

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO VEINTE CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA Bucaramanga, veintidós (22) de febrero de dos mil veintidós (2022).

RADICADO No. 680014003020-2022-00064-00

FALLO

Constituye objeto de la presente decisión, la acción de tutela instaurada por el señor **IVAN DE JESUS LECHUGA CABARCA** en nombre propio, contra **SANITAS EPS**, siendo vinculados la **CLINICA CHICAMOCHA, FUNDACION OFTALMOLOGICA DE SANTANDER – CLINICA FOSCAL**, y la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS) ADRES**, por la presunta violación a sus derechos fundamentales a la salud, vida digna y mínimo vital, consagrados en la Constitución Política.

HECHOS

Relata el accionante que, desde el mes de septiembre de 2021, viene presentando quebrantos de salud, asistiendo en reiteradas ocasiones a la EPS en donde le daban manejo de analgésicos para el dolor con diagnóstico de **ESPASMOS**. En enero de 2022, se realizó exámenes de manera particular y le fue diagnosticado un **TUMOR METASTASICO**, y debido a al resultado acudió, por urgencias a la IPS donde se decidió realizarle un nuevo examen para poder confirmar el diagnóstico y allí encontraron, aparte del tumor pulmonar metastásico, metástasis ósea, debido a lo cual su salud cada día se ve más deteriorada y la EPS solo da cuidados paliativos tratados en casa.

Manifiesta que, a pesar de estar incapacitado no cuenta con ingresos necesarios para asumir los costos de su enfermedad, y parte de lo pagado por incapacidad, se invierte en la manutención de sus hijos.

PETICIÓN

Solicita el accionante se le amparen los derechos fundamentales invocados, y se ordene a **SANITAS EPS**, la asignación de enfermera permanente, visitas médicas domiciliarias y traslado del paciente cuando sea necesario, suministro de insumos tales como pañales y cremas que se requieran dada la condición física del actor, suministro de cama hospitalaria, suministro de medicamentos, y se realice el reembolso de los medicamentos, citas y exámenes que el paciente se haya realizado de manera particular.



TRAMITE

Mediante auto de fecha 09 de febrero de 2022, se dispuso avocar el conocimiento de la Acción de Tutela, vincular a la **CLINICA CHICAMOCHA, FUNDACION OFTALMOLOGICA DE SANTANDER – CLINICA FOSCAL**, y a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS) ADRES**, y notificar a las partes en legal forma.

Así mismo, mediante auto del 18 de febrero de 2022, se ordenó requerir a las partes para que allegaran información pertinente y relevante para la acción de tutela.

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

1. **SANITAS EPS**, dio contestación a la presente acción constitucional, informando que, el actor se encuentra afiliado al Sistema de Salud en calidad de Cotizante Dependiente, con un ingreso base de cotización de \$1.846.390, contando con 979 semanas de antigüedad ante el Sistema de Seguridad Social en Salud, y se le han brindado todas las prestaciones médico - asistenciales que ha requerido debido a su estado de salud, a través de un equipo multidisciplinario, y acorde con las respectivas órdenes médicas emitidas por sus médicos tratantes. También informó que, el actor no cuenta con órdenes médicas vigentes de prestador adscrito a EPS Sanitas S.A.S., pendientes de trámite de servicios ante la EPS.

Refiere que, con el fin de dar trámite a los requerimientos del usuario se programó a través de la **IPS UNIDAD DE ATENCIÓN PRIMARIA BUCARAMANGA**, una valoración médica domiciliaria para el 11 de febrero de 2022, quien a través de una valoración integral, determinaría los servicios pertinentes que requiera el señor Lechuga Cabarca.

Describe que, revisados los documentos anexos a la tutela, se evidencia que el accionante actualmente no tiene indicación de medicación endovenosa, por bomba de infusión, terapia remplazo renal intensiva, ostomias, abdomen abierto que requiera de personal entrenado en salud como auxiliar de enfermería. Así mismo, la atención de ejecutar actividades básicas, no corresponde a las actividades que desempeña el personal técnico de enfermería, sino a un servicio de cuidador el cual puede ser brindado por la familia o a quien este designe, aclarando para tal fin que, no hay orden médica de servicio de enfermería 24 horas por parte de un prestador adscrito a EPS Sanitas S.A., y no allega ninguna prueba sumaria de una orden de solicitud de servicios de enfermera por parte de un prestador adscrito a esa EPS.

A su vez, considera que no es procedente por vía tutela se soliciten reconocimientos meramente económicos, máxime si se tiene en cuenta que EPS Sanitas S.A. nunca negó los servicios médicos solicitados por el usuario, sino que



a motu proprio, decidió sufragarlos, y ahora pretende indilgar vulneración de derechos fundamentales. Recalca que, al señor **LECHUGA CABARCA**, NO le han solicitado los PAÑALES, AMBULANCIA, NI CREMA (Última solicitud de noviembre 2021) a través de la plataforma MIPRES como se observa en el sistema, NO TIENE SOLICITUDES POR MIPRES, y respecto a la cama hospitalaria, se considera PBS, siempre y cuando sean ordenados por el profesional tratante, según lo estipulado en el artículo 25 del plan obligatorio de salud contenido en el artículo 1 del acuerdo 029 del 28 de diciembre de 2011. La cama hospitalaria se cubre en pacientes con hospitalización domiciliaria con manejo antibiótico venoso o en programa de cuidado paliativo. Por lo anterior, se evidencia que el actor no cumple con criterios para suministrar la cama hospitalaria al estar esta fuera de la cobertura del plan de beneficios.

Por último, recalca que respecto al reembolso de dineros pretendidos, el actor cuenta con otros mecanismos idóneos para realizar su reclamación en caso que fuere pertinente, y no por vía de tutela como aquí se pretende, el actor no ha agotado el mecanismo de defensa judicial que ha determinado el legislador para dirimir los conflictos que en materia de reembolsos por atención médica se susciten, consistente en la Función Jurisdiccional que le confiere la Ley a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver asuntos como el descrito en el caso en comento, por medio de un proceso prevalente y sumario, sino que contrario a ello, acude directamente a la acción de tutela como mecanismo principal, hecho por el cual la presente acción constitucional se torna improcedente, pues esta por su carácter subsidiario, no puede ser instaurada en primera instancia, y es por ello, que solicitan se deniegue la presente acción constitucional.

2. La **CLINICA CHICAMOGA**, manifiesta que, el usuario tiene un diagnóstico de mesotelioma plural que requiere un manejo de radiología intervencionista, servicio que no oferta la Clínica, y por esta razón fue remitido a la Clínica Foscal para su tratamiento. Refiere que todas las pretensiones están encaminadas hacia la **EPS SANITAS** a la cual está afiliado el paciente y por tratarse de un manejo domiciliario, no le corresponde cumplirlas las IPS sino a la EPS, en este caso es responsabilidad de SANITAS.
3. La **CLINICA FOCAL** refiere que, la Fundación Oftalmológica de Santander-Foscal, es una IPS que presta sus servicios a los usuarios de diferentes entidades a través de un contrato de prestación de servicios médicos acorde con el Plan de Beneficios en Salud, previsto legalmente y que conforme con la Ley 100 de 1993 y Ley 1122 de 2007, no puede autorizar servicios; la única que puede autorizar procedimientos quirúrgicos, medicamentos, exámenes, tratamientos, citas médicas, terapias, insumos, viáticos (transporte, hospedaje y alimentación), servicios de enfermería, servicios de ambulancia, exoneración de copagos, cuotas moderadoras y en general todo lo que llegare a requerir un paciente, es la Entidad Promotora de Salud –EPS–, por regla general o quien haga sus veces, lo que para el caso concreto le correspondería a **SANITAS EPS**.



Por último, manifiesta que no han vulnerado derechos fundamentales aquí invocados, por tanto, deben ser desvinculados.

4. La **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – 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.

Aclara 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.

Por último, solicita ser desvinculada de la presente acción de tutela.

COMPETENCIA

Este Juzgado es competente para conocer de la presente Acción de Tutela, toda vez que se dan las condiciones de procedibilidad de la acción de que trata el Art. 5º del Decreto 2591 de 1991.

Agotado como se halla el trámite de la presente tutela y observando que no se vislumbra causal que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política, consagra la acción de tutela como el mecanismo de defensa y garantía de los derechos constitucionales fundamentales de todas las personas, cuando los mismos sean vulnerados como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en algunos casos excepcionales. Se trata de un mecanismo judicial de defensa, que opera cuando no existen otras vías judiciales para lograr la protección del derecho, o cuando, en presencia de ellas, la protección no sea igualmente efectiva ante el inminente acaecimiento de un perjuicio grave e irremediable.

Por tal motivo, para establecer la procedibilidad o no de la acción de tutela, corresponde al juez constitucional analizar cada caso en concreto, con miras a determinar el grado de vulneración de los derechos fundamentales del actor, y la

eficacia de los mecanismos de defensa con los que cuenta, y si es el caso, impartir la orden necesaria para que cese todo agravio.

1. PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

Se encuentra pendiente determinar si

¿La entidad accionada **SANITAS EPS**, ha vulnerado los derechos fundamentales del señor **IVAN DE JESUS LECHUGA CABARCA** al no asignarle una enfermera permanente, otorgarle visitas médicas domiciliarias y traslado del paciente cuando sea necesario, suministro de insumos tales como pañales y cremas que se requiera dada su condición física, además el suministro de cama hospitalaria, suministro de medicamentos, y se realice el reembolso lo cancelado por concepto de medicamentos, citas y exámenes que el paciente se haya realizado de manera particular, de acuerdo a los diagnósticos médicos que padece?

2. FUENTES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

Procedencia de la acción de tutela:

Respecto de la procedencia de la acción de tutela, la Corte Constitucional en sentencia T-832 de 2010 sostuvo:

“Por regla general la existencia de otro mecanismo de defensa judicial hace improcedente el amparo constitucional, salvo que exista un perjuicio irremediable. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte reiteradamente ha señalado que uno de los factores de procedencia de la acción de tutela, radica en la inexistencia o ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, situación que podrá determinarse por el juez de tutela en el caso concreto, apreciados los hechos y el material probatorio correspondiente.

El inciso 3° del artículo 86 de la Constitución somete la acción de tutela al principio de subsidiariedad, esto es, que el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa, salvo cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En desarrollo de la norma superior, en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 fueron consagradas las causales de improcedencia de la acción de tutela.

Con todo, la Corte Constitucional ha sostenido que existiendo fundamento fáctico para otorgar el amparo, la tutela puede ser procedente si el medio de defensa judicial común no es eficaz, idóneo o expedito para lograr la protección y ésta llegaría tarde, encontrándose la persona en una circunstancia de debilidad manifiesta, o en insubsanable apremio en su mínimo vital.



(...)

Por lo anterior, de presentarse la situación concreta, justifica la intervención plena del juez constitucional, precisamente porque otro mecanismo resultaría tardío y la acción de tutela es un procedimiento judicial preferente, breve y sumario de protección de derechos fundamentales, precisamente para cuando el amparo se requiera con urgencia.”

El derecho fundamental a la salud.

Hoy día el derecho fundamental a la salud, merece la especial protección constitucional, máxime cuando se trata de un derecho fundamental autónomo, como lo ha decantado la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-760/08. Al respecto, precisó:

“(...) 3.2.1.3. Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.¹ La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo (...)”.

Procedencia de la acción de tutela para solicitar el amparo del derecho fundamental a la salud:

¹ Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la sentencia T-076 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-837 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en este caso la Corte consideró que “(...) tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...)”. En este caso se tuteló el acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporrafia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante.”



El derecho a la Salud ha tenido un importante desarrollo en la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, y se ha venido protegiendo vía tutela a través de 3 mecanismos, primero debido a la conexidad que tiene con los derechos a la vida digna e integridad personal; luego, fue reconocido como derecho fundamental, para el caso de personas que por sus condiciones eran consideradas de especial protección constitucional y, recientemente, se ha considerado un derecho fundamental autónomo.²

La jurisprudencia constitucional actual advierte que considerar el derecho a la Salud fundamental por su conexidad con la vida digna, le resta valor al mismo y, trae como consecuencia, que se entienda la salud como la mera supervivencia biológica, dejando de lado el concepto de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que propende porque ésta implique condiciones físicas y psíquicas óptimas en el ser humano. Bajo esa concepción, la Honorable Corte Constitucional ha definido el derecho a la salud como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”*.³

Lo anterior significa que la jurisprudencia ha dicho que el efectivo goce del derecho fundamental a la Salud, deslindeándolo de su conexidad con la vida y de su contenido prestacional, permite que las personas ejerzan otras garantías establecidas en la Constitución y, por tanto, es de vital importancia para garantizar una vida en condiciones dignas.

Ahora bien, lo anterior cobra una importancia especial cuando se trata de pacientes con enfermedades de gran impacto, en la medida en que éstas traen como consecuencia el progresivo deterioro de las funciones físicas y mentales de quien las padece e implica que la protección del derecho a la salud de éstas debe provenir desde todas las esferas del Estado, propendiendo por brindar una atención eficaz, oportuna, ágil y en condiciones de dignidad.

En la Sentencia T-854 de 2011, la Honorable Corte Constitucional determinó que *“el derecho a la salud toma relevancia especialmente frente a grupos poblacionales que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta, entre los que están quienes padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, primordialmente por el vínculo que une a la salud con la posibilidad de llevar una vida digna. Por tales razones, la Corte ha establecido que la acción de tutela es un medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir judicialmente el respeto a ese derecho”*.⁴

² Sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

³ Sentencias T-454 de 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla); T-566 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); y T-894 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-020 de 2017 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁴ Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

El postulado anterior ha sido reiterado en la Sentencia T-196 de 2014⁵ y T-094 de 2016⁶.

Además de lo anterior, el ordenamiento jurídico nacional establece que el derecho a la salud debe prestarse de conformidad al principio de atención integral (literal c del artículo 156 de la Ley 100 de 1993) y para ello, el Estado y los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud están obligados a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación atendiendo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad⁷.

Por ello, la Honorable Corte se ha pronunciado reiteradamente sobre la integralidad en la prestación del servicio de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, diciendo que:

“la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”⁸.

La integralidad en la prestación del servicio de salud implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico sin que se tenga que acudir a diversas acciones de tutela para tal efecto, razón por la cual el juez de tutela debe ordenar el suministro y la prestación de todos los servicios médicos que sean necesarios para restablecer la salud del paciente, para evitar que se tenga que acudir a la acción de tutela cada vez que se requiera de atención médica por una misma patología⁹, lo que conlleva a que las EPS no entorpezcan la prestación de los servicios con procesos o trámites administrativos que generen limitaciones para que los pacientes reciban la asistencia necesaria para garantizar de forma plena el derecho a la salud¹⁰.

Oportunidad en la prestación del derecho fundamental a la salud:

⁵ Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶ Magistrado Ponente Dr. Alejandro Linares Cantillo

⁷ Artículo 49 de la Constitución Política de 1991.

⁸ Ver sentencia T-760 de 2008 Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹ Ver sentencia T-970 de 2008 Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, cuya posición es reiterada en la sentencia T-388 de 2012 Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰ Ver sentencia T-388 de 2012 Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Al respecto, en Sentencia T-012/11 de la Honorable Corte Constitucional, se dijo lo siguiente:

“4. Derecho a que las entidades responsables garanticen el acceso a los servicios de salud en forma oportuna. Reiteración de jurisprudencia

4.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha manifestado que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, con calidad, eficacia y oportunidad, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad. La obligación de garantizar este derecho fue radicada por el legislador nacional en cabeza de las EPS tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, pues dichas entidades son las que asumen las funciones indelegables del aseguramiento en salud (Ley 1122 de 2007, artículo 14), entre las cuales se incluyen, (i) la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, (ii) la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y (iii) la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario.

4.2. Específicamente sobre el derecho a acceder a los servicios de salud en forma oportuna, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que se vulneran los derechos a la integridad física y la salud de una persona cuando se demora la práctica de un tratamiento o examen diagnóstico ordenado por el médico tratante. Esta regla ha sido justificada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-881 de 2003, en la cual se dijo:

"Ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, que el hecho de diferir, casi al punto de negar los tratamientos recomendados por médicos adscritos a la misma entidad, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y la salud de los pacientes, quienes deben someterse a esperas indefinidas que culminan por distorsionar y diluir el objetivo mismo del tratamiento originalmente indicado. El sentido y el criterio de oportunidad en la iniciación y desarrollo de un tratamiento médico, también ha sido fijado por la jurisprudencia como requisito para garantizar por igual el derecho a la salud y la vida de los pacientes. Se reitera entonces, que las instituciones de salud no están autorizadas para evadir y mantener indefinidamente en suspenso e incertidumbre al paciente que



acredita y prueba una urgencia vital y la necesidad de un tratamiento médico como en este caso.”” (Negrita del Despacho).

El derecho fundamental a la salud bajo la Ley 1751 de 2015

Sobre el presente tema se pronunció la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-001 de 2018 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, en la cual precisó:

*“3.4. La ley estatutaria en Salud, Ley 1751 de 2015, recoge en gran medida lo establecido en la sentencia T-760 de 2008. Así, a modo de síntesis el artículo 2º reitera el carácter fundamental del derecho a la salud indicando que es autónomo e irrenunciable en lo individual y colectivo
En lo que respecta a la integralidad, el artículo 8º dice que:*

“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario (...)”¹¹.

Con fundamento en el artículo 15º de la Ley 1751 de 2015, que a continuación se transcribe:

“El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;*
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;*
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;*
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;*
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;*
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.*

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público,

¹¹ “Sentencia T-399 de 2017 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.”



colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Parágrafo 1°. El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá hasta dos años para implementar lo señalado en el presente artículo. En este lapso el Ministerio podrá desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud. (...)"¹²

Se tiene entonces que todas las prestaciones en salud están cubiertas por el nuevo Plan de Beneficios en Salud, salvo los que expresamente estén excluidos; o que no cumplan con los criterios citados en la referida norma. En cumplimiento del parágrafo 1° del citado artículo, el Ministerio de Salud y Protección Social ha expedido la Resolución 5269 de 2017, que derogó la Resolución 6408 de 2016.

3.5. De esta manera, uno de los cambios introducidos fue la eliminación del Plan Obligatorio de Salud establecido inicialmente en la Resolución 5261 de 1994 (también conocido como MAPIPOS), por el nuevo Plan de Beneficios en Salud adoptado por la Resolución 5269 de 2017 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, cuyo artículo 2° define como el conjunto de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral, que incluye actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de las enfermedades; actividades que son financiadas con los recursos provenientes del valor per cápita (Unidad de Pago por Capitación – UPC) que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud a las entidades promotoras de salud (EPS) por cada persona afiliada.

Entonces, bajo el nuevo régimen de la Ley Estatutaria en Salud, se desprende que el sistema de salud garantiza el acceso a todos

¹² “Mediante el boletín de prensa del 7 de febrero de 2017, el Ministerio de Salud y Protección Social informó sobre los avances en relación con la implementación de la Ley Estatutaria de Salud. (...)”. De esta manera, precisó que las novedades en materia de salud, a la fecha, son: (i) la eliminación de los comités técnico-científicos (CTC) y la puesta en marcha del aplicativo en línea Mi Prescripción (Mipres), mediante el cual el médico tratante elabora la prescripción y la envía a la EPS para que realice el suministro al paciente y este pueda reclamar los servicios o tecnologías así no se encuentren incluidos en el POS, sin necesidad de que la opinión del galeno esté sometida a otra instancia; (<https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Ley-Estatutaria-de-Salud-la-implementacion.aspx>).”



los medicamentos, servicios, procedimientos y tecnologías cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud, salvo los que expresamente estén excluidos, de conformidad con lo dictado en el artículo 15 de la Ley Estatutaria en Salud.

3.6. Como quiera que las coberturas del régimen subsidiado son las mismas que las del régimen contributivo, debido a la unificación del hoy llamado Plan de Beneficios en Salud a través de la expedición de diferentes Acuerdos proferidos por la extinta Comisión de Regulación en Salud-CRES entre los años 2009 a 2012¹³, hoy en día, en aras del principio de equidad, existe un único e idéntico Plan de Beneficios en Salud para el régimen contributivo y subsidiado.

3.7. Con el objetivo de facilitar el acceso de los medicamentos, servicios, procedimientos y tecnologías no cubiertas expresamente por el Plan de Beneficios, conforme a la reglamentación del artículo 5º de la citada ley estatutaria, se eliminó la figura del Comité Técnico Científico para dar paso a la plataforma tecnológica Mi Prescripción –MIPRES-, que es una herramienta diseñada para prescribir servicios y tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios, de obligatorio cumplimiento para los usuarios del sistema de salud, garantizando que las Entidades Promotoras de Servicios de Salud (EPS) e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) presten los servicios de la salud sin necesidad de aprobación por parte del Comité Técnico-Científico (CTC)¹⁴.

El servicio de cuidador y el deber de solidaridad. Reiteración de jurisprudencia: T- 458 del 2018.

La reglamentación en materia de salud señala que los costos de los procedimientos que se encuentran en el Plan de Beneficios en Salud deben ser asumidos por las entidades encargadas de su prestación (EPS). Sin embargo, existen eventos en que serán el afiliado o sus familiares los encargados de cubrir su costo, como sucede con aquellos medicamentos, tratamientos, insumos o servicios complementarios expresamente excluidos del PBS.

Actualmente, el PBS está regulado íntegramente en las Resoluciones 5267 y 5269 de 2017. La primera, establece el listado de servicios y tecnologías que se encuentran excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud,

¹³ “Se trata del Acuerdo 04 de 2009 que unifica el POS para los niños de 0 a 12 años, Acuerdo 011 de 2010 que unifica el POS para los niños y adolescentes menores de 18 años, Acuerdo 027 de 2011 que unifica el POS para los adultos de 60 y más años y Acuerdo 032 de 2012 que unifica el POS para los adultos entre 18 y 59 años.”

¹⁴ “Boletín de prensa No. 071 de 2017. Ministerio de Salud y Protección Social.”

y la segunda, los procedimientos derivados de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación de Servicios Complementarios. Por tanto, se entiende que todas las prestaciones en salud están cubiertas por el nuevo Plan de Beneficios en Salud, con excepción de los servicios que han sido excluidos taxativamente.

No obstante, la figura del cuidador no se encuentra regulada ni en el Plan de Beneficios en Salud ni en la lista de procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud según lo dispuesto en las mencionadas resoluciones, por lo que se ha inferido por la jurisprudencia constitucional que existe un vacío normativo que no permite especificar los alcances de la figura del cuidador, que ha sido entendida como un *“servicio o tecnología complementaria”*. Lo anterior, dificulta su formulación y posterior autorización por parte de las entidades encargadas de prestar los servicios en salud.

La única referencia a la figura del cuidador se encuentra en la Resolución 1885 de 2018, por medio de la cual se estableció el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios. En dicha disposición brevemente se definió la figura del cuidador como:

“aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, 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.”

Sin embargo, se hace mención al cuidador solo para efectos de individualizar los requisitos para asumir los costos por parte de las entidades encargadas de los servicios en salud derivados de un fallo de tutela, en el cual se haya autorizado ese servicio sin importar el régimen al que el paciente se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del citado documento.

Hechas las anteriores precisiones, resulta necesario remitirse a la jurisprudencia constitucional para determinar cómo y cuándo una persona ostenta la calidad de cuidador, y en qué casos es viable conceder el reconocimiento de esta figura en sede de tutela. Al respecto, la Corte en la Sentencia T-154 de 2014 indicó sus principales características en los siguientes términos:

“(i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición



de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.”

Sobre el particular también señaló que: *“el servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación calificada que atienda directamente al restablecimiento de la salud, motivo por el cual, en principio, no tendría que ser asumida por el sistema de salud, y segundo, en concordancia con lo anterior, dicho servicio responde simplemente al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho y que impone al poder público y a los particulares determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos”.*

Acto seguido, en la Sentencia T-096 de 2016, la Corte determinó que las funciones propias del cuidador *“no están en rigor estrictamente vinculadas a un servicio de salud, sino que le hacen más llevadera la existencia a las personas dependientes en sus necesidades básicas y, además de la ayuda y colaboración que les prestan, les sirven también en algún sentido como soporte emocional y apoyo en la difícil situación en que se encuentran”.*

Quiere decir lo anterior que la tarea encargada a los cuidadores, por su misma informalidad, puede ser cumplida por cualquier miembro del entorno cercano del paciente, dado que su principal objetivo es el de facilitar la existencia de quienes por sus condiciones médicas hayan visto disminuida su autonomía física y emocional sin importar si tienen o no conceptos favorables de recuperación.

Llegado a este punto, es debido destacar que tanto la ley como la jurisprudencia, en principio, han entregado la responsabilidad de asistencia y cuidado de los pacientes que así lo requieran a los parientes o familiares que viven con ellos en virtud del principio constitucional de solidaridad, el cual se torna un tanto más riguroso cuando de sujetos de especial protección y en circunstancias de debilidad manifiesta se trata. En este sentido, la Sentencia T-220 de 2016 reiteró que:

“Dentro de la familia, entendida como núcleo esencial de la sociedad, se imponen una serie de deberes especiales de protección y socorro recíproco, que no existen respecto de los restantes sujetos que forman parte de la comunidad. En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir más allá de las desavenencias personales”.

En consecuencia, el deber de cuidado y asistencia de los pacientes que con ocasión de sus patologías vean restringido su trasegar físico y emocional radica en el entorno cercano del enfermo, siempre y cuando sus miembros estén en capacidad física y económica para garantizar la asistencia. Lo anterior derivado de la Sentencia T-096 de 2016 la cual recalcó que:



“el principio de solidaridad impone a cada miembro de nuestra sociedad, el deber de ayudar a sus parientes cuando se trata del disfrute de sus derechos a la salud y a una vida digna, deber que tiene mayor grado de compromiso cuando se trata de las personas de la tercera edad, quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, debido a las aflicciones propias de su edad o por las enfermedades que los aquejan y, por ello, no están en capacidad de procurarse su auto cuidado y requieren de alguien más, lo cual en principio es una competencia familiar, a falta de ella, el deber se radica en la sociedad y en el Estado, que deben concurrir a su protección y ayuda.”

De ahí que la sentencia T-336 de 2018 haya acogido los presupuestos en los que el deber de asistencia y cuidado de los pacientes permanece en cabeza de los familiares del afectado, esto es:

“(i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que sí debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.”

Ahora, si bien la Corte ha avalado la estricta relación de la figura del cuidador con el deber de solidaridad inherente al núcleo familiar de quien requiere la atención y el cuidado, también ha admitido eventualidades en las cuales dicha ayuda no puede ser asumida por los parientes. Al respecto la Sentencia T-065 de 2018 señaló que:

“Es así como se ha reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que (i) existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado

Se subraya que para efectos de consolidar la ‘imposibilidad material’ referida debe entenderse que el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio: (i) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe



suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.”

Por tanto, en el evento en el que los miembros del núcleo familiar del paciente no puedan brindar la atención y el cuidado que este requiera, ya sea por sus condiciones médicas o económicas, será el Estado el que deba asumir esta labor para de esta manera garantizar la protección de los derechos fundamentales de los enfermos.

En esa medida, la Corte concluye que existen dos niveles de solidaridad para con los enfermos: (i) el deber que tienen los parientes del afectado de brindar ayuda física y emocional, siempre y cuando estén en condiciones de brindar la atención y cuidado; y (ii) el reflejado en la intervención del Estado como encargado de la dirección, coordinación y control de la seguridad social y en virtud del principio constitucional de la solidaridad, en el evento en el cual dicha función no pueda ser asumida por el entorno cercano al paciente.

Sobre estas consideraciones se atenderá el caso que ocupa la atención del Despacho.

3. CASO CONCRETO

Dentro de la presente acción constitucional se atiende la situación del señor **IVÁN DE JESÚS LECHUGA CABARCA**, quien impetró acción de tutela contra **SANITAS EPS** con el fin que le sea asignada enfermera permanente, visitas médicas domiciliarias, traslado del paciente cuando sea necesario, suministro de insumos tales como pañales y cremas que se requieran dada su condición física, suministro de cama hospitalaria, suministro de medicamentos, y se realice el reembolso de los medicamentos, citas y exámenes que el paciente haya realizado y cancelado de manera particular, atendiendo sus diagnósticos de “*TUMOR MALIGNO DE LA PLEURA – MESOTELIOMA COM METASTASIS A PULMON Y HUESO – METASTATIS OSEAS A NIVEL DE COLUMNA LUMBAR*”, como se puede observar en las copias allegadas con el escrito tutelar.

De todo lo dicho, se extracta que el tutelante evidentemente presenta quebrantos de salud debido a sus patologías diagnosticadas que dan cuenta los anexos allegados con el escrito tutelar, los cuales han venido siendo tratados por la EPS, sin embargo de acuerdo a la respuesta emitida por la EPS, se observa que en el numeral 6° de los fundamentos de hecho, se hace referencia a una programación a través de la **IPS UNIDAD DE ATENCIÓN PRIMARIA BUCARAMANGA**, para la valoración médica domiciliar la cual se llevaría a cabo el 11 de febrero de 2022- valoración integral, donde se determinarían los servicios pertinentes que requiriera el señor **LECHUGA CABARCA**, aspecto que se requirió fuera allegado para conocer los resultados de dicha visita, sin que se aportara el reporte solicitado por parte de la EPS.



Conforme lo expresado y evidenciándose el estado de salud del tutelante, y pese a no existir órdenes médicas puntuales acerca de lo perseguido por éste en el acápite de pretensiones, se procedió a realizar llamada telefónica para constatar las resultas de la visita domiciliar realizada por el profesional de la salud, y tener conocimiento de qué prescripción médica se obtuvo una vez revisado el paciente, qué recomendaciones se hicieron, cuáles fueron las órdenes médicas que se dieron, la historia clínica del paciente que quedó de dicha valoración, llamada que fue atendida directamente por el actor quien informó que, en efecto, el galeno había ido a su casa para revisar su estado de salud, que no dejó ninguna fórmula médica, ninguna prescripción al respecto, solo se limitó a revisarlo, informarle que cualquier cosa, ellos estarían pendientes del fallo que se emitiera en la tutela y de ser el caso, darían el cumplimiento respectivo, pero no formuló ningún medicamento al respecto, hecho que fue corroborado por la cuñada del accionante, quien en el momento de la comunicación se encontraba con el accionante y en la misma conversación afirmó que el médico asignado por la EPS en la visita domiciliar no había dado ninguna fórmula médica, ni había prescrito ningún medicamento, solo les había informado que debían estar atentos al fallo de esta acción.

Por lo anterior, y evidenciado que el accionante señor **IVAN DE JESUS LECHUGA CABARCA** se encuentra en un estado de vulnerabilidad debido a su estado de salud, y conforme que se debe tener claridad de acuerdo a su diagnóstico qué elementos o qué procedimientos se deben seguir, o mejor aún, cuál fue el resultado de la valoración médica domiciliar llevada a cabo el día 11 de febrero de 2021 en su residencia, se considera pertinente ordenar a **SÁNITAS EPS** que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente decisión, si aún no lo ha hecho, proceda a realizar una nueva valoración por un grupo interdisciplinario de profesionales que determinen, de acuerdo a las patologías que lo aquejan, la necesidad del servicio de **enfermería domiciliar** solicitado a través de la presente acción de tutela, o cuidador domiciliar y si es necesaria la cama hospitalaria requerida. Y en tal caso, adelantar todas las gestiones pertinentes para su oportuno suministro.

Frente a los insumos que pretende el accionante, ha de indicarse que no existe orden médica que determine la necesidad de entrega de pañales, cremas, medicamentos -en general- o cama hospitalaria, toda vez que dicha petición es elevada de manera futura, por tanto, no es dable para esta juzgadora emitir orden en tal sentido.

En lo que al reembolso que pide el tutelante, considera el Despacho que tampoco le asiste mérito para esa reclamación, ya que fue por su propia voluntad que decidió realizarse los exámenes y sufragar los gatos que estos requerían, sumado a que si se observa la respuesta otorgada por la **EPS**, el actor cuenta con un ingreso base de cotización de \$1.846.390. Y la respuesta allegada por el mismo tutelante indica que cuenta con un salario básico de un millón de pesos (\$1.000.000=), que tiene dos hijos, uno menor de edad (17 años) y deposita una cuota mensual para manutención de \$150.000, pero no acreditó documentalmente que estuviera en una situación



económica crítica que le impidiera sufragar gastos por cualquier concepto si esa era su voluntad.

No debe perderse de vista que, las pretensiones formuladas por el actor no contaban con una orden médica precisa emitida por el galeno tratante perteneciente a la red de prestadores de servicios de la EPS accionada, y si bien su patología es considerada catastrófica o ruinosa, lo cual implica que la EPS tiene el deber de brindarle todos los medicamentos, insumos y tratamientos necesarios para su atención oportuna, en este caso, no se observa que haya una solicitud específica que haya sido negada por la accionada, vulnerando los derechos fundamentales del actor, no obstante lo cual, en aras de salvaguardar su salud y vida en condiciones dignas se dispondrá que, de acuerdo con lo que haya determinado el médico tratante, se le brinden todos los servicios que éste requiere.

Finalmente, se le advierte a **SANITAS EPS** que el incumplimiento a las órdenes impartidas por este Despacho, dará lugar a la iniciación del incidente de desacato con las consecuencias previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTE CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA**, administrando justicia en nombre de la República y por mandato constitucional,

FALLA:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas del señor **IVAN DE JESUS LECHUGA CABARCA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.497.915 respecto de **SÁNITAS EPS**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **SÁNITAS EPS** que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, proceda a realizar una nueva valoración al señor **IVAN DE JESUS LECHUGA CABARCA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.497.915, por un grupo interdisciplinario de profesionales que determinen, de acuerdo a las patologías que lo aquejan y su situación familiar y económica, la necesidad del servicio de **enfermería domiciliaria** solicitado a través de la presente acción de tutela, o cuidador domiciliario y si es necesaria la cama hospitalaria requerida. Y en tal caso, adelantar todas las gestiones pertinentes para su oportuno suministro.

TERCERO: NEGAR la acción de tutela respecto a la entrega de suministros tales como medicamentos -generalizado-, entrega de más pañales y cremas, y reembolso de los medicamentos y demás servicios adquiridos por el actor, según lo dicho en la parte motiva.



- CUARTO:** **INSTAR** a **SÁNITAS EPS**, para que continúe prestando de manera efectiva y sin dilaciones los servicios de salud que vaya requiriendo el accionante **IVAN DE JESUS LECHUGA CABARCA**, ello en razón a las patologías diagnosticadas por los galenos tratantes, de acuerdo con lo indicado en la parte motiva de ese fallo.
- QUINTO:** La presente decisión podrá ser impugnada, dentro de los tres días siguientes a su notificación en los términos del artículo 31 del decreto 2591 de 1991. Si esta providencia no fuere impugnada en tiempo oportuno, envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
- SEXTO:** En los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 notifíquese esta providencia en forma telegráfica o por cualquier medio expedito a la accionante, como a la accionada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CYG//

Firmado Por:

Nathalia Rodriguez Duarte
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Civil 020
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:

4fc7b086caaed27091190f5023f8f420b5418eb4b23ad247aa9238b34faf45a2

Documento generado en 22/02/2022 03:23:28 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>