



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

SENTENCIA DE TUTELA

Bucaramanga, primero (01) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Procede el despacho a proferir sentencia dentro del presente asunto, a términos del artículo 22 del Decreto 2591 de 1991, previo los siguientes,

I. ANTECEDENTES

La DEFENSORIA DEL PUEBLO REGIONAL SANTANDER, en calidad de agente oficioso de JUAN BAUTISTA REY RUEDA formuló acción de tutela, por considerar que la EPS accionada ha vulnerado los derechos fundamentales del pre nombrado agenciado, con base en los siguientes hechos:

- Refiere que el señor JUAN BAUTISTA REY RUEDA, tiene 86 años de edad; es una persona en grave estado de vulnerabilidad, por su edad, por pobreza, así por sus padecimientos descritos en su historia clínica tales como: **ENFERMEDAD DEMENCIA EN ALZHEIMER, FRACTURA INTERTROCANTERIRA DEMORAL, FRACTURA DE MATAFISIS Y EPISIS DISTAL DE RADIO, HIPERTENCIONES ARTERIAL, DEPENDENCIA FUNCIONAL SEVERA O TOTAL CON INDICE DE BARTHEL 20/100, CON INCONTINENCIA MIXTA.**
- Indica que el servicio de salud se lo brinda **NUEVA EPS**, en calidad de beneficiario de su hija; de igual forma, de acuerdo a su estado de salud descrito en párrafo precedente, el médico tratante Dr. Carlos Felipe Carrascal Jaimes ordenó:

CUIDADOR 12 HORAS DIURNO por 6 meses, para el desarrollo de actividades básicas AYUDAR AL PACIENTE A BAÑARSE, LAVARSE Y VESTIRSE, DAR COMIDAS DE CUERDO A RECOMENDACIÓN MÉDICA, AYUDAR AL PACIENTE A QUE SE MUEVA O SE LEVANTE DEL LECHO, CAMBIAR LA ROPA DE CAMA, ADMINISTRAR LOS MEDICAMENTOS ORALES RECETADOS O VELAR PARA QUE LOS TOMEN O LOS APLIQUEN OPORTUNAMENTE, VIGILAR CUALQUIER SEÑAL O INDICIO DE DETERIORO DE LA SALUD DEL PACIENTE E INFORMAR AL MÉDICO O EL SERVICIO PERTINENTE.

- Igualmente, refiere que la trabajadora social Dra. Laura Lucia Capote Camayo, en historia clínica indico:

PACIENTE MASCULINO ADULTO MAYOR DE 86 AÑOS DE EDAD, CON DEPENDENCIA FUNCIONAL TOTAL, CON ÍNDICE DE BARTHEL 0/100, QUIEN POR SUS PATOLOGÍAS DE BASE EFECTIVAMENTE REQUIERE DE ACOMPAÑAMIENTO PARA SU CUIDADO PERSONAL DIARIO, TENIENDO EN CUENTA QUE EL SISTEMA FAMILIAR DEL PACIENTE ES ESCASO, POR LO CUAL SI ES PERTINENTE LA SOLICITUD DEL SERVICIO.

- Sostiene la parte accionante, que la valoración realizada al paciente por parte de trabajo social, indica igualmente que la red de apoyo familiar es precaria, ya que no dispone los medios económicos para garantizar un cuidador particular, que el cuidado del adulto mayor, esta procurado precariamente por otra adulta mayor, que también necesita ayuda, y los ingresos o sostenimiento depende de una hija cuyo ingreso es 1 salario mínimo, por lo cual, no resulta suficiente para garantizar el servicio de cuidador particular.
- Afirma que a pesar de disponer de orden de cuidador 12 horas, por el médico tratante, como la orden de cuidador 12 horas por valoración de trabajo social, la NUEVA EPS, se abstiene de otorgar el referido servicio, colocando en grave riesgo, la salud y la vida en condiciones dignas del accionante JUAN BAUTISTA REY RUEDA.

II. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Aduce la parte actora que la EPS accionada, se encuentra vulnerando los derechos fundamentales del agenciado a la salud, a la vida y la dignidad humana, por lo que solicita, que se le ordene a la NUEVA EPS, autorizar y suministrar CUIDADOR 12 HORAS DIURNO por 6 meses, para el desarrollo de actividades básicas AYUDAR AL PACIENTE A BAÑARSE, LAVARSE Y VESTIRSE, DAR COMIDAS DE CUERDO A RECOMENDACIÓN MÉDICA, AYUDAR AL PACIENTE A QUE SE MUEVA O SE LEVANTE DEL LECHO, CAMBIAR LA ROPA DE CAMA, ADMINISTRAR LOS MEDICAMENTOS ORALES RECETADOS O VELAR PARA QUE LOS TOMEN O LOS APLIQUEN OPORTUNAMENTE, VIGILAR CUALQUIER SEÑAL O INDICIO DE DETERIORO DE LA SALUD DEL PACIENTE E INFORMAR AL MÉDICO O EL SERVICIO PERTINENTE., que le fueron prescritos por el galeno tratante el pasado 02 de Noviembre de 2022.

III. ACTUACION PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida en providencia del 16 de Febrero del año en curso, en la cual se dispuso notificar a la NUEVA EPS, con el objeto que se pronunciara acerca de cada uno de los hechos referidos en el escrito constitucional, de igual forma se ordenó vincular de oficio a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

IV. CONTESTACION A LA TUTELA

- **NUEVA EPS**

Señala que el señor JUAN BAUTISTA REY RUEDA se encuentra afiliado a esa entidad en el régimen contributivo y su estado de afiliación es activo, además que le ha brindado todos los servicios de salud que éste ha requerido conforme a sus competencias y a las prescripciones médicas dentro de la red de servicios contratada.

En cuanto al Servicio de Cuidador 12 horas, advierte que no se observa órdenes emitidas por el médico tratante radicado vía MIPRES en las cuales se solicite la prestación del servicio que la parte accionante reclama. Este servicio NO ESTA INCLUIDO EN EL PLAN BASICO DE SALUD y debe ser radicado a través de la plataforma MIPRES, su suministro se otorga según su pertinencia previo a una valoración por los profesionales de trabajo social, quienes son los encargados de determinar las condiciones socioeconómicas del afiliado. Dice que respecto de los insumos NO PBS es el médico tratante quien debe solicitar autorización al MINISTERIO DE SALUD por la página del MIPRES.

Culmina diciendo que no se advierte en este caso ninguna actuación u omisión de la NUEVA EPS, de la que pueda derivarse la presunta vulneración que invoca la accionante, por lo que pide que se deniegue por improcedente el amparo constitucional contra esa entidad respecto del servicio de cuidador 12 horas por tratarse de un servicio NO PBS, y como pretensión subsidiaria solicita que en caso de tutelar los derechos invocados, se le ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en los que incurra para el cumplimiento del fallo y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura del tipo de servicios que requiere la agenciada.

- **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**

Señala que, de acuerdo con la normativa vigente, la prestación de los servicios en salud es función de la EPS y no del ADRES pues ellos se encargan de cancelar el costo de aquellos servicios que estén por fuera del PBS, situación que acarrea una falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que por parte

de dicha entidad no existe vulneración a los derechos fundamentales del agenciado.

Puntualiza además que las EPS'S tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de prestar la atención de los usuarios, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, que están garantizados a las EPS.

También advierte que cualquier pretensión relacionada con el “reembolso” de valores de los gastos en que incurra la EPS constituye una solicitud antijurídica, toda vez que la normatividad vigente acabo con dicha facultad y revivirla vía tutela, generaría un doble desembolso a las EPS por el mismo concepto, ocasionando un desfinanciamiento al sistema de salud y un fraude a la Ley, solicitando que se niegue el amparo tutelar frente a dicha entidad y se la desvincule de la acción constitucional. Igualmente, pide negar cualquier solicitud de recobro que efectúe la EPS y 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 cargas que se le impongan a las entidades a las que se les compruebe la vulneración de derechos fundamentales.

V. CONSIDERACIONES

1. De la competencia

Es competente este despacho judicial, para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia con fundamento en el Artículo 86 de la C. P., en armonía con las normas contenidas en el Decreto 2591 de 1991.

2. De la legitimación y procedencia de la acción de tutela

2.1. Legitimación por activa

Determina el Artículo 86 de la Constitución Política que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona a fin de reclamar la protección de sus derechos fundamentales, o de quien no pueda ejercer su propia defensa. En esta ocasión la DEFENSORIA DEL PUEBLO actuando como agente oficioso de JUAN BAUTISTA REY RUEDA, solicita se amparen las prerrogativas constitucionales de éste último a la salud, la vida y la dignidad humana, por tanto, se encuentra legitimada.

2.2. Legitimación por pasiva

NUEVA EPS, es una entidad particular, que presta el servicio público de salud, por lo tanto, de conformidad con el Numeral 2° del Artículo 42 del Decreto 2591 se encuentra legitimada como parte pasiva, aunado que es la entidad a la que se le imputa la responsabilidad en la presunta vulneración de derechos fundamentales que invoca la accionante y además a la cual se encuentra afiliado el señor JUAN BAUTISTA REY RUEDA.

3. Problema Jurídico

¿Determinar si se vulneran los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas por parte de la EPS accionada, frente al señor JUAN BAUTISTA REY RUEDA, al no habersele autorizado, ni otorgado cuidador 12 horas que le fueron ordenados por su médico tratante el 02 de noviembre de 2022?

4. Marco Jurisprudencial

4.1. De la acción de tutela

El Artículo 86 de la Carta Política de Colombia, prevé que toda persona tendrá derecho a presentar acción de tutela, con el fin de reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o por quien preste servicios públicos.

En términos del Artículo 86 constitucional, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares¹, vulnera o amenaza tales derechos constitucionales².

Este mecanismo privilegiado de protección, es, sin embargo, residual y subsidiario.³, en concordancia con el artículo 6to. del Decreto 2591 de 1991, sólo procede la acción de tutela cuando (I) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la acción de tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados, o (II) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados,⁴ o (III) cuando existiendo el medio idóneo alternativo de defensa judicial, la acción de tutela procede como

¹ En los términos que señala el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

² Corte Constitucional. SU-1070 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³ Ver entre otras las sentencias T-827 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-648 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1089 de 2005.M.P. Álvaro Tafur Gálvis; T-691 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-015 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ Lo que permite que la acción de tutela entre a proteger de manera directa los derechos presuntamente vulnerados.

mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁵ a los derechos fundamentales.

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

El derecho a la Salud ha tenido un importante desarrollo en la jurisprudencia de la 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.⁶

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 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”*.⁷

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.

⁵ Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-1070 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; SU-544 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-1670 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, y la T-225 de 1993 en la cual se sentaron la primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y la sentencia T-827 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁶ Sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

⁷ 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).

En la sentencia T-854 de 2011, la 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”*⁸.

El postulado anterior ha sido reiterado en la sentencia T-196 de 2014⁹.

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 solidaridad¹⁰.

4.3. Derecho a la Salud de sujetos de especial protección constitucional.

El derecho fundamental a la salud ha sido definido por la Corte Constitucional 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.”

Esta concepción vincula el derecho a la salud con el principio de la dignidad humana, toda vez que *“responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales.”*

La garantía del derecho fundamental a la salud está dirigida a mantener la integridad personal y una vida en condiciones dignas y justas. En consecuencia existen circunstancias que necesariamente ameritan el suministro de insumos, medicamentos e intervenciones, que a pesar de no estar contemplados en el Plan de Beneficios necesitan ser prestados por las EPS, pues de lo contrario, se vulneraría el derecho fundamental a la salud. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho:

“(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar

⁸ Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

⁹ Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁰ Artículo 49 de la Constitución Política de 1991.

el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema.”

En relación con el derecho a la salud de las personas que hacen parte del grupo de los sujetos de especial protección constitucional, debe tenerse presente que a partir de normas constitucionales como los artículos 13, 44, 46 y 47, se impone mayor celo en el cumplimiento de los deberes de protección y garantía por parte de las autoridades y de los particulares en la atención de las enfermedades o alteraciones de salud que padezcan. Dentro de tales destinatarios se encuentran los niños, niñas, adolescentes, las personas de la tercera edad, los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y las que se encuentran en extrema pobreza.

4.4 Reglas para inaplicar las normas del POS. Reiteración de jurisprudencia.

Al respecto, es menester precisar que el máximo Tribunal Constitucional ha inaplicado la normatividad que excluye los servicios para impedir de ese modo que un precepto legal o una decisión administrativa dificulten el goce efectivo de garantías constitucionales como la vida, la integridad y la salud, es así como en relación con las reglas para inaplicar las normas del POS, la Corte Constitucional en Sentencia T-610 de 2013, reitero lo siguiente:

“(…) 5.1. En muchas oportunidades, esta corporación ha resaltado que la reglamentación y aplicación del Plan Obligatorio de Salud no puede desconocer derechos constitucionales fundamentales, lo cual ocurre cuando una EPS, con el argumento exegético de la exclusión en el POS, interpreta de manera restrictiva la reglamentación y evade la práctica de servicios, procedimientos, intervenciones o el suministro de medicinas o elementos, necesarios para preservar la vida de calidad de los pacientes y su dignidad.

5.2. A partir del fallo T-760 de 2008, precitado, se definieron subreglas precisas, que el Juez de tutela debe observar cuando frente a medicamentos, elementos, procedimientos, intervenciones y servicios del POS, pero indispensables en la preservación o recuperación de la salud, deba aplicar directamente la Constitución y ordenar su suministro o realización.

En la mencionada sentencia se puntualiza, sin embargo, que “el hecho de que excepcionalmente en un caso concreto una persona requiera un servicio de salud no incluido en el POS, y se le garantice el acceso al mismo, no tiene como efecto modificar el POS e incluir tal servicio. El servicio no incluido al que se haya garantizado el acceso en un caso concreto, permanece como un servicio no incluido dentro del Plan y sólo podrá ser autorizado, excepcionalmente, por las condiciones específicas en que se encuentra el paciente, sin perjuicio de que la experiencia y los estudios lleven a que el órgano regulador decida incluir dicho servicio en el plan de beneficios”.

Así, en dicho fallo se indicó que la acción de tutela es procedente para lograr una orden de amparo en este ámbito, cuando concurren las siguientes condiciones:

“1. La falta del servicio, intervención, procedimiento o medicina, vulnera o pone en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere,

sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava el estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas.

2. El servicio, intervención, procedimiento o medicina no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido con el mismo nivel de calidad y efectividad.

3. El servicio, intervención, procedimiento o medicina ha sido dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la que esté vinculado el paciente.

4. La falta de capacidad económica del peticionario para costear el servicio requerido.”

5.3. Ahora bien, debido a diversas situaciones, especialmente frente a la necesidad de cumplimiento adecuado de la Constitución y protección integral del derecho a la salud de los habitantes del territorio nacional, dichas subreglas han recibido algunas precisiones, a fin de acompararlas aún más al espíritu de salvaguarda constitucional.

*5.4. En tal sentido, en relación con la **primera subregla** atinente al riesgo a la vida e integridad personal por la no prestación de un servicios de salud, la Corte precisó que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no solo para sobrevivir sino para desempeñarse adecuadamente, de modo que las afecciones que pongan en peligro su **dignidad** deben ser superadas o paliadas; por ello, el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación y conseguir alivio a sus dolencias, para procurar el “respeto de la dignidad”.*

En varias oportunidades esta Corte ha reiterado que el derecho a la vida implica también la salvaguardia de unas condiciones tolerables, que permitan subsistir con dignidad y, por tanto, para su protección no se requiere estar enfrentado a una situación inminente de muerte.

Esta corporación se ha ocupado de múltiples solicitudes de amparo frente a alegaciones de vulneración de los derechos a la seguridad social, la salud y la vida en condiciones dignas, cuando las empresas que prestan el servicio respectivo se niegan a autorizar un procedimiento, intervención o medicamento científicamente indicado para superar, o al menos paliar, una afección.

*Recuérdese, por ejemplo, que mediante sentencia T-949 de octubre 7 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, se concedió amparo a una mujer que requería un medicamento, negado por la EPS y por el Juzgado de instancia, sobre la base de que su falta no le estaba amenazando derechos fundamentales **al punto de poner en peligro su vida**, siendo claro que lo anhelado no es la mera garantía de pervivencia en cualquier condición, sino con dignidad y los menores padecimientos posibles.*

*5.5. En torno a la **segunda subregla**, atinente a que los medicamentos no tengan sustitutos en el POS, esta Corte ha afianzado dicha condición, siempre y cuando se demuestre la efectividad y calidad de los medicamentos y procedimientos incluidos, frente a los que no lo están.*

En sentencia T-873 de octubre 19 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño, se resolvió un caso en el cual la accionante pedía a la EPS que le suministrara un medicamento no POS, que tenía un sustituto, incluso con mayor efectividad y menor riesgo de efectos secundarios en la paciente, según lo indicado por el médico tratante, enfatizándose entonces que la EPS no está obligada a entregar la medicina no POS, a fin de otorgarle al paciente su personal prevalencia, menos aún cuando científicamente se constata que en el POS hay opción para afrontar la enfermedad con un medicamento de calidad y efectividad.

5.6. Frente a la **tercera subregla** que, según la sentencia T-760 de 2008 exige la orden del médico tratante adscrito a la EPS para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta corporación ha efectuado diversas precisiones.

En primer lugar, ha enfatizado en que esa subregla debe respetarse *prima facie*, debido a que es el profesional médico quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar sobre la necesidad o no de elementos, procedimientos o medicamentos solicitados, condiciones de las cuales, por su formación, carece el juez.

Empero, esta corporación también ha señalado que cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, no puede la EPS quitarle validez y negar el servicio, basada en el argumento de la no adscripción, pues solo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, **los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también tienen validez, a fin de propiciar la protección constitucional.**

Frente lo anterior, en segundo lugar, cuando los conceptos de médicos, adscritos o no, son sometidos a escrutinio del Comité Técnico Científico, no se puede desestimar la prescripción basándose en argumentos de carácter procedimental, financiero o administrativo, ya que, según esta Corte, “el CTC solamente puede negar la autorización de un servicio NO-POS, cuando se sustenta en una opinión médica sólida que fundamente la posición contraria a la del médico tratante. Al no ser de esta forma, prevalecerá el criterio de éste, quien es profesional en la materia y tiene contacto directo y cercano con la realidad clínica del paciente”. En conclusión, **cuando existe discrepancia entre los conceptos del médico tratante y el CTC, debe prevalecer, prima facie, el del primero**, debido a que es él, quien además de tener las calidades profesionales y científicas, conoce mejor la condición de salud del paciente^[24].

Ahora bien, como tercer punto atinente a la subregla en cuestión, ha de manifestarse que esta Corte, **de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante**, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso, bien sea la historia médica o alguna recomendación médica, la plena necesidad de lo requerido por el accionante.

Así, en sentencia T-202 de febrero 28 de 2008, con ponencia de quien ahora cumple igual función, se estudió el caso de una señora de 85 años que estaba en “postración total”, padeciendo “Alzheimer... con apraxia para la marcha” y pérdida de control de esfínteres, negándosele los suministros de pañales desechables por no estar incluidos en el POS, ni haber sido formulados por un médico adscrito, no obstante lo cual se ordenó a la EPS proveer “los paquetes mensuales de pañales desechables que requiere la paciente”.

Se estimó que la negativa a entregar esos elementos comprometía “aún más la dignidad de su existencia, pues a la inhabilidad para controlar esfínteres y su avanzada edad, se suma la imposibilidad de desplazarse y que la piel se le ha estado ‘quemando’ o ‘pelando’, sin que la EPS demandada haya acreditado situación económica adecuada de alguno de los comprometidos a solventar la subsistencia de la señora para costear los implementos reclamados”, hallándose sin fundamento “la suposición contenida en el fallo de instancia de que los hijos de la enferma, quien carece de pensión o renta alguna, ‘podrían eventualmente, sufragar los gastos para el suministro de estos pañales’”.

Así mismo, la Corte en fallo T-899 de octubre 24 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, tuteló los derechos a la salud y a la vida digna de quien sufría incontinencia urinaria como causa de una cirugía realizada por el ISS, y que a pesar de lo anterior, no se le había formulado médicamente pañales, en el fallo se ordenó la entrega de los referidos elementos, pese a que no aparecía formulación por un médico, pero resultando obvia la necesidad de esos implementos para preservar la dignidad humana y la carencia de recursos para pagarlos.

5.7. Finalmente, en torno a la **cuarta subregla**, referente a la capacidad económica de los accionantes, esta Corte ha insistido que debido a los ya referidos principios de solidaridad y universalidad que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías, solo puede asumir aquellas cargas que por real incapacidad no puedan asumir los asociados.

Así, en la ya referida sentencia T-760 de 2008, se sostiene que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud, pero “cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad”.

Por otra parte, en cuanto a la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos o elementos, esta corporación ha indicado en reiteradas oportunidades que no es una cuestión “cuantitativa” sino “cualitativa”, toda vez que depende de las condiciones socioeconómicas específicas en las que el interesado se encuentre y de las obligaciones que sobre él pesen. Al respecto en la citada sentencia T-760 de 2008, se señaló (no está en negrilla en el texto original):

*“El derecho al mínimo vital ‘no sólo comprende un elemento cuantitativo de simple subsistencia, sino también un componente cualitativo relacionado con el respeto a la dignidad humana. Su valoración, pues, no será abstracta y dependerá de las condiciones concretas del accionante.¹²²¹ Teniendo en cuenta que el mínimo vital es de carácter cualitativo, no cuantitativo, se ha tutelado el derecho a la salud de personas con un ingreso anual y un patrimonio no insignificante, siempre y cuando el costo del servicio de salud requerido **afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona.**”*

Así, por ejemplo, se indicó también en la sentencia T-017 de enero 25 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva (no está en negrilla en el texto original): “La idea de que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son limitados y normalmente escasos ha llevado a un consenso sobre **la relevancia de reservarlos a asuntos prioritarios. En el ámbito de la acción de tutela, esto significa que deben ser invertidos en la financiación de prestaciones que no pueden ser asumidas directamente por sus destinatarios.** La falta de capacidad para sufragar los medicamentos, tratamientos, procedimientos o elementos que son ordenados por el médico tratante pero no están incluidos en el plan de beneficios de salud del paciente es, en efecto, y de conformidad con lo reseñado en el acápite anterior, uno de los requisitos que deben acreditarse en orden a obtener su autorización por esta vía excepcional. **Tal exigencia ha sido asociada a la prevalencia del interés general y, sobre todo, al principio de solidaridad, que les impone a los particulares el deber de vincular su propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo.** Así, la jurisprudencia constitucional ha entendido que **quienes cuentan con capacidad de pago deben contribuir al equilibrio del sistema**, sufragando los medicamentos y servicios médicos NO POS que requieran, en lugar de trasladarle dicha carga al Estado, que se vería limitado para hacer realidad su propósito de ampliar progresivamente la cobertura del servicio de salud..(..)”.

5. Del Caso en concreto

En el caso bajo estudio, ha de decirse que de los hechos expuestos en la presente acción constitucional y de los anexos de la demanda presentada por la parte

accionante, se observa que el señor JUAN BAUTISTA REY RUEDA tiene 86 años de edad cumplidos, y que se encuentra afiliado a la NUEVA EPS en el régimen contributivo categoría A.

También se sabe según se desprende de la historia clínica que reposa en el expediente, que éste presenta **ENFERMEDAD DEMENCIA EN ALZHEIMER, FRACTURA INTERTROCANTERIRA DEMORAL, FRACTURA DE MATAFISIS Y EPISIS DISTAL DE RADIO, HIPERTENSION ARTERIAL, DEPENDENCIA FUNCIONAL SEVERA O TOTAL CON INDICE DE BARTHEL 20/100, CON INCONTINENCIA MIXTA**, por lo que en consulta presencial el 02 de Noviembre de 2022, el galeno tratante le ordenó “CUIDADOR 12 HORAS DIURNO por 6 meses, para el desarrollo de actividades básicas AYUDAR AL PACIENTE A BAÑARSE, LAVARSE Y VESTIRSE, DAR COMIDAS DE CUERDO A RECOMENDACIÓN MÉDICA, AYUDAR AL PACIENTE A QUE SE MUEVA O SE LEVANTE DEL LECHO, CAMBIAR LA ROPA DE CAMA, ADMINISTRAR LOS MEDICAMENTOS ORALES RECETADOS O VELAR PARA QUE LOS TOMEN O LOS APLIQUEN OPORTUNAMENTE, VIGILAR CUALQUIER SEÑAL O INDICIO DE DETERIORO DE LA SALUD DEL PACIENTE E INFORMAR AL MÉDICO O EL SERVICIO PERTINENTE, el cual no ha sido autorizado y menos otorgado por la EPS accionada, fundando su negación en que dicho servicio se encuentra excluido del PBS.

Cabe resaltar que, en una primera oportunidad la EPS accionada precisó haber brindado a la paciente todos los servicios de salud que ha requerido conforme a sus competencias y, conforme a las prescripciones médicas dentro de la red de servicios contratada.

Bajo tal contexto, este Despacho ha de establecer si la parte actora cumple con las subreglas señaladas por la Corte Constitucional, es decir, se analizará: I). Sí la falta del servicio, intervención, procedimiento o medicina, vulnera o pone en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal del señor JUAN BAUTISTA REY RUEDA o deteriora o agrava su estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas. II). Sí el servicio, intervención, procedimiento o medicina no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido con el mismo nivel de calidad y efectividad. III). Sí el servicio, intervención, procedimiento o medicina ha sido dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la que esté vinculado el paciente. IV). La falta de capacidad económica del peticionario para costear el servicio requerido.

Sobre el particular, hay que puntar que dentro del presente expediente se probó que efectivamente el actor tiene unas condiciones de salud particulares que lo hacen merecedor de una protección especial por parte de las entidades estatales, ello en razón a que cuenta con 86 años de edad, es decir es una persona de la tercera edad que padece de múltiples afecciones de salud, y por ende de especial protección y que lo ordenado por el profesional de la salud que lo valoró el 02 de

Noviembre de 2022, conllevaría a una mejoría en su calidad de vida, dado que tal como se observa en la valoración dada por parte de trabajo social, el señor REY RUEDA es una persona que ostenta una dependencia funcional total, además cuenta con una composición de sistema familiar escaso, dado que su cuidadora primaria es una adulta mayor de 77 años, quien no cuenta con todas las capacidades físicas, para atender todas las actividades diarias que demanda el paciente, siendo así la no prestación del servicio de cuidador, pondría en riesgo la integridad, vida y salud del agenciado, puesto que estaría desprotegido y carente de ayuda para el desarrollo de sus necesidades básicas, además téngase en cuenta que este servicio no puede ser sustituido, ya que su núcleo familiar es precario y no puede asumir el mismo.

De otro lado, se encuentra demostrado que dada su condición física no puede trabajar; por ende, no recibe sueldo o salario alguno, dependiendo así económicamente de su hija Nelcy Sulay Rey Almeida y de los ingresos que ésta última percibe por su trabajo el cual es 1 smmlv, el cual apenas les alcanza para subsistir; de lo anterior, la EPS accionada no hizo pronunciamiento alguno sobre la capacidad económica del paciente o su núcleo familiar, desvirtuando lo dicho sobre ésta situación, destacando que era a la EPS accionada, a quien le correspondía la carga de demostrar que la paciente y su familia sí cuentan con los ingresos suficientes para costear de su peculio el servicio de cuidador 12 horas diurno, pero no lo hizo, pues sobre el asunto guardó silencio absoluto, limitándose en el escrito a través del cual le dio contestación a la presente acción constitucional a señalar que el servicio de cuidador 12 horas está excluido del PBS, por ello resulta indudable la necesidad de acceder a la pretensión, pues no existe duda que la negativa de la EPS en el suministro de éste servicio es raíz de la vulneración de los derechos fundamentales del señor JUAN BAUTISTA REY RUEDA. No sobra manifestar que conforme se observa de la documental allegada, la orden de cuidador por 12 horas diarias, fue expedida por parte de un médico adscrito a la EPS accionada.

Así las cosas, resulta evidente que sí existe una afectación a los derechos fundamentales del agenciado, pues siendo la NUEVA EPS, la entidad encargada de garantizarle una adecuada prestación de los servicios médicos que requiere para el mejoramiento de su calidad de vida a causa de sus padecimientos por encontrarse afiliado a aquélla, no resulta aceptable que se excuse en que el servicio de cuidador 12 horas diurno está excluido del PBS; primero, porque prima su derecho fundamental a la salud y como se advirtió en este caso es posible inaplicar las normas de PBS dado que en cabeza del señor JUAN BAUTISTA REY RUEDA, se cumplen las subreglas señaladas por la Corte Constitucional en la reseña jurisprudencial atrás citada y segundo porque la EPS accionada no puede desconocer la orden médica emitida por su médico tratante, como tampoco, la valoración aportada por trabajo social, documentos que fueron anexados con el escrito tutelar.

De igual manera no sobra manifestar, que quien más que el médico tratante, para tener conocimiento que es lo mejor para su paciente, y ordenar lo requerido para maximizar su estado de salud, aunado que no es posible delimitar el servicio por asuntos administrativos, y menos trasladar esa carga al usuario, quien para el presente caso, es un sujeto de especial protección, en virtud de su edad y estado de salud, de manera que poner trabas en la prestación oportuna del mismo, por diligenciamientos administrativos como lo es el MIPRES, va en contravía de la protección y materialización de los derechos fundamentales del agenciado, razón por la cual se deberá acceder a la pretensión impetrada.

Indica lo dicho, que el Despacho tutelar el derecho fundamental a la salud y a la vida en condiciones dignas, bajo los parámetros expuestos en párrafos precedentes, en cuanto a la petición de autorizar y suministrar CUIDADOR 12 HORAS DIURNO por 6 meses, para el desarrollo de actividades básicas, por lo que se ordenará a la NUEVA EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y suministre el servicio en mención y así se anunciará en la parte resolutive de esta providencia.

Por último, debe señalarse en punto a la pretensión encaminada a que se ordene la atención integral en salud al agenciado para sus padecimientos, se observa que en el presente caso están dadas las condiciones establecidas por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional para acceder a una petición en este sentido, por tratarse de un sujeto de especial protección en razón a su edad y de su padecimiento de ENFERMEDAD DEMENCIA EN ALZHEIMER, FRACTURA INTERTROCANTERIRA DEMORAL, FRACTURA DE MATAFISIS Y EPISIS DISTAL DE RADIO, HIPERTENSION ARTERIAL, DEPENDENCIA FUNCIONAL SEVERA O TOTAL CON INDICE DE BARTHEL 20/100, CON INCONTINENCIA MIXTA y, a la falta e inadecuada prestación de los servicios de salud requeridos por el agenciado para tales diagnósticos, según se expuso en párrafos precedentes

En concordancia con lo anterior, este Juzgado ordenará brindar atención integral a JUAN BAUTISTA REY RUEDA, siendo la NUEVA EPS, la encargada de suministrar los medios técnicos, científicos, humanos que se tengan al alcance y que se requieran a fin de garantizar efectivamente los derechos tutelados, ello en cuanto a sus diagnósticos de ENFERMEDAD DEMENCIA EN ALZHEIMER, FRACTURA INTERTROCANTERIRA DEMORAL, FRACTURA DE MATAFISIS Y EPISIS DISTAL DE RADIO, HIPERTENSION ARTERIAL, DEPENDENCIA FUNCIONAL SEVERA O TOTAL CON INDICE DE BARTHEL 20/100, CON INCONTINENCIA MIXTA, según se evidencia en los anexos de la tutela. Todo ello, se reitera, soportado en la condición especial que ostenta el titular de los mismos.

Precisándose que la orden de atención integral se expide, no con el ánimo de salvaguardar derechos futuros e inciertos, sino con el fin de garantizar la continuidad de los servicios de salud y evitar que el usuario se someta a trámites engorrosos cada vez que un servicio médico le sea denegado, pues se resalta que

se trata de un sujeto en condición especial, en esos términos ha sido señalado por la Jurisprudencia Constitucional en sentencia T-110 de 2012:

“De igual forma, la jurisprudencia constitucional ha entendido que brindar un tratamiento integral a las personas, y en especial a las que son sujetos de especial protección constitucional, no significa -como lo entienden las entidades prestadoras de salud- una protección en abstracto del derecho a la salud, ni tampoco salvaguardar hechos futuros e inciertos, sino que implica básicamente dos cosas: (i) garantizar continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones por cada servicio que sea prescrito, con ocasión de la misma patología. Así pues, es responsabilidad de las EPS facilitar y garantizar el acceso a todos los exámenes que sean necesarios para evaluar y hacerle seguimiento a la situación en que se encuentre cada paciente, con el fin de determinar los servicios de salud que vayan requiriendo para tratar sus enfermedades”

Finalmente, se ordenará la desvinculación de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, por no existir vulneración alguna por parte de esta entidad y además atendiendo al hecho de que en caso de que, en cumplimiento del presente fallo, la accionada deba asumir servicios que no se encuentren incluidos en el PBS, el trámite para obtener el recobro de los mismos escapa de la esfera del Juez Constitucional, además que no hay que olvidar que los recursos por la prestación de servicios de salud, por fuera del PBS, son girados en forma directa por parte del sistema de salud.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Bucaramanga**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas y justas del señor **JUAN BAUTISTA REY RUEDA** identificado con C.C. No. 2.034.844, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA EPS** por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, **AUTORICE Y SUMINISTRE** al señor **JUAN BAUTISTA REY RUEDA** identificado con C.C. No. 2.034.844, el servicio de CUIDADOR 12 HORAS DIURNO por 6 meses, según la orden médica del 02 de noviembre de 2022, expedida por el galeno Carlos Felipe Carrascal, por las razones expuestas en las motivaciones de esta decisión.

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA EPS brindar la atención integral a fin de suministrar los medios técnicos, científicos, humanos que se tengan al alcance y que se requieran a fin de garantizar efectivamente los derechos tutelados al señor **JUAN BAUTISTA REY RUEDA** identificado con C.C. No. 2.034.844, en cuanto a sus diagnósticos de ENFERMEDAD DEMENCIA EN ALZHEIMER, FRACTURA INTERTROCANTERIRA DEMORAL, FRACTURA DE MATAFISIS Y EPISIS DISTAL DE RADIO, HIPERTENSION ARTERIAL, DEPENDENCIA FUNCIONAL SEVERA O TOTAL CON INDICE DE BARTHEL 20/100, CON INCONTINENCIA MIXTA, por lo cual la EPS en mención, deberá gestionar, autorizar, tramitar y ejecutar, todos los demás medicamentos, cirugías, tratamientos, procedimientos, insumos, entre otros, para lograr el restablecimiento efectivo de su salud, conforme sea prescrito por los médicos tratantes y una vez radicadas las ordenes ante la EPS, ello en desarrollo de los principios de prontitud y celeridad, en consonancia con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DESVINCULAR de la presente actuación a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: Notifíquese esta providencia en la forma prevista en los Arts. 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

SEXTO: Si no fuere impugnado el presente fallo, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el Art. 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

Firmado Por:
Julian Ernesto Campos Duarte
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Civil 024
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: **5d28324639c577f8a9c86a8c93328bd765db90f828f7b23e7a6895678a0bb5fe**

Documento generado en 01/03/2023 09:59:29 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>