



Consejo Superior de la Judicatura

Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico

JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO MIXTO DE BARRANQUILLA

IMPUGNACIÓN TUTELA

RADICACIÓN: 08001-4189-006-2023-00450-01

ACCIONANTE: VIRGINIA DEL ROSARIO PABA QUINTERO, quien actúa como agente oficioso de JHON EDGAR SALCEDO SALCEDO.

ACCIONADO: SANITAS E.P.S.

DERECHO: SALUD

Barranquilla, dieciocho (18) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a decidir acerca de la impugnación a que fue sometido el fallo de tutela de fecha once (11) de agosto de dos mil veintitrés (2023), proferido por EL JUZGADO SEXTO (06) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora VIRGINIA DEL ROSARIO PABA QUINTERO quien actúa como agente oficioso de JHON EDGAR SALCEDO SALCEDO, en contra de la SANITAS E.P.S., solicitando la protección del Derecho Fundamental a la Salud, a la Vida y a la Seguridad Social y en el que se decidió tutelar los derechos deprecados por el actor.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la parte accionante, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. El señor JHON EDGAR SALCEDO SALCEDO, cuenta con 74 años, desde el día 30-agosto- del 2022, el señor fue hospitalizado por una crisis en su enfermedad por el tumor maligno en su próstata.
2. Agrega que, a raíz de la metástasis por el avance de su enfermedad el señor JHON EDGAR SALCEDO SALCEDO, perdió movilidad en la parte baja de su cuerpo, por lo cual no puede moverse ni para hacer sus necesidades fisiológicas, no tiene la fuerza suficiente en sus brazos para comer, peinarse por lo cual necesita una asistencia 24/7.
3. Alega que, El señor Edgar depende de una bala de oxígeno, puesto que ya también presenta metástasis en la zona lumbar y pulmonar.
4. El señor JHON EDGAR SALCEDO SALCEDO, depende estrictamente de una persona día y noche hasta para tomarse una pastilla.
5. El señor JHON EDGAR SALCEDO SALCEDO, tiene un peso aproximado de 85 kilos, por lo cual es muy difícil que su compañera lo ayude a levantarse y hacer los cambios de pañal para sus necesidades.
6. Mediante derecho de petición fue solicitado el servicio a la empresa prestadora de salud, recibiendo una respuesta negativa de parte de EPS SANITAS, al cual se encuentra inscrito.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, la accionante pretende que se le tutelen sus derechos fundamentales y como consecuencia de lo anterior, “...Que la EPS SANITAS, asigne

unos cuidadores 24/7 para que le presten la asistencia necesaria que necesita un enfermo en la condición del señor JHON EDGAR SALCEDO SALCEDO...”

IV. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida el día veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2.023), por EL JUZGADO SEXTO (06) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, ordenándose a las accionadas, rendir un informe sobre los hechos depuestos en la solicitud de tutela.

SANITAS E.P.S., a través de MARIA ROSA LACOUTURE PEÑALOZA, en su calidad de Gerente Regional de la Sucursal Atlántico, informó que: “...En aras de ejercer la contradicción de la acción de marras, es preciso comenzar por mencionar que en el caso que nos ocupa, las afirmaciones carecen de cualquier sustento jurídico o fáctico que den cabida a tutelar el derecho que alega el actor y que presuntamente se está vulnerado por mi representada, toda vez que, tal cual se observa en los hechos de la tutela, la supuesta vulneración bajo ninguna circunstancia encuentra su origen en alguna actuación u omisión a mi exigible, pues el usuario JHON EDGAR SALCEDO SALCEDO, actualmente se encuentra activo en la EPS Sanitas S.A.S. y se le brindan los servicios médico asistenciales que ha requerido y que se encuentran dentro de las coberturas del PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD. El señor SALCEDO se encuentra afiliado a la EPS SANITAS S.A.S. en el régimen contributivo como Cotizante. El señor SALCEDO presenta diagnósticos clínicos de: TUMOR MALIGNO DE PROSTATA por lo que solicitan a la EPS SANITAS: SERVICIO DE ENFERMERÍA 24 HORAS. Al señor Salcedo se le autorizaron los siguientes servicios:

	NORMAL	234984283	GESTION SOLICITUDES PBS WPRES	25/07/2023	EPS	CRUZ VERDE SAS (BARRANQUILLA)	WPRESA APROBADA	445971 - ALIMENTO COMPLETO CON AISLADO DE PROTEINA DE SUERO MALTODEXTRINA VITAMINAS Y MINERALES POR 600G (PROMVEY NET)
	NORMAL	234980767	GESTION SOLICITUDES PBS WPRES	25/07/2023	EPS	CRUZ VERDE SAS (BARRANQUILLA)	WPRESA APROBADA	445971 - ALIMENTO COMPLETO CON AISLADO DE PROTEINA DE SUERO MALTODEXTRINA VITAMINAS Y MINERALES POR 600G (PROMVEY NET)
	NORMAL	234952858	OFICINA VIRTUAL BARRANQUILLA	25/07/2023	EPS	CENTRO MEDICO COLSAHTAS BARRANQUILLA S.A.	WPRESA APROBADA	1001929 - PROGRAMA DE CUIDADOS PALIATIVOS MAYOR A 15 DIAS NIVEL 2
	NORMAL	234776549	GESTION SOLICITUDES PBS WPRES	24/07/2023	EPS	CRUZ VERDE SAS (BARRANQUILLA)	WPRESA APROBADA	445971 - ALIMENTO COMPLETO CON AISLADO DE PROTEINA DE SUERO MALTODEXTRINA VITAMINAS Y MINERALES POR 600G (PROMVEY NET)
	NORMAL	234534183	OFICINA VIRTUAL BARRANQUILLA	21/07/2023	EPS	CRUZ VERDE SAS (BARRANQUILLA)	WPRESA APROBADA	4028271309 - ACETAMINOFEN - HIDROCODONA BITARTRATO (325+51MG TAB)
	NORMAL	231958449	BACK HOSPITALARIO HOSPITALIZACION - TERCERO	29/06/2023	EPS	CLINICA EL CARMEN	WPRESA APROBADA	765022PQ - DECORTICACION O CURETAGE OSEO EN HUESO PANCAL - PAQUETE
	NORMAL	231956821	BACK HOSPITALARIO HOSPITALIZACION - TERCERO	29/06/2023	EPS	CLINICA EL CARMEN	WPRESA APROBADA	104002 - INTERNACION COMPLEJIDAD ALTA HABITACION SUPERIORAL

Es importante aclarar que no hay orden médica de las pretensiones del accionante señor en cuanto a SERVICIO DE ENFERMERIA DOMICILIARIA 24 HORAS. Así mismo, de acuerdo a la Nota Externa 201433200296523 de 2014. Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la cual se establecen los criterios y lineamientos técnicos para el reconocimiento de tecnologías en salud NO PBS, el CUIDADOR está clasificado dentro de los servicios que no son propios del ámbito de la salud; y por lo tanto, es aplicable el Art. 154 de la Ley 1450 de 2011, no procediendo el recobro salvo que medie fallo de tutela. No obstante, con el fin de atender lo más oportunamente las necesidades en salud de nuestro afiliado y determinar los servicios solicitados por la presente acción constitucional, EPS SANITAS S.A.S. logró programar valoración médica domiciliaria para el día 26 de julio en el horario de la tarde lo anterior será informado a la accionante. DEL RECOBRO AL ADRES. Al ordenar su Despacho, que EPS Sanitas autorice la atención de prestaciones asistenciales excluidas del Plan Obligatorio de Salud, sin ORDENARLE al ADRES el reintegro en un 100% del valor de las mismas, se está imponiendo sin fundamento legal alguno, obligaciones que no le corresponden a EPS SANITAS S.A., vulnerando con ello su seguridad jurídica, la cual se encuentra garantizada por las diferentes normas que conforman el marco jurídico, y que regulan sus obligaciones y su participación junto con el Estado, en la prestación de los servicios de salud...”

Posterior a esto, el once (11) de agosto de dos mil veintitrés (2023), se profirió fallo de tutela, concediendo el amparo de los derechos depuestos, por lo que fue impugnada y por reparto correspondió su conocimiento a esta agencia judicial.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante fallo proferido el día once (11) de agosto de dos mil veintitrés (2023), EL JUZGADO SEXTO (06) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE BARRANQUILLA, decidió amparar los derechos solicitados, en atención a que: *“...En relación con la atención de cuidador, es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud. Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico, esta Corte ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado. (...) No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia el afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud”*¹. A pesar de lo anterior, también ha precisado la alta Corporación que, eventualmente, cuando la familia del paciente no esté en condiciones de brindar el apoyo de cuidador requerido, se hace procedente que dicha carga la asuma el estado, y entonces, que brinde la asistencia requerida. *“No obstante, se considera que a la luz del tratamiento que esta Corte ha otorgado a la atención de cuidador, resulta necesario concluir que, antes de tratarse de una obligación o carga que deba asumir el Estado, se trata de atenciones que son exigibles, en primer lugar, a los familiares de quienes las requieren. Ello, no solo en virtud de los lazos de afecto que los unen sino también como producto de las obligaciones que el principio de solidaridad conlleva e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculos. La familia, entendida como institución básica de la sociedad, conlleva implícitas obligaciones y deberes especiales de protección y socorro recíproco entre sus miembros, los cuales no pueden pretender desconocerlos por motivos de conveniencia o practicidad. Es así como se ha reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que (i) existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado. Se subraya que para efectos de consolidar la “imposibilidad material” referida debe entenderse que el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio: (i) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio”*². Por lo anterior, dadas las condiciones acreditadas y ya citadas, es procedente otorgar un cuidador en casa para la protección de su integridad física y evitar desmejoras en su salud, garantizando a su vez una vejez Digna. ...”

VI. IMPUGNACIÓN.

La parte accionada, a través de su representante judicial impugnó la acción constitucional, por medio de correo electrónico, indicando que: *“...Al respecto es preciso que su despacho nos indique si en el NUMERAL TERCERO se está refiriendo a un tratamiento integral. Así las cosas, nos crean gran confusión en la debida interpretación del fallo, por lo que solicitamos se aclare dicha orden, ahora bien, de llegarse a aclarar un posible tratamiento integral respetuosamente IMPUGNAMOS ante el superior jerárquico. DE LA SOLICITUD DE ADICIÓN Le solicitamos al Despacho ADICIONAR al numeral SEGUNDO de la parte resolutoria del fallo de acuerdo a lo indicado de la siguiente manera: SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR a SANITAS EPS, (i) que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, asigne un cuidador al señor JHON EDGAR SALCEDO SALCEDO, por 12 horas diarias y (ii) sin perjuicio luego de los resultados de la evaluación médica*

domiciliaria, se pueda cambiar el cuidador por servicio de enfermería. En atención a la obligación de la familia y su responsabilidad frente al principio de solidaridad, el CUIDADOR DOMICILIARIO EN SALUD, debe ser un familiar cercano al paciente y el cual su núcleo designe a efectos de que logre atender sus necesidades básicas. Subsidiariamente solicitamos ADICIONAR en la parte resolutive que se faculte a EPS SANITAS SAS, para que solicite el reintegro a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES (EXTINTO FOSYGA) en un término perentorio el 100% del valor tratamiento integral y demás servicios no incluidos y excluidos del Plan de beneficios en Salud que en cumplimiento de lo ordenado se suministre al paciente y que en la orden impartida se delimite exactamente que el mismo sea cubierto para la tecnología en salud que llegue a requerir la paciente con ocasión a la patología que él padece, de acuerdo con lo determinado por los MÉDICOS ADSCRITOS A LA RED DE ATENCIÓN DE LA EPS SANITAS. De igual manera, solicitamos que se autorice la solicitud de reintegro del 100% de los servicios excluidos del PBS (servicios sociales, servicios descritos de la Ley 1751 de 2015, servicios contemplados en la resolución 244 de 2019 y servicios contemplados en la resolución 3512 de 2019), sobre aquellos montos que superen el presupuesto máximo de recobro entregados a mi representada..."

VII. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿La entidad accionada SANITAS E.P.S., vulneraron el derecho fundamental al derecho fundamental a la salud en conexidad al derecho a la vida, derecho a la igualdad como principio constitucional y dignidad humana, del señor JHON EDGAR SALCEDO SALCEDO, al presuntamente no autorizar el servicio de cuidador y/o enfermera teniendo en cuenta los diagnósticos que presenta?

¿Se encuentran reunidos los presupuestos jurídicos- facticos para revocar la sentencia proferida por el a-quo?

VII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, por ser superior funcional del a-quo, este juzgado resulta competente para conocer de la impugnación al fallo de tutela en referencia.

VIII. NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

El marco constitucional está conformado por los artículos 49 y 23, de la Constitución Política, Ley Estatutaria de Salud; Sentencias T-233 del 21 de marzo de 2012, C-313 de 2014, C-503 de 2014, T-017 de 2013, T-760 de 2008, entre otras.

IX. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

Ahora bien, este despacho al analizar las pretensiones de la parte actora, encuentra que la acción de tutela está encaminada en obtener la entrega de unos pañales desechables ordenados por el médico tratante del agenciado; razón por la cual se hace necesario, traer a colación la jurisprudencia constitucional en materia.

DERECHO A LA SALUD.

En primer lugar, el artículo 49 de la Constitución se encuentra consagrada la obligación que recae sobre el Estado de garantizar a todas las personas el acceso a la salud, así como de organizar, dirigir, reglamentar y establecer los medios para asegurar a todas las personas su protección y recuperación. De ahí su doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y por otro, un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela.

Al efecto, la Corte, en sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, con M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud.”

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud, 1751 de 2015, claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho. En la sentencia C-313 de 2014 al respecto se dijo:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”

De este modo, la salvaguarda del derecho fundamental de la salud debe otorgarse de conformidad con los principios contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política

y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993 en los que se consagran como principios rectores y características del sistema, entre otros, accesibilidad, solidaridad, continuidad, libre escogencia, universalidad y obligatoriedad.

ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ADULTOS MAYORES.

Los adultos mayores son un grupo vulnerable, por ello han sido catalogados como sujetos de especial protección constitucional en múltiples sentencias de esta Corporación. Desde el punto de vista teórico, esto puede obedecer a los tipos de opresión, maltrato o abandono a los que puede llegar a estar sometida la población mayor, dadas las condiciones, físicas, económicas o sociológicas, que la diferencian de los otros tipos de colectivos o sujetos.

La Constitución Política en sus artículos 13º y 46º, contempla la especial protección del Estado y la sociedad a las personas mayores, de acuerdo con el principio de solidaridad y los preceptos del Estado Social de Derecho que inspiran el ordenamiento superior. En especial, el artículo 46º pone en cabeza de las familias, la sociedad y el Estado mismo unos deberes de protección y asistencia en favor de los adultos mayores, que conlleven su integración en la vida comunitaria. Dicho precepto constitucional indica que:

“El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. || El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.”

En razón de tal disposición constitucional, la Corte Constitucional indicó en la sentencia C-503 de 2014 que *“el Estado debe propender por el cuidado de la vejez como parte del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales. Ello por cuanto a pesar de existir un especial deber de solidaridad en cabeza de la familia, el artículo 46 habla de una responsabilidad concurrente, y por tanto, el Estado no sólo puede sino que debe contar con una política pública de cuidado, protección e integración del adulto mayor, y adoptar las respectivas medidas para implementarlas”*.

LA ACCIÓN DE TUTELA Y EL CUBRIMIENTO DE SERVICIOS E INSUMOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (HOY PLAN DE BENEFICIOS).

En relación con el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), la Corte Constitucional, ha precisado¹ que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.

Así, el efecto real de tales restricciones se traduce en la necesidad de que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinen a la satisfacción de los asuntos que resultan prioritarios, bajo el entendido de que progresivamente las personas deben disfrutar del nivel más alto posible de atención integral en salud. Bajo este supuesto, la Corte ha admitido

¹ Sentencias T-034 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-017 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

que el PBS esté delimitado por las prioridades fijadas por los órganos competentes y así ha negado tutelas, que pretenden el reconocimiento de un servicio excluido del PBS, en la medida que dicha exclusión no atente contra los derechos fundamentales del interesado.

Con todo, las autoridades judiciales constantemente enfrentan el reto de resolver peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o procedimiento excluido del PBS. Este desafío consiste en determinar cuáles de esos reclamos ameritan la intervención del juez constitucional, es decir, en qué casos la entrega de un medicamento que está por fuera del plan de cubrimiento, y cuyo reconocimiento afecta el principio de estabilidad financiera del sistema de salud, es imperiosa a la luz de los principios de eficacia, universalidad e integridad del derecho a la salud.

Por lo anterior, como lo resaltó la Sentencia T-017 de 2013², de lo que se trata es de determinar en qué condiciones la negativa a suministrar una prestación por fuera del PBS afecta de manera decisiva el derecho a la salud de una persona, en sus dimensiones físicas, mentales o afectivas.

Para facilitar la labor de los jueces, la Sentencia T-760 de 2008³, resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

“(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”.

De hecho, esta sentencia puntualiza, además, que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el PBS, en un caso específico, no implica per se la modificación del Plan de Beneficios en Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que exista un goce efectivo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas.

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del PBS, continuarán excluidos y su suministro sólo será autorizado en casos excepcionales, cuando el paciente cumpla con las condiciones anteriormente descritas. Esto, sin que eventualmente el órgano regulador incluya ese medicamento o servicio dentro del plan de beneficios.

Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección. Así, existen circunstancias en las que, a pesar de no existir órdenes médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el PBS, en razón a que la patología que padece el actor es un hecho

² Sentencia T-017 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

notorio del cual se desprende que su existencia es indigna, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece.

TRATAMIENTO INTEGRAL EN SALUD.

En virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, “(...) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias.

Al mismo tiempo ha señalado la Corte Constitucional que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación[42], poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes.

Así, cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS encargada la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el médico tratante prescriba para que el paciente restablezca su salud y mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constante de acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine.

CASO OBJETO DE ESTUDIO

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que la señora VIRGINIA DEL ROSARIO PABA QUINTERO, quien actúa como agente oficioso de JHON EDGAR SALCEDO SALCEDO, instauró la presente acción constitucional, en contra de la SANITAS E.P.S., solicitando la protección del Derecho Fundamental a la Salud, a la Vida y a la Seguridad Social.

Lo anterior con ocasión a que, el agente oficioso indica que el señor JHON EDGAR SALCEDO SALCEDO, es un adulto mayor de 74 años, con diagnóstico cáncer de próstata metastásico, A raíz de la metástasis por el avance de su enfermedad, el paciente perdió movilidad en la parte baja de su cuerpo, por lo cual no puede moverse ni para hacer sus necesidades fisiológicas y también no tiene la fuerza suficiente en sus brazos para comer, necesita una asistencia diaria y siendo negados afectando sus derechos fundamentales a su salud.

De lo expuesto hasta ahora, deduce el despacho que el problema suscitado en torno a la atención médica del señor, recae exclusivamente en la entidad promotora de salud al negar el tratamiento integral al paciente en su condición por cuanto se evidencia que cuenta con un diagnóstico de CÁNCER DE PRÓSTATA METASTÁSICO.

En este punto, es de resaltar que los derechos a la salud y a la seguridad social, en este sentido, requiere de protección inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional cuando se encuentren amenazados o vulnerados, como se avizora en el caso de marras, teniendo en cuenta que el paciente se encuentra en estado de vulnerabilidad, en ocasión a su condición de salud, teniendo en cuenta los múltiples diagnósticos que padece en atención a su avanzada edad.

Tratándose de esta condición, es evidente que el accionante requiere una atención periódica, oportuna, continua y especializada para su tratamiento, dada la exposición a múltiples riesgos y complicaciones. En este sentido, pese a que no se dan a tiempo los presupuestos para asumir que la EPS va a negar otros servicios, es necesario que esta actué de conformidad con los principios desarrollados a lo largo de este fallo.

En septiembre de 2014 el Congreso de la República expidió la Ley 1733 Consuelo Devís Saavedra, *mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida, es un paso de la mayor importancia, pues aborda dos aspectos del derecho a morir dignamente, desde una perspectiva centrada en la persona, que respeta la salud y la vida, pero también la muerte.*

Por un lado la atención integral del paciente y de su familia para mitigar el dolor que la enfermedad causa y que afecta la vida desde diferentes frentes, para procurarles alivio al no poder proveerles una cura y, por otro lado, consagra el derecho de los pacientes a desistir de tratamientos médicos fútiles, es decir innecesarios, donde no se observa el principio de proporcionalidad terapéutica, que sostiene que existe una obligación moral de implementar todas aquellas intervenciones médicas que guarden una relación de debida proporción entre los medios empleados y el resultado esperable.

En el mismo orden, definió en el artículo 2º quién debe ser considerado un enfermo en fase terminal y en el artículo 3º enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida, así:

*() todo aquel que es portador de una enfermedad o condición patológica grave, que haya sido diagnosticada en forma precisa por un médico experto, que demuestre un carácter progresivo e irreversible, con pronóstico fatal próximo o en plazo relativamente breve, que no sea susceptible de un tratamiento curativo y de eficacia comprobada, que permita modificar el pronóstico de muerte próxima; o cuando los recursos terapéuticos utilizados con fines curativos han dejado de ser eficaces
(). Aquella que es de larga duración, que ocasione grave pérdida de la calidad de vida, que demuestre un carácter progresivo e irreversible que impida esperar su resolución definitiva o curación y que haya sido diagnosticada en forma adecuada por un médico experto.*

Este cuerpo normativo también definió los cuidados paliativos en el artículo 4º como:

“Los cuidados apropiados para el paciente con una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible donde el control del dolor y otros síntomas, requieren, además del apoyo médico, social y espiritual, de apoyo psicológico y familiar, durante la enfermedad y el duelo. El objetivo de los cuidados paliativos es lograr la mejor calidad de vida posible para el paciente y su familia. La medicina paliativa afirma la vida y considera el morir como un proceso normal. Parágrafo. El médico usará los métodos y medicamentos a su disposición o alcance, mientras subsista la esperanza de aliviar o curar la enfermedad. Cuando exista diagnóstico de muerte cerebral, no es su obligación mantener el funcionamiento de otros órganos o aparatos por medios artificiales, siempre y cuando el paciente no sea apto para donar órganos. (Subrayado fuera del texto original)”

Además, en el artículo 5º enlista los derechos de los pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles de alto impacto en la calidad de vida, así:

“El paciente que padezca de una enfermedad terminal, crónica irreversible y degenerativa de alto impacto en la calidad de vida tendrá los siguientes derechos, además de los consagrados para todos los pacientes: 1. Derecho al cuidado paliativo: Todo paciente afectado por enfermedad terminal, crónica, degenerativa, irreversible de alto impacto en la calidad de vida tiene derecho a solicitar libre y espontáneamente la atención integral del cuidado médico I paliativo. Las actividades y servicios integrales del cuidado paliativo se deberán prestar de acuerdo al Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud y las guías de manejo que adopten el Ministerio de Salud y Protección Social y la CRES 2. Derecho a la información: Todo paciente que sea diagnosticado de una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible, tiene derecho a recibir información clara, detallada y comprensible, por parte del médico tratante, sobre su diagnóstico, estado, pronóstico y las alternativas terapéuticas de atención paliativa propuestas y disponibles, así como de los riesgos y consecuencias en caso de rehusar el tratamiento ofrecido. En todo momento la familia del paciente igualmente tendrá derecho a la información sobre los cuidados paliativos y a decidir sobre las alternativas terapéuticas disponibles en caso de incapacidad total del paciente que le impida la toma de decisiones. 3. Derecho a una segunda opinión: El paciente afectado por una enfermedad a las cuales se refiere esta ley, podrá solicitar un segundo diagnóstico dentro de la red de servicios que disponga su EPS o entidad territorial. 4. Derecho a suscribir el documento de voluntad Anticipada: Toda persona capaz, sana o en estado de enfermedad, en pleno uso de sus facultades legales y mentales, con total conocimiento de las implicaciones que acarrea el presente derecho podrá suscribir el documento de Voluntad Anticipada. En este, quien lo suscriba indicará sus decisiones, en el caso de estar atravesando una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de no someterse a tratamientos médicos innecesarios que eviten prolongar una vida digna en el paciente y en el caso de muerte su disposición o no de donar órganos. 5. Derecho a participar de forma activa en el proceso de atención y la toma de decisiones en el cuidado paliativo: Los pacientes tendrán el derecho a participar de forma activa frente a la toma de decisiones sobre los planes terapéuticos del cuidado paliativo. 6. Derechos de los Niños y Adolescentes: Si el paciente que requiere cuidados paliativos es un niño o niña menor de catorce (14) años, serán sus padres o adultos responsables de su cuidado quienes elevarán la solicitud. Si el paciente es un adolescente entre catorce (14) y dieciocho (18) años, él será consultado sobre la decisión a tomar. 7. Derecho de los familiares. Si se trata de un paciente adulto que está inconsciente o en estado de coma, la decisión sobre el cuidado paliativo la tomará su cónyuge e hijos mayores y faltando estos sus padres, seguidos de sus familiares más cercanos por consanguinidad.

Parágrafo. El Ministerio de Salud y Protección Social reglamentará la materia. (subrayado fuera del texto original)”

Por último, se hace referencia a (i) las obligaciones de las E.P.S. y las I.P.S. públicas y privadas; (ii) la incorporación a éstas de personal capacitado en cuidado paliativo; (iii) disponibilidad y acceso a medicamentos opioides de control especial para el manejo del dolor y (iv) cooperación internacional para facilitar el logro de los fines de la ley.

A fin de evitar la presentación de varias tutelas por la accionante contra la entidad accionada sobre el mismo marco fáctico, pero con pequeñas variantes, como en el caso de nuevos medicamentos, o tratamientos etc., en procura de que la acción constitucional ampare integralmente los derechos invocados por la accionante y su extensión sea acorde con los principios antropocéntricos que la rigen, teniendo en cuenta que la tutela no está limitada a la pretensión, no existiendo incongruencia o extralimitación del Juez constitucional, cuando las decisiones sobrepasen las peticiones, puesto que se deben decretar todas y cada una de las ordenes que protejan íntegramente los derechos de los pacientes, máxime cuando se trata de un paciente con una patología irreversible, se adelanta un tratamiento definido.

Puntualizando en el tratamiento integral, la Corte Constitucional en sentencias T307 de 2007, T-016 de 2007 y en la T- 081- 2019, precisó las subreglas del tratamiento integral en materia de salud, de la siguiente manera:

“Tratamiento integral en salud. En virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, “(...) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias.

Al mismo tiempo ha señalado esta corporación que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación , poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte ; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente . La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes.”

Por otra parte, si bien la accionante, no especificó que no cuenta con los medios económicos para sufragar los gastos que genera la atención de una enfermera 24 horas del día; la entidad encartada, sostuvo que este no se encuentra cubierto por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con los requisitos esenciales plasmados en la precitada sentencia T-423 de 2019 de la Corte Constitucional, sobre que *“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 familia, en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad”*, al respecto, no puede

perder de vista esta agencia judicial, que nos encontramos frente a una persona de la tercera edad, la cual es sujeto de especial protección constitucional y que es un hecho cierto y notorio, que con la edad que esta posee, las personas sufren una serie de quebrantos en su salud, que ameritan una tratamiento especial, tanto en cuidados físicos, como emocionales, incluyendo la alimentación, y otros aspectos, empero, la entidad encartada que tiene la obligación de desvirtuar la presunta incapacidad económica, no aportó prueba alguna en medio de este trámite tutelar.

Aunado a lo anterior, no es menester que el juez de tutela en su sentencia emita decisión respecto de facultar a las EPS para ir en recobro bien ante el ADRES o bien ante el ente territorial, para reclamar por los gastos en que incurra por suministrar o practicar lo excluido del POS y que legalmente no está obligada, dado que no es requisito para el pago, que el juez de tutela lo haya ordenado, por tanto, no es un requisito que el ADRES o el ente territorial, exijan ara obtener su reembolso, pues, se itera, las EPS ya están facultadas legal y reglamentariamente para ir en recobro por los gastos en que incurran y que legalmente no estén obligadas a asumir, por lo que mal podría la EPS buscando una facultad judicial de recobro desconocer la facultad legal y reglamentaria que ya tiene para dicho fin y así obviar los trámites ya establecidos para tal fin.

Respecto del recobro, concluye este despacho que las EPS conociendo que pueden autorizar lo no pos y luego acudir a las acciones que el legislador y el ejecutivo les han diseñado para el recobro y no lo hacen, deja ver que tal vez : a) niegan el servicio no pos solo con la intención de que sea el juez de tutela quien le ordene prestarlo y en consecuencia, SO PRETEXTO de un presunto desequilibrio económico del sector salud la faculte para el recobro, o b) que está más interesada en la facultad judicial de recobro, que en la satisfacción al derecho a la salud de sus usuarios y c) que pretende utilizar la acción de tutela en su beneficio y omitir los trámites legales y reglamentarios para el recobro.

Ahora bien, partiendo que de las pruebas aportadas en el plenario, no se vislumbra orden médica que ordene la atención por enfermería en casa por 24 horas; y la dependencia total de la paciente *per se*, no es un criterio para que el juez constitucional ordene la enfermera, puesto que es el concepto médico, el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud, en virtud a que tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce según sus competencia y conocimiento, de manera detallada la condición de salud del paciente.

Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, dado que lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento o servicio médico.

Por lo tanto, al no encontrarse el concepto del médico tratante, se modificará el fallo de primera instancia y se ordenará una valoración interdisciplinaria, con los especialistas tratantes, tales como, el médico intensivista, el médico internista, y el geriatra, para que sean estos, quienes identifiquen las necesidades médicas que el paciente requiere específicamente la pertinencia o no de suministro de enfermera en casa 24 horas.

VI. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron lugar al ejercicio de la presente acción, tomando en cuenta la jurisprudencia previamente enunciada, y las consideraciones particulares de la situación puesta en conocimiento de esta agencia judicial, se procederá a amparar los derechos deprecados y se ordenara una valoración interdisciplinaria, con los especialistas tratantes, tales como, el medio intensivista, el médico internista, y el geriatra, para que sean estos, quienes identifiquen las necesidades médicas que el paciente requiere específicamente la pertinencia o no de suministro, la enfermera en casa 24 horas.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito Mixto de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CONFIRMAR los literales PRIMERO, TERCERO, CUARTO Y QUINTO del fallo de tutela de fecha once (11) de agosto de dos mil veintitrés (2023). proferido por EL JUZGADO SEXTO (06) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor VIRGINIA DEL ROSARIO PABA QUINTERO quien actúa como agente oficioso de JHON EDGAR SALCEDO SALCEDO, en contra de la SANITAS E.P.S.,
2. MODIFICAR, el literal SEGUNDO, del fallo de tutela de fecha once (11) de agosto de dos mil veintitrés (2023) proferido por EL JUZGADO SEXTO (06) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora VIRGINIA DEL ROSARIO PABA QUINTERO quien actúa como agente oficioso de JHON EDGAR SALCEDO SALCEDO, en contra de la SANITAS E.P.S., el cual quedara así:

"...3.- ORDENAR, a la accionada SANITAS E.P.S., a través de su Representante Legal o quien haga sus veces, para que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación del presente fallo, y sin más dilaciones se sirva ORDENAR Y/O AUTORIZAR Y/O PROGRAMAR, UNA VALORACIÓN INTERDISCIPLINARIA, con los especialistas tratantes, tales como, el medico intensivista, el médico internista, y el geriatra o los que así determine la entidad promotora de salud sobre la situación de salud del señor JHON EDGAR SALCEDO SALCEDO CC 11.291.755, en la que deberá participar su médico tratante, y se determine mediante la valoración técnica, científica y oportuna, del especialista adscrito, si el paciente requiere con necesidad, servicios de CUIDADORA EN CASA O DOMICILIARIA o ENFERMERA, POR VEINTICUATRO (24) HORAS DIARIAS, de acuerdo a lo diagnosticado y/o estipulado por especialistas tratantes, para su tratamiento, en aras de amparar sus derechos fundamentales brindando así el tratamiento integral requerido..."

3. NOTIFICAR esta providencia a las partes, por el medio más expedito y eficaz, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
4. ENVÍESE a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Lineth Margarita Corzo Coba

LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA