad del trámite de la presente acción constitucional. Adicionalmente, se implora NEGAR cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS, en tanto los cambios normativos y reglamentarios ampliamente explicados en el presente escrito demuestran que los servicios, medicamentos o insumos en salud necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los Presupuestos Máximos; además de que los recursos son actualmente girados antes de cualquier prestación. Por último, se sugiere al H. Despacho MODULAR las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer 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.

5° Contestación de SALUD TOTAL EPS-S S.A., quien manifiesta que se trata de un paciente de 91 años, con diagnósticos de hipertensión, diabetes, epoc y Alzheimer, quien se encuentra incluido en el programa de atención domiciliaria de IPS MEDICUC, adscrita a SALUD TOTAL EPS-S S.A. Viene en manejo con medicamentos vía oral (tabletas), losartan, metformina, atorvastatina, salbutamol, memantina y quetiapina. Vive con esposa, una hija y nieta, y además tiene 3 hijos más y varios nietos, lo que demuestra que tiene red de apoyo. El paciente no se encuentra postrado en cama, camina con ayuda y por lo tanto, dada su edad y patologías, requiere de cuidados básicos, los cuales deben ser brindados por la familia. El servicio cuidador es una tecnología excluida del PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD CON CARGO A LA UPC que no puede ser financiada por el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Todas las personas "adulto mayor" requieren acompañamiento o cuidador permanente: y este acompañamiento debe ser prestado por su familia y/o un tercero delegado por la misma. Teniendo en cuenta el CÓDIGO CIVIL, TITULO XII. de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos artículo 251. cuidado y auxilio a los padres. aunque la emancipación dé al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios. No cuenta con orden medica que justifique la necesidad de dicho servicio, por lo tanto, no es posible autorizar un servicio sin que exista una orden médica emitida por su médico tratante, pues es claro que la protegida por su patología requiere de cuidados básicos los cuales deben ser brindados por la familia.

JUZGADO TRECE CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

El auxiliar de enfermería es un(a) tecnólogo(a) en servicios de salud entrenado(a) en el manejo de pacientes con ventilación mecánica invasiva, o traqueostomía o gastrostomía, o que requieren aplicación de medicamentos endovenosos, o con alto riesgo de broncoaspiración o episodios epilépticos de difícil manejo. Este recurso humano no está indicado en pacientes que requieren apoyo en sus cuidados básicos, como bañarse, vestirse, alimentarse y/o movilizarse; situación actual de la paciente; esta ayuda debe ser suministrada por su familia. La figura de cuidador se asocia con el acompañamiento que se brinda a una persona en situación de dependencia, que se exime de cobertura por parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya que no es una prestación calificada, ni que implique de manera directa el restablecimiento de la salud de un paciente, por ello, la persona que la realiza no es un profesional del área de la salud, sino los familiares, amigos o personas cercanas del sujeto dependiente que lo realizan bajo el principio de solidaridad.

La Resolución 5928 de 2016, en su artículo 3 define "Cuidador", así:

Artículo 3. Definición de Cuidador. Se entiende por cuidador, aquella persona que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufra una enfermedad grave, sea congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que dependa totalmente de un tercero para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas; sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de beneficios en salud cubierto por la UPC.

en lo que respecta a los pañales desechables: el Protegido no cuenta con orden medica que justifique la autorización de este insumo, además que se trata de un insumo NO PBS, por lo tanto, el medico prescriptor debe cargar el servicio en la plataforma del ministerio de salud MIPRES.

De acuerdo con todo lo anterior, se observa que SALUD TOTAL EPS NO HA VULNERADO DERECHO FUNDAMENTAL ALGUNO A SAMUEL PULIDO ENCONTRANDO QUE SE INTENTA UNA ACCIÓN DE TUTELA SIN FUNDAMENTO ALGUNO E IMPROCEDENTE. Nótese señor Juez, que si bien es cierto la acción de tutela se de la informalidad en materia probatoria, esta exige por lo menos un indicio que demuestre la amenaza o la vulneración concreta de un derecho fundamental, y no hipotética o basada en conjeturas; siendo así revisado el acervo probatorio anexo a la Tutela se evidencia los actos positivos de nuestra EPS para garantizar el servicio de salud requerido por SAMUEL PULIDO, no generan vulneración alguna a derechos fundamentales.

Por lo expuesto, solicito NEGAR por IMPROCEDENTE, la presente acción de tutela instaurada por MARCELIANA CASTELLANOS DE PULIDO Agente Oficioso de SAMUEL PULIDO en contra de SALUD TOTAL EPS-S S.A, toda vez que se evidencia que no se ha vulnerado o amenazado derecho fundamental alguno.

Si pese a todo lo expresado anteriormente, donde se prueba que no existe afectación alguna de los derechos fundamentales a SAMUEL PULIDO, su señoría considera

JUZGADO TRECE CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

amparar la acción de tutela Y ORDENE SERVICIOS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD POS, solicitamos se ordene en forma subsidiaria a LA NACIÓN MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL - ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES) en la parte resolutiva del fallo que se emita, a PAGAR EN FAVOR DE SALUD TOTAL EPS-S S.A dentro de los 15 días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro y en un ciento por ciento (100%), las sumas que en exceso deba asumir en la atención de SAMUEL PULIDO, por los tratamientos, procedimientos y medicamentos que requiera y que no estén incluidos dentro de los beneficios del Plan Obligatorio de Salud. Le solicitamos en caso de ORDENAR en la parte resolutiva del fallo de tutela prestaciones de servicios por fuera del PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD POS o tratamiento integral del señor accionante, nos ORDENE LA FACULTAD DE COBRO Y ORDEN DE PAGO ORDENANDO al Ministerio de Protección Social - ADRES EN UN 100 %, y cancelar a SALUD TOTAL EPS-S S.A la totalidad de los costos asumidos por la ATENCIÓN INTEGRAL a SAMUEL PULIDO que no se encuentren dentro de las cobertura del Plan de Beneficios de Salud POS, dentro de los 15 días siguientes a la presentación de las cuentas o facturas.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

Ciertamente la acción de tutela fue incluida por el constituyente en procura de la efectiva protección de los derechos fundamentales consagrados en nuestra carta política, cuando estos han sido vulnerados o cuando amenace su afectación por parte de autoridad pública, o cuando en los términos de Ley, provenga de un particular.

El artículo 1º. De la declaración Universal de los derechos Humanos, consagra que todo individuo tiene derecho a la vida y a la seguridad de su persona.

Es por lo anterior que todas las personas están llamadas a gozar de especiales garantías en todos los aspectos, más cuando se trata de salud y por ende al derecho a una vida digna.

Nuestro Estado Social de Derecho (Artículo 1 de la Constitución Política), está íntimamente ligado al principio de igual material y efectiva, es decir pretende aplicar una justicia distributiva, en cuya virtud se admiten como válidas las distinciones positivas, las que implican un trato preferente a los más desvalidos o desfavorecidos, con el fin de alcanzar un orden social justo, introduciendo por acto el Estado el necesario equilibrio que elimine o disminuya las condiciones originales de desigualdad.

Por esta razón a la luz del Estado Social de Derecho se impone una acción de las autoridades y de la sociedad que no puede ser neutra, con el fin de alcanzar el equilibrio para lograr un sistema justo y equitativo fundado en la dignidad humana, se espera por el contrario, que se otorgue un trato especial a los grupos sociales que se hallan en condiciones reales de indefensión o inferioridad, entre ellos aquellos que no cuentan con los recursos económicos necesarios para acceder a la realización de los exámenes, procedimientos y medicamentos que le sean ordenados por el médico tratante,

JUZGADO TRECE CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

haciendo que su existencia en el caso de una enfermedad grave se vea avocada a la muerte.

Se nos hace igualmente prioritario a que ese derecho inalienable no le sea vulnerado, esto es, a que se le respete a gozar de una vida plena en todo su sentido, de tal manera que sea capaz de integrarse a la sociedad, esto es, a una vida sana dentro del marco social que le toca desenvolverse y como principio que es de interés superior no le sea menoscabado o suspendido por alguna causa.

De la misma manera es sano traer a esta decisión el marco jurisprudencial y los precedentes constitucionales sobre el tema de debate citados y recogidos por la propia Corte Constitucional en sentencia T-102 de 2007, en los siguientes términos "la Corte ha manifestado que en principio el derecho a la salud no es susceptible de amparo por vía de tutela, ya que tiene el carácter de prestacional o asistencial y requiere para su efectividad normas presupuestales, procedimientos y organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Sin embargo, la Corte, en sentencia T-924 de septiembre 23 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, también ha explicado que el derecho a la salud tiene carácter fundamental, de manera autónoma, cuando está en conexidad con otros derechos de rango fundamental o en eventos especiales.

"La Corte Constitucional ha precisado en su jurisprudencia, que la salud tiene carácter de derecho fundamental por lo menos por dos vías. i) por conexidad, cuando una persona requiere ciertos servicios que no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, pero que resultan indispensables y necesarios para el mantenimiento de su vida, de su integridad física y de su dignidad. Y ii) de manera autónoma, cuando existen regulaciones que generan un derecho subjetivo sobre las personas a recibir las prestaciones y los medicamentos allí definidos."

Frente al primero de los casos advierte que se presenta cuando un paciente requiere servicios que no están incluidos dentro del POS, pero que son vitales y esenciales para el mantenimiento de una vida digna. Su amparo se ha justificado, especialmente cuando ha podido probarse que no prestar el servicio, afectaría o pondría en peligro los derechos a la vida y a la dignidad humana.

En el segundo evento, esto es, cuando el derecho a la salud se torna fundamental de manera autónoma, se presenta si puede constatarse la existencia de regulaciones internas sobre salud. Desde la sentencia de unificación 819 de octubre 20 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis, la Corte consideró que "la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico".

"En sentencia T-538 de mayo 27 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, se dijo que cuando se trata de tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS, el derecho a la salud tiene carácter fundamental de manera autónoma, "pues es posible constatar la existencia de regulaciones internas sobre el derecho a la salud". En tales situaciones las personas adquieren un derecho subjetivo a recibir las prestaciones



definidas en el Plan Obligatorio de Salud, pero cuando se prueba el incumplimiento en general de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y en especial aquellas contenidas en el POS, el derecho a la salud se torna fundamental. En la citada sentencia la Corte consideró:

"Cuando existe un desconocimiento o una inaplicación de las regulaciones sobre procedimientos o medicamentos establecidos en el POS, o cuando se impide el acceso en casos de urgencia a mujeres embarazadas y a niños menores de un año, puede afirmarse que existe una violación al derecho fundamental a la salud, sin que sea necesario establecer una amenaza a otro derecho fundamental como la vida, para que la acción de tutela proceda."

También ha de precisarse que la Corte en sentencia T-697 de julio 22 de 2004, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, estimó que el derecho a la salud, en principio, no puede ser considerado fundamental porque no es un derecho subjetivo; sin embargo, expuso que "adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo".

"En efecto, al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de quienes pertenecen a cada uno de los regímenes, contributivo y subsidiado. Al respecto, en sentencia T-858 de septiembre 2 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

"Así las cosas, puede sostenerse que tiene **naturaleza de derecho fundamental**, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias-, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N° 14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc."

Para el caso concreto, entiende este Despacho que la señora MARCELIANA CASTELLANOS DE PULIDO, actuando en representación de su esposo el señor SAMUEL PULIDO, mediante el presente escrito interpone acción de tutela para solicitar se le garanticen los derechos fundamentales a su representado. Derechos personales que vienen siendo vulnerados (violados) por SALUD TOTAL EPS, y que no son otros que el derecho a una vida digna y el derecho al buen vivir, por lo que solicita se requiera a Salud Total Eps, para que le suministre (le provea) de un cuidador o cuidadora las 24 horas del día a su representado, y así mismo, le suministre la totalidad de los pañales que requiere su representado para su aseo personal diario; Observa el despacho, que dentro del material aportado por las partes, no se encuentra orden medica que establezca la necesidad del paciente frente a estos servicios, sin embargo, y en aras de proteger los derechos fundamentales del señor SAMUEL PULIDO, considera este Despacho que SALUD TOTAL EPS, debe brindar valoración médica domiciliaria, a

JUZGADO TRECE CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

través de un médico adscrito a la EPS, para que indique si el señor SAMUEL PULIDO, requiere del servicio de CUIDADOR 24 HORAS, y de ser así, especifique cuantas horas y días a la semana, librando la respectiva orden, juntos con los tratamientos y medicamentos prescritos para sus patologías, e insumos (pañales), sin que las definiciones del Sistema en la prestación de los servicios sean una excusa para la protección del derecho fundamental a la vida de la paciente.

En conclusión y en base a lo anterior se despachara favorablemente las pretensiones de la accionante y se procederá a ordenar a la SALUD TOTAL EPS, que en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, proceda a realizar una visita médica domiciliaria al señor SAMUEL PULIDO, a través de un médico adscrito a la EPS, en la cual valore e indique si el mismo requiere el servicio de cuidador de CUIDADOR 24 HORAS, y de ser así, especifique cuantas horas y días a la semana, librando la respectiva orden, juntos con los tratamientos y medicamentos prescritos para sus patologías, e insumos (pañales).

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Trece Civil Municipal de Bucaramanga, Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER LA TUTELA, y como consecuencia proteger los derechos fundamentales invocados por la señora MARCELIANA CASTELLANOS DE PULIDO, actuando en representación de su esposo el señor SAMUEL PULIDO, conculcados por SALUDTOTAL EPS, y a causa de ello se ORDENA al accionado que en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, proceda a realizar una visita médica domiciliaria al señor SAMUEL PULIDO, a través de un médico adscrito a la EPS, en la cual valore e indique si el mismo requiere el servicio de cuidador de CUIDADOR 24 HORAS, y de ser así, especifique cuantas horas y días a la semana, librando la respectiva orden, juntos con los tratamientos y medicamentos prescritos para sus patologías, e insumos (pañales), sin que las definiciones del Sistema en la prestación de los servicios sean una excusa para la protección del derecho fundamental a la vida de la paciente.

SEGUNDO: NOTIFIQUESE conforme a los parámetros del Decreto Número 2591 de 1991 y sino fuere apelada dentro de los tres (03) días siguientes a su notificación envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

WILSON FARFAN JOYA

JUEZ