



República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

SENTENCIA DE TUTELA

Bucaramanga, tres (03) de mayo de dos mil veintidós (2022).

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

EMMA PATRICIA BASTO MONSALVE en calidad de agente oficiosa de su señora madre MARIA CELINA MONSALVE DE BASTO, formuló acción de tutela, por considerar que la entidad accionada ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas, con base en los hechos relevantes que a continuación se sintetizan:

- Refiere que la agenciada es una persona de 76 años, pensionada del Magisterio, que se encuentra afiliada como cotizante a la entidad AVANZAR MEDICO.
- Indica que su mamá estuvo en cuidados intensivos desde el 5 de Marzo en la Clínica Internacional FOSUNAB por un accidente cerebro vascular y una cirugía de la cabeza que le practicaron, tras haber presentado hidrocefalia y sangrado en la cabeza, y en estos momentos se encuentra en la habitación 506 de la mentada institución hospitalizada, pero está postrada en cama, con oxígeno y requiere vigilancia y atención médica permanente, ya que no puede valerse por sí misma, no camina, es incapaz de alimentarse, bañarse, asearse, vestirse y no es capaz de movilizarse sola, es decir que su estado de salud es crítico, por lo que en su historia clínica se anotó que es una paciente con dependencia funcional total y necesita del cuidado de una enfermera permanente.
- Asegura que le quieren dar salida o de alta a su madre de la clínica en la que está, pero ella se ha negado a recibirla por su estado crítico de salud y porque ella no está en condiciones económicas para asumir los gastos que implica el tener a su progenitora en la casa, por cuanto es una trabajadora independiente, sin un salario mensual fijo, ni contrato con alguna empresa que sea fijo, además de que no tiene tiempo, ni disponibilidad, ni los medios necesarios para atenderla, pues ésta requiere de atención médica permanente y especializada, además de oxígeno.

- Dice que para continuar con el manejo de las patologías de su mamá en la casa, se requiere de una enfermera permanente por las 24 horas del día, terapias físicas, respiratorias y de fonoaudiología, pañales para adulto talla L Slip Ultra Tena, guantes, cama hospitalaria, silla de ruedas, silla pato para el baño, medicamentos, crema anti escaras, cremas humectantes, pañitos húmedos, guantes, tapabocas, y alimentación adecuada, visitas médicas domiciliarias, servicio de ambulancia para trasladarla a las citas médicas y exámenes de laboratorio y especializados.
- Asevera que AVANZAR MEDICO se niega a prestarle los servicios de salud atrás relacionados a su madre, alegando que no están dentro del POS.
- Señala que según le han informado la salida a su agenciada de la Clínica se la van a otorgar en cualquier momento, y que por ese motivo el médico domiciliario Dr. JAIME A. GALVIS M., visitó a su progenitora en el centro hospitalario donde está actualmente y en lugar de órdenes médicas, lo que él expide es un consentimiento informado del ingreso al PAD- plan de atención domiciliario-, en el que relacionan cuales son los servicios que según ellos requiere su madre, por lo que ella se ha negado a firmarlo, ya que no están teniendo en cuenta todo lo que realmente necesita, es decir porque no le quieren dar lo necesario para que pueda contar con una buena calidad de vida en su casa.

II. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS Y PRETENSIONES

Aduce la parte accionante, que la accionada se encuentra vulnerando los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, y la dignidad humana de la agenciada, por lo que solicita que se le ordene a AVANZAR MÉDICO que le suministre a su agenciada los servicios de enfermera permanente por 24 horas diarias, pañales para adulto talla L Slip Ultra Tena, en cantidad de 4 diarios, esto es, 120 pañales para el mes, tapabocas, crema anti escaras, cremas humectantes, pañitos húmedos, guantes, también silla de ruedas, silla pato para el baño, cama hospitalaria, terapias físicas, respiratorias y de fonoaudiología, atención médica domiciliaria por medicina general, servicio de ambulancia para trasladarla a las citas médicas y exámenes de laboratorio y especializados, y en general que le proporcione una atención integral, todo lo cual también solicitó como medida provisional.

III. ACTUACION PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida con providencia del 20 de Abril del año en curso, en la cual se dispuso a notificar a AVANZAR MEDICO, e igualmente se dispuso la vinculación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., y la UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL-CUB, a efectos de que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la tutela, absteniéndose de conceder la medida provisional deprecada por la parte actora, y requiriendo a ésta última con el fin de que se sirviera aportar las

W

fórmulas médicas u ordenes de prescripción de los servicios de Enfermera por 24 horas diurnas y nocturnas, terapias físicas, respiratorias, de fonoaudiología, pañales, silla de ruedas, silla pato, cama hospitalaria, servicio de ambulancia para traslado a citas, toma de exámenes de laboratorio y especializados, emanadas de los galenos tratantes de su progenitora, por cuanto se echan de menos en el expediente.

IV. CONTESTACION A LA TUTELA

- **AVANZAR MEDICO y UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL-CUB**

Mediante mensaje de datos recibido en el buzón electrónico del juzgado el 25 de Abril hogañ, aduce que la atención de salud de los docentes y sus familias se encuentra excluida de la aplicación de la ley 100 de 1993 por disposición de su Artículo 279. Señala que el FOMAG a través de la Fiduprevisora realiza proceso de licitación para contratar a los prestadores de los servicios de salud para los afiliados y como resultado del proceso, el contrato se adjudicó a la UT RED INTEGRADA FOSCAL, quien es la que atiende a la población del Departamento de Santander, entre otros.

Refiere que es cierto que la agenciada se encuentra activa, y es usuaria de los servicios de salud por cuenta del FOMAG. Asegura que la señora MARIA CELINA actualmente se encuentra hospitalizada, que está siendo valorada por plan de atención domiciliaria - médico y nutricionista, a quien además se le ha brindado toda la atención médica que requiere, conforme lo han ordenado los profesionales tratantes, quienes han indicado los servicios pertinentes para su recuperación.

Apunta que los servicios médicos que solicita la accionante para su progenitora, no han sido ordenados por los médicos, es decir que no existen ordenes médicas que sustenten las pretensiones, por lo que no es admisible que se utilice la tutela para precaver situaciones futuras y sin que a la fecha se haya vulnerado derecho alguno al paciente por parte de esa entidad. En cuanto al servicio de enfermera domiciliaria acota que tampoco tiene indicación médica. Con base en todo lo anterior, solicita se denieguen las pretensión de esta acción.

- **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FIDUPREVISORA S.A.**

A través de correo electrónico recibido en la secretaria del juzgado el 21 de Abril de 2022, se pronunció respecto de los hechos y pretensiones de la tutela indicando que es una sociedad Anónima de Economía Mixta de carácter interdirectivo del sector descentralizado del orden nacional, el cual está sometida bajo el régimen de empresas industriales y comerciales del Estado, además que es la vocera y administradora del patrimonio autónomo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y por lo tanto no tiene la competencia respecto de la prestación de servicios de salud o administrar planes de beneficio, toda vez que carece de la estructura financiera, organizacional,

W

técnica y administrativa para realizar actividades propias de la prestación de servicios de salud y/o como entidad promotora de servicios de salud.

Indica que su función consiste en contratar la prestación de los servicios médico asistenciales, en las diferentes regiones del país, para que le sean prestados a los educadores afiliados, por lo que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de esa entidad. En cuanto al estado de afiliación de la agenciada, dice que lo está en calidad de cotizante en el régimen de excepción de asistencia en salud. Señala que el FOMAG se comporta como el ADRES ya que recibe los aportes de salud, pensión, y demás prestaciones a que tiene derecho los afiliados a dicho fondo, mientras que son las UT las que se comportan como EPS, por ende son las que prestan los servicios de salud con sus propias IPS y a través de contratación con IPS externas. Culmina diciendo que no existe por parte de esa fiduciaria violación alguna a los derechos de la agenciada y pide se le desvincule del presente trámite constitucional por falta de legitimación en la causa por pasiva y que se requiera a la UT RED INTEGRADA FOSCAL- CUB quien es la encargada de la prestación de los servicios de salud a los afiliados o usuarios del sistema de régimen de excepción de asistencia de salud.

- **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO**

No emitió pronunciamiento alguno.

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. En esta ocasión, la señora EMMA PATRICIA BASTO MONSALVE en calidad de agente oficiosa de su señora madre MARIA CELINA MONSALVE DE BASTO solicita se ampare los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas a su progenitora, por tanto, se encuentra legitimada.

2.2. Legitimación por pasiva



AVANZAR MEDICO es una entidad autorizada para funcionar como entidad administradora de servicios de salud, por lo que a la luz del Art. 42-2 del Decreto 2591 de 1991 se encuentra legitimada como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se le atribuye o se le imputa responsabilidad en la presunta vulneración de los derechos invocados por la accionante.

3. Problema Jurídico

Se enmarca en determinar si existe por parte de AVANZAR FOS o las entidades vinculadas, conducta omisiva frente a la atención de las patologías sufridas por la señora MARÍA CELINA MONSALVE DE BASTO, que conlleve a la vulneración de los derechos fundamentales que solicita la accionante se protejan y, por consiguiente, si hay lugar o no a ordenar la prestación, autorización y entrega de los servicios e insumos solicitados en el libelo.

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

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.

judicial, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable ⁵ a los derechos fundamentales.

4.2. El régimen especial de seguridad social de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las reglas establecidas para inaplicar el régimen de exclusiones del plan de beneficios médicos. Reiteración de jurisprudencia

De conformidad con lo expuesto en el Artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social, se compone, además, de unos regímenes de carácter especial excluidos de la aplicación de las normas generales del sistema. Dentro de este, se encuentra el régimen especial del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quienes se rigen por sus propios estatutos.

Para ello, se expidió la Ley 91 de 1989 a través de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG- como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, la cual tiene entre sus objetivos, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales requeridos por los docentes y sus beneficiarios, de conformidad con las instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.

De esta manera, los servicios de salud son prestados por el FOMAG a través de la Fiduprevisora S.A. quien, a su vez, contrata los servicios de diferentes IPS en cada departamento del país, de conformidad con los presupuestos establecidos por el régimen de la contratación estatal.

Para el desarrollo del régimen, se expidió el Acuerdo 04 de 2004, a través del cual se aprobó un nuevo modelo de prestación de servicios de salud para el magisterio y se reguló, entre otros, la cobertura, la estructura financiera y el plan de beneficios del régimen de salud del magisterio. Respecto de este último, existe el pliego de condiciones LP- FNPSM-003-2011, destinado a quienes se presentarán en el proceso de selección abreviada para la prestación de los servicios de salud de los afiliados al fondo.

Del enunciado documento, se desprenden nueve apéndices en los que se define, la red de servicios, el plan de salud del magisterio, el sistema de gestión de calidad, el componente administrativo, entre otros. Ahora, el Apéndice 3, contentivo del plan de atención en salud para el magisterio, establece, en el capítulo 5.3, los procedimientos no contemplados dentro del plan de atención del régimen de excepción.

Quiere decir que el FOMAG garantiza la prestación del servicio de salud a sus afiliados y beneficiarios, a través de distintas instituciones prestadoras de salud (IPS) ubicadas

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.

W

en todas las regiones del país y que son vinculadas a la Fiduprevisora S.A., de conformidad con los presupuestos que regulan la contratación estatal.

Actualmente, la regulación de este servicio se encuentra dispuesta en el Acuerdo 04 de 2004 y en la guía de atención al usuario 2012 -2016.

Es así como en la Sentencia 547 de 2014 la Corte Constitucional señala:

“Conforme a ello, los docentes y sus beneficiarios pueden acceder a todos los servicios médicos prescritos por el médico tratante y que no se encuentren excluidos de manera expresa en la guía de atención al usuario. En este sentido el literal L de este documento señala: *“Todo lo que no esté expresamente excluido se considera incluido”*.

En concreto, según la guía de atención al usuario vigente, los siguientes servicios de salud se encuentran excluidos de la cobertura del plan de beneficios médicos:

“

- *Tratamientos de infertilidad. Entiéndase como los tratamientos y exámenes cuyo fin único y esencial sea el embarazo y la procreación.*
- *Tratamientos y medicamentos relacionados con la disfunción sexual masculina y femenina.*
- *Tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios y los no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad.*
- *Todos los tratamientos quirúrgicos y medicamentos considerados experimentales o los no autorizados por las sociedades científicas debidamente reconocidas en el país, así se realicen y suministren por fuera del territorio Nacional.*
- *Se excluyen expresamente todos los tratamientos médico quirúrgicos realizados en el exterior*
- *.Se excluyen todos los medicamentos no autorizados por el INVIMA o el ente regulador correspondiente. Exceptuando los incluidos en el Decreto 481 del 2004 (medicamentos vitales no disponibles)*
- *Tratamientos de ortodoncia.*
- *Tratamientos de rehabilitación oral.*
- *Tratamientos con Prótesis Dentales.*
- *Tratamientos para la obesidad, con fines estéticos, entendiéndose en estos las intervenciones de todo tipo que no sean indicadas para el tratamiento de la obesidad mórbida o los encaminados a restituir la funcionalidad endocrina de acuerdo a las Guías de Atención que se establezcan por el Ministerio de Salud o la Sociedad Científica.*
- *El prestador de salud no podrá formular o suministrar medicamentos cuya comercialización haya sido suspendida por una autoridad competente a nivel nacional.*
- *No se suministrarán artículos suntuarios, cosméticos, complementos vitamínicos (excepto los relacionados con los Programas de Promoción y Prevención) líquidos para lentes de contacto, tratamientos capilares, champús, jabones, leches, cremas hidratantes, antisolares, drogas para la memoria o impotencia sexual, edulcorantes o sustitutos de la sal, anorexígenos, enjuagues*

W

bucales, cremas dentales, cepillo y seda dental. Los antisolares y cremas hidratantes serán cubiertos cuando sean necesarios para el tratamiento de la patología integral del paciente.

- *Calzado Ortopédico.*
- *Los pañales de niños y adultos*
- *Medicamentos y procedimientos derivados de la atención por medicina alternativa”.*

Igualmente, el Máximo Tribunal Constitucional en Sentencia T-705 de 2014 dispuso:

“(…)..No obstante lo anterior, esta Corporación también ha señalado que en aquellos casos en que se excluya algún beneficio de los planes de cobertura de los regímenes exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, como es el caso del Régimen Especial de Salud del Magisterio; por analogía, resultan aplicables las mismas reglas que permiten el suministro de servicios de salud no incluidos en el POS.

Al referirse al tema, en la Sentencia T-680 de 2013 se señaló que:

“Por otra parte, esta Corporación ha considerado que dichas reglas jurisprudenciales son aplicables a los regímenes de excepción contemplados en el Artículo 279 de la Ley 100 de 1993, entre los cuales, se encuentra el de “los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en la medida en que la Corte ha asimilado el POS, al Plan de Beneficios y Coberturas. En efecto, por vía analógica, la Corte ha sostenido que a los afiliados que pertenecen a los diversos regímenes exceptuados en materia de salud, habida cuenta que si requieren con necesidad un servicio y les es imposible costearlo directamente, es deber del prestador de salud extender excepcionalmente el plan de coberturas y beneficios en procura de garantizar el más alto nivel de salud y de calidad de vida que se le pueda prestar al afiliado o a sus beneficiarios.”

En conclusión, la Corte Constitucional ha determinado que, aun cuando los regímenes especiales tienen la facultad de establecer autónomamente los servicios de los cuales son beneficiarios sus afiliados *“no lo[s] hace ajeno[s] a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política”.*

Así pues, este Tribunal ha desarrollado, en basta jurisprudencia, el criterio según el cual, los procedimientos, tratamientos o medicamentos expresamente excluidos de un plan de beneficios, deben ser suministrados a los pacientes cuando la prestación de los mismos amenace derechos constitucionales tales como la salud, la vida, la integridad personal y la dignidad humana.

En este orden de ideas, se identificaron unos criterios que deben ser verificados con el objetivo de inaplicar el POS y ordenar el suministro, estos son según la Sentencia T-760 de 2008:

“

- (i) *Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado;*
- (ii) *Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida de relación del paciente;*
- (iii) *Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y.*
- (iv) *Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad garantizadora de la prestación está autorizada a cobrar”¹⁶¹.*

Al efecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-562 de 2014, amparó los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de un menor de edad que padeció de acoso escolar por el aspecto físico de sus orejas, en aquella oportunidad, aunque el procedimiento requerido por el menor se encontraba expresamente excluido del plan de beneficios del FOMAG, por ser de carácter estético, la Corte indicó que:

“la protección al derecho a la salud no implica únicamente el cuidado de un estado de bienestar físico o funcional, incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos permiten configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. Dicho en otras palabras, el derecho a la salud se verá vulnerado no sólo cuando se adopta una decisión que afecta física o funcionalmente a la persona, sino cuando se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud.”

En este sentido, en los eventos en que se encuentren cumplidos dichos supuestos, el procedimiento, medicamento o tratamiento debe ser suministrado por la EPS encargada de prestar el servicio al usuario, con el fin de garantizarle al afiliado los derechos a la salud y a la vida digna.

4.4. Suministro del servicio domiciliario de enfermería y cuidador - Reiteración de Jurisprudencia mediante Sentencia T-423 de 2019.

“48. La Resolución 5269 de 2017 se refiere a la atención domiciliaria como una “modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia”. De manera puntual, el artículo 26 de la misma resolución establece que esta atención podrá estar financiada con recursos de la UPC, siempre que el médico tratante así lo ordene para asuntos directamente relacionados con la salud del paciente. 49. En consecuencia, la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, que debe ser asumido por las EPS siempre:

- (i) que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y (ii) que de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar, en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad.*

Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud en virtud de la jurisprudencia no tiene la obligación de asumir dichos gastos. 50. Así, para que las EPS asuman la prestación de la atención domiciliaria, esta Corporación ha sido clara en señalar que “sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso”. Por ende, el juez de tutela no puede arrogarse las facultades de determinar la designación de servicios especializados en aspectos que le resultan por completo ajenos a su calidad de autoridad judicial, que, por la materia, están sujetos a la lex artis. Ahora bien, la jurisprudencia ha diferenciado entre dos categorías diferentes, en atención al deber constitucional de proteger la dignidad humana: los servicios de enfermería y los de cuidador, en donde los primeros se proponen asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente y los segundos, se encuentran orientados a brindar el apoyo físico necesario para que una persona pueda desenvolverse en sociedad y realizar las actividades básicas requeridas para asegurarse una vida digna, en virtud del principio de solidaridad.

*Al respecto, la **Sentencia T-154 de 2014** determinó que el servicio de cuidador: (i) es prestado generalmente por personas no profesionales en el área de la salud; (ii) a veces los cuidadores son familiares, amigos o sujetos cercanos; (iii) es prestado de manera prioritaria, permanente y comprometida mediante el apoyo físico necesario para que la persona pueda realizar las actividades básicas y cotidianas, y aquellas que se deriven de la condición médica padecida que le permitan al afectado desenvolverse adecuadamente; y (iv) representa un apoyo emocional para quien lo recibe.*

*Para esta Corporación, a la luz de la **Sentencia T-096 de 2016**: “es claro que no siempre los parientes con quien convive la persona dependiente se encuentran en posibilidad física, psíquica o emocional de proporcionar el cuidado requerido por ella. Pese a que sean los primeros llamados a hacerlo, puede ocurrir que por múltiples situaciones no existan posibilidades reales al interior de la familia para brindar la atención adecuada al sujeto que lo requiere, a la luz del principio de solidaridad, pero además, tampoco la suficiencia económica para sufragar ese servicio. En tales situaciones, la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado.”*

*53. En el mismo sentido, la **Sentencia T-414 de 2016** de la Corte determinó que existen circunstancias excepcionalísimas en las que, a pesar de que las EPS no deben suministrar el servicio de cuidador en comento, se requiere en todo caso dicho servicio, y en consecuencia se debe determinar detalladamente si puede ser proporcionado o no. Dichas circunstancias son: “(i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional de sus familiares, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente...(…)”*

*58. **A modo de conclusión**, las atenciones o cuidados especiales que pueda requerir un paciente en su domicilio exigen verificar que:*

(i) en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiera de una orden médica proferida por el profesional de la salud, ya que el juez constitucional no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia; y (ii) en casos excepcionales derivados de las condiciones particulares del paciente, podrá hablarse de la figura del cuidador, frente a lo que la Corte ha concluido que se trata de un servicio que, en principio debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este núcleo se encuentre materialmente imposibilitado para brindar el apoyo permanente, es obligación del Estado suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado. En tales casos, se ha ordenado a las EPS suministrar cuidador para apoyar a las familias frente a las excepcionalísimas circunstancias de sus familiares, incluso sin tener orden médica, cuando la figura sea efectivamente requerida.

4.5. Procedencia excepciones de los servicios de salud cuando no existe orden médica. Reiteración de Jurisprudencia mediante Sentencia T-528 de 2019.

“Como regla general se ha señalado por la jurisprudencia de esta Corporación que las entidades de salud están obligadas a suministrar únicamente lo que haya sido prescrito por el médico tratante. Sin embargo, se ha establecido que en procura de la protección del derecho fundamental a la vida digna, es viable

emitir órdenes que no han sido autorizadas por los galenos adscritos a las EPS, cuando se considere que los padecimientos que sufre una persona son hechos notorios que hacen indigna su vida y, por ende, no le permiten disfrutar de la calidad que merece.

Es por lo anterior que se ha señalado que existen situaciones en las que el juez de tutela debe abstenerse de exigir la misma, cuando sea evidente la necesidad de brindar el servicio deprecado, ya que de no hacerlo las consecuencias negativas para el accionante serían apenas obvias. Tal es el caso que sin existir prescripción del médico tratante se pueda inferir de alguno de los documentos aportados al expediente, -sea la historia clínica o algún concepto del galeno-, la obligación de que se conceda lo requerido con necesidad, momento en el que deberá el juez de tutela emitir la orden en tal sentido. Se han presentado situaciones en las que la Corte ha ordenado la entrega del producto incluso sin orden médica, al considerar evidente que las personas los requerían. Esta posición de la Corte ha sido reiterada en casos de personas que padecen isquemias cerebrales; malformaciones en el aparato urinario; incontinencia como secuela de cirugías o derrame cerebral; parálisis cerebral y epilepsia, párkinson, entre otras. En ese orden de ideas, se tiene que la exigencia de la prescripción del galeno tratante para ordenar insumos o tecnologías admite una excepción que se concreta en la priorización del goce efectivo del derecho a la salud frente al cumplimiento de trámites administrativos, para así evitar la transgresión de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema. Situación que debe ser analizada en el caso concreto por el juez constitucional”.

En relación con los pañales desechables, la sentencia T- 208 de 2017 señala:

“Por regla general, las entidades promotoras de salud solo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional en salud adscrito a su red de prestadores de servicios médicos. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, ante la inexistencia de una orden o cualquier otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, la intervención del juez constitucional con miras a impartir un mandato en uno u otro sentido resulta necesaria.

Específicamente, en el caso de pacientes cuyas enfermedades conllevan síntomas, efectos y tratamientos que configuran hechos notorios, la Corte considera que a pesar de la ausencia de prescripción médica el suministro de algunos insumos resulta necesario. Tal es el caso de personas diagnosticadas con pérdida del control de esfínteres que requieren indiscutiblemente el uso de pañales desechables, pues, sin lugar a dudas, las reglas de la experiencia demuestran que, generalmente, estos se ven expuestos a cuadros de incontinencia urinaria o fecal. Ante esa eventualidad, la solución suele ser paliativa y se circunscribe al uso de estos, con el fin de tornar menos gravosa una perturbación funcional, difícilmente reversible. Frente al particular, esta Corporación, en sentencia T-790 de 2012, consideró que a pesar de que los pañales, generalmente, no son ordenados por el médico tratante, la necesidad de los mismos

para quien padece incontinencia, 'es un hecho notorio' que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro.

De lo anterior se desprende, claramente, que hay situaciones en las que el juez constitucional debe prescindir de la prescripción médica para procurarle al accionante (paciente) el acceso a una prestación que necesita, dado que es evidente que, de no proveérsele, las consecuencias negativas para este serían apenas obvias; principalmente, en situaciones en las que el riesgo de sufrirlas se potencializa en razón de factores socioeconómicos, cuando los recursos de los que dispone -él o su núcleo familiar- carecen de la entidad suficiente para mitigar el daño ocasionado por la ausencia del elemento pretendido, tenga o no carácter medicinal."

5. Del Caso en concreto

Como aspecto previo a abordar el fondo de la presente lid, encuentra este despacho que en cuanto a la procedencia de la presente acción de tutela, que se configuran los presupuestos establecidos por la ley y la jurisprudencia, por cuanto su finalidad se encuentra encaminada a proteger el derecho a la salud y todo lo que ello conlleva en cuanto tiene que ver al acceso de la agenciada, a los servicios e insumos necesarios para tratar o paliar sus patologías debidamente diagnosticadas por los galenos tratantes, lo que conlleva que la acción de tutela se erija como el mecanismo de mayor eficacia e idoneidad para garantizar el amparo deprecado, dada la estricta relación que guarda el derecho a la salud con el de la vida e integridad personal y a la dignidad, pilares fundamentales del estado social de derecho.

Esbozadas las generalidades de la presente acción y aterrizando en lo específico del asunto sometido a estudio, esta instancia luego de revisado el escrito tutelar, encuentra que, la situación motivante del reclamo pretendido por EMMA PATRICIA BASTO MONSALVE en calidad de agente oficiosa de su señora madre MARIA CELINA MONSALVE DE BASTO, es la presunta falta de atención médica efectiva por parte de AVANZAR MEDICO, frente a las necesidades médicas de la paciente para garantizar el correcto manejo de sus patologías.

En cuanto al estado de asegurabilidad de la paciente MONSALVE DE BASTO, ésta se encuentra activa en AVANZAR MEDICO y es usuaria de los servicios de salud por cuenta del FOMAG, en la medida que como se deprecia en el libelo genitor es pensionada del Magisterio, es decir pertenece al régimen especial de seguridad social de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que es manejado por la entidad FIDUPREVISORA S.A., por ende está amparada por la Ley 91 de 1989.

De otro lado, de la revisión de la historia clínica de la paciente, aportada tanto por su agente oficiosa como por la entidad demandada, se encuentra que la paciente tiene 76 años de edad, presenta antecedente de hipertensión arterial- HTA, también que ingresó a urgencias de la Clínica Internacional Fosunab desde el 5 de Marzo del año que corre, por presentar un ACV -accidente cerebro vascular isquémico del hemisferio

cerebeloso izquierdo y porción lateral izquierda del talamo con presencia de trombo flotante en el origen de la arteria vertebral izquierda con transformación hemorrágica, que requirió ser intervenida y se le practicó craniectomía descompresiva de fosa posterior, un pop de traqueostomía y un pop de gastrostomía percutánea, por los que permanece con cánula, oxígeno y aún está hospitalizada en el centro médico citado, igualmente se sabe según nota efectuada por uno de los médicos tratantes en la página 77 de la historia clínica que reposa en el expediente en el Archivo PDF No. 001, que es una paciente con dependencia funcional total, que necesita de cuidado de enfermería permanente, al ser portadora de cánula de traqueostomía y gastrostomía.

Delimitados los aspectos facticos relevantes, en cuanto a la condición clínica de la paciente, esta instancia pasa a abordar el análisis de las peticiones enervadas por la pretensora en concreto a efectos de determinar si existe o no vulneración a las prerrogativas alegadas por la activa y por ende si hay lugar o no a acceder a ellas, como sigue.

Sea lo primero decir, que la presente acción se erige con la finalidad de obtener: Enfermera permanente por 24 horas diarias, pañales para adulto talla L Slip Ultra Tena, tapabocas, crema anti escaras, cremas humectantes, pañitos húmedos, guantes, también silla de ruedas, silla pato para el baño, cama hospitalaria, terapias físicas, respiratorias y de fonoaudiología, atención médica domiciliaria por medicina general, servicio de ambulancia para traslado a citas médicas y exámenes de laboratorio y especializados, y que se le brinde una atención integral.

Por su parte se sabe que AVANZAR MEDICO informó que la señora MARIA CELINA actualmente se encuentra hospitalizada, que está siendo valorada por plan de atención domiciliaria - médico y nutricionista, a quien además le ha prestado todos los servicios médicos y hospitalarios que ha requerido en virtud de su diagnóstico médico, conforme lo han ordenado los profesionales tratantes, quienes han indicado los servicios pertinentes para su recuperación, por lo que no ha existido negación en la prestación de los mismos, ya que las atenciones médicas que solicita la accionante para su progenitora, no han sido ordenados por los médicos, es decir que no existen ordenes médicas que sustenten las pretensiones. Reitera que por reunir los criterios para el ingreso al PAD-plan de atención domiciliaria, se ingresó a la agenciada a dicho plan y se determinaron cuáles servicios médicos le serían prestados en su domicilio una vez egrese del centro médico, los cuáles se encuentran relacionados en el folio 10 del Archivo PDF No. 008 del expediente digital de la tutela, entre los que se encuentran:

- Servicio de auxiliar de enfermería por 12 horas diurnas de lunes a domingo
- Terapias físicas, de lunes a viernes exceptuando los festivos.
- Terapias respiratorias, de lunes a viernes exceptuando los festivos.
- Terapias de fonoaudiología, de lunes a viernes exceptuando los festivos.
- Visita domiciliaria por medicina general
- Alimentación enteral según concepto de nutrición
- Insumos para alimentación por sonda
- Insumos para aspiración de secreciones y terapias respiratorias
- O2 domiciliario

W

Ahora bien, esta instancia advierte de entrada que los servicios e insumos pretendidos por la parte accionante, no han sido ordenados o prescritos por los médicos tratantes, ello conforme lo dejó saber la entidad tutelada y la misma accionante lo reconoció en el mensaje de datos que envió al correo electrónico institucional del despacho el 21 de Abril del cursante año, lo anterior en gran parte por cuanto la agenciada aún permanece hospitalizada, es decir no se encuentra en su domicilio y por ende en esas condiciones algunos de dichos servicios en la actualidad no son requeridos por la usuaria y otros son suplidos y le están siendo proporcionados por el personal médico de la clínica en la que se encuentra en recuperación, pero dejando claridad que sí se determinó los planes de intervención que requiere la agenciada una vez egrese de su hospitalización según se expuso en párrafo precedente.

Aunado a ello se observa que tal como lo dejó saber AVANZAR MEDICO, la señora MARIA CELINA MONSALVE DE BASTO fue valorada por un médico domiciliario en días pasados, concretamente el 16 de Abril hogaño y por cumplir con los requisitos se la ingresó al PAD, iniciando el plan terapéutico domiciliario, en el que se dispuso cuáles y en que cantidades le serían prestados los servicios que los galenos consideraron son aptos o que ésta requiere para su recuperación, en los términos que se plasmaron en párrafos anteriores, sin embargo su hija que para este caso es la accionante, y como ésta misma lo mencionó en el escrito de la tutela y en el correo que remitió el 21 de Abril pasado, se negó a firmar el formulario de consentimiento informado de ingreso al plan domiciliario, por considerar que con lo ofrecido por AVANZAR MEDICO a su madre, no se le van a garantizar sus necesidades básicas, obviando que ya existe un concepto o valoración médica, que se itera determinó cuales son los servicios que su progenitora requiere, luego no puede este Juez Constitucional pasar por alto el concepto y criterio médico que existe respecto del cuadro clínico de la agenciada, puesto que es en el galeno tratante que confluyen la idoneidad y experticia para determinar cuáles son los tratamientos o planes de recuperación que necesita determinada persona, luego mal haría el despacho en ordenar que se haga una nueva valoración, si en cuenta se tiene que la que se llevó a cabo no supera los 15 días, evidenciándose que las pretensiones en este caso más obedecen a capricho de la tutelante, quien insiste en la exigencia de que se le suministren a su progenitora una serie de servicios en las cantidades o periodicidad que a su juicio son requeridos y frente a otros que se le suministren, aun cuando en la actualidad como se dejó plasmado en precedencia no necesita, persiguiendo al parecer con ello que se protejan hechos futuros y por demás inciertos, bajo el supuesto de la negación de su prestación por parte de la demandada a futuro, tal es el caso de la silla de ruedas, la cual como se dijo no cuenta con orden médica.

En igual sentido ocurre con el servicio de ambulancia que pide para acudir a citas médicas, el cual no ha sido ordenado por el galeno tratante, aunado que cuenta con atención médica domiciliaria, lo que implica que no necesita movilizarse a ningún lugar para ser atendida, pues el galeno o el médico domiciliario dispondrá ir hasta su residencia, ello atendiendo además a que nada se mencionó respecto de que la paciente tenga citas médicas especializadas ya programadas y deba movilizarse hasta los puntos de atención y en caso que así lo requiera deberá ser determinado por el médico que la valora. Por otro lado, en cuanto a la pretensión de servicio de

enfermería por las 24 horas del día, se reitera que de acuerdo al PAD el profesional de la salud que realizó la valoración, encontró adecuado que se le preste por 12 horas diurnas de lunes a domingo, es decir que abarca toda la semana. Igualmente, y en lo concerniente a las terapias físicas, respiratorias y de fonoaudiología, también quedaron contempladas en el plan de atención domiciliaria, siendo que han de realizársele a la señora MARIA CELINA de lunes a viernes exceptuando los festivos, sin dejar de mencionar que la atención médica domiciliaria por medicina general, también quedó incluida en el PAD.

En lo atinente a los pañales desechables, cremas anti escaras, silla pato y cama hospitalaria, no se advierte su necesidad, en primer lugar porque en lo que concierne a los pañales y la crema anti escaras nada dijo la accionante de que no se le estuviesen proporcionando por parte de AVANZAR MEDICO, y en segunda medida por cuanto en lo que respecta a la silla pato y cama hospitalaria no son requeridos en estos momentos, al permanecer la agenciada aún hospitalizada, luego de ahí se infiere que allí le están siendo proporcionados ambos suministros o que cuenta con los mismos, máxime cuando si bien es cierto que la agenciada por su condición neurológica, se encuentra en un estado de salud delicado, también lo es que, la accionante únicamente se limitó a mencionar que no está en condiciones de sufragar el costo de los insumos requeridos para atender las afecciones de su madre, pero nada dijo respecto de su progenitora, es decir de la situación económica de su mamá, de quien se sabe es pensionada del magisterio, es decir que ésta sí cuenta con ingresos fijos mensuales, que hacen presumir que puede costear insumos como pañales, cremas anti escaras y la silla pato, ya que si lo que se pretendía es que ordenara la entrega de los mentados insumos, estaba en la obligación de demostrar siquiera sumariamente, que lo percibido por su madre mensualmente no es suficiente o no le alcanza para sufragar el costo de ellos, sin menoscabo de lo necesario para su subsistencia, pero ello no ocurrió, téngase en cuenta que dichos insumos carecen igualmente de orden médica y por tanto, no se puede colegir que han sido negados por la entidad accionada.

Luego en síntesis en el sud judice no ha habido negación de servicios, máxime cuando como se ha mencionado la agenciada todavía se encuentra recluida en el centro hospitalario y se le están prestando todos y cada uno de los servicios que ha necesitado, de otro lado conforme a la valoración del galeno y al plan que se pretende ingresar a la agenciada, se encuentra la prestación de la mayoría de servicios que pretende se otorgue, los cuales se reitera no han sido negados en cuanto a su prestación y ello es evidente, ya que la agenciada como se adujo se encuentra interna en un centro hospitalario, y mientras que los otros insumos que persigue no han determinado su necesidad por parte del galeno tratante y tampoco se demostró la falta de capacidad económica de agenciada para su acceso, por lo anterior, será del caso no acceder a las pretensiones impetradas.

Igualmente se ordenará DESVINCULAR de la presente acción al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., y la UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL-CUB, al no

ser los responsables de autorizar el tratamiento requerido por la accionante para su progenitora.

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

FALLA

PRIMERO: NEGAR la presente acción de tutela interpuesta por la **señora EMMA PATRICIA BASTO MONSALVE** en calidad de agente oficiosa de su madre **MARIA CELINA MONSALVE DE BASTO** en contra de **AVANZAR MEDICO**, en virtud de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR de la presente acción al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, y la **UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL-CUB**, por las razones expuestas en los considerandos de esta decisión.

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

CUARTO: 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,


JULIAN ERNESTO CAMPOS DUARTE
Juez.