



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD ATLÁNTICO

Soledad, diez (10) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA
Demandante: ESVALDO RAFAEL PERTUZ
Demandado: NUEVA EPS
Radicado: No. 2022-00110-00

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación interpuesta por la parte accionante, contra la sentencia de fecha 24 de febrero de 2022, por medio de la cual el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, denegó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

I. ANTECEDENTES

El señor ESVALDO RAFAEL PERTUZ, actuando a través de agente oficioso, presentó acción de tutela contra NUEVA EPS, a fin de que se le amparen sus derechos fundamentales a la a la vida en conexidad con la salud, vida digna, mínimo vital, seguridad social, consagrados en la Constitución Nacional, elevando las siguientes,

I.I. Pretensiones

“Se ordene a NUEVA EPS, ordene la entrega de pañales talla M, por tener problemas en los esfínter. Los cuales no curan la salud del paciente, dignifica la vida del usuario y el juez constitucional lo puede ordenar.

Se ordene transporte para el paciente y un acompañante para la citas consultas exámenes fuera del lugar de residencia, como lo ordena la constitución.”

Lo anterior lo fundamenta en los siguientes:

II. Hechos

El señor ESVALDO RAFAEL PERTUZ identificado con cédula de ciudadanía número 7.590.596 expedida en pivijay Magdalena es afiliado a la nueva EPS subsidiado con 69 años y con diagnóstico cálculo en el riñón enfermedad de Alzheimer no especificado hiperplasia de la próstata.

2. El día 11 de mayo de 2021, en el ESE hospital de ponedera la médica tratante adscrita a la nueva EPS ordena valoración por Neurología y paraclínicos
3. Se le hace valoración por neurólogo virtual quien ordena una próxima consulta
4. En la IPS Viva 1 A IPS San José se le realizó ecografía de vías urinarias.

T- 2022-00110-01

5. El día 8 de febrero de 2022, ingresa por emergencia en el hospital local de malambo, el médico tratante medicina general informa al familiar que no lo remite porque la remisión se puede durar hasta un día.

6. A las 10 AM el paciente fue llevado a la clínica del norte en Barranquilla no habla no camina.

III. La Sentencia Impugnada

El Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, mediante providencia de febrero 24 de 2022 denegó el amparo de los derechos fundamentales invocados por el accionante.

En el caso bajo estudio, el hoy accionante ESVALDO RAFAEL PERTUZ quien cuenta con 69 años, evoca los derechos fundamentales a la Salud, Vida Digna, Mínimo Vital, Seguridad Social. a fin de restablecer la presunta vulneración cometida por la entidad encartada Nueva EPS., al no ordenar cita presencial por consulta externa prioritaria urgente en otra IPS diferente al hospital de malambo, que ordene a la nueva EPS entregar pañales talla M por tener problemas en los esfínteres, y transporte para el paciente con un acompañante para la consulta externa

Resalta la Nueva EPS, que el usuario cuenta con canales de atención para lograr un acercamiento con este y proceder al apoyo y acompañamiento de las necesidades de los mismos, por lo cual, el no proceder a informar a la entidad, exime de responsabilidad subjetiva a mi representada, pues es deber del usuario, radicar solicitud para hacer entrega efectiva de los servicios que tenga pendientes, ya que la observancia y seguimiento de la misma corresponde al paciente y/o a sus familiares y no al Estado ni a la Rama Judicial, pues el usuario tiene derechos, pero también tiene obligaciones por asumir, para que se vea respaldado el amparo de sus derechos fundamentales.

En cuanto a la solicitud de los transportes inter ciudades, la nueva EPS indica que el área técnica de salud está en revisión del caso, encontrando que el lugar de residencia del paciente no se encuentra en el listado de municipios o corregimientos departamentales a los que se les reconoce prima adicional (diferencial), por zona especial de dispersión geográfica (Resolución 2381 del 2021), servicio y/o tecnología de salud no financiados con recursos de la unidad de pago por capitación (Resolución 2292 de 2021) por lo cual la EPS no está en la obligación de costear el transporte del paciente. Además, es de anotar que el accionante no aporta en los anexos de la tutela reclamación alguna ante NUEVA EPS, solicitando así al despacho se Declare improcedente la presente acción Constitucional.

En este orden de ideas, y bajo la égida que motiva la pretensión del accionante, con base en las respuestas allegadas al expediente por parte de la Nueva EPS, El Hospital Local de Malambo y la Supersalud, en el presente caso observa esta agencia judicial: • Que el señor ESBALDO RAFAEL PERTUS se encuentra afiliado a la Nueva EPS en el régimen subsidiado • El señor ESBALDO RAFAEL PERTUS ingreso por urgencias en el Hospital Local de Malambo y fue atendido por la doctora María José Bulla Beleño el cual se encuentra adscrita al área de urgencias de la EPS del hospital local de malambo Santa

T- 2022-00110-01

María Magdalena y no a la nueva EPS. • La doctora María José Bulla Beleño ordeno cita prioritaria por consulta externa • Que el señor ESVALDO RAFAEL PERTUZ por ser afiliado a la Nueva EPS debe tramitar las solicitudes u ordenes emitidas por los médicos tratantes adscritos a la red de la Nueva EPS Así mismo el señor ESVALDO RAFAEL PERTUZ podrá utilizar cualquiera de los canales disponibles para realizar sus trámites en línea. (ver Imagen).

Dentro de las pruebas aportadas por la parte accionante no se encontró soporte de reclamación ante la entidad accionada, ni obra prueba alguna que demuestre que el médico tratante le haya ordenado pañales.

Por lo que es factible determinar para este despacho que lo solicitado como pretensión final en la presente acción de tutela como es que la nueva EPS ordene cita presencial por consulta externa y entregar pañales talla M deberá ser solicitado y tramitado ante la Nueva EPS toda vez que no se ha mediado una solicitud previa en la prestación del servicio ante la entidad accionada para determinar que si la conducta objeto del reproche se realizó y que con ella se vulneraron derechos fundamentales, como se indica en la sentencia T-115 de 2018

IV. Impugnación

El accionante presentó impugnación manifestando que el paciente es adulto mayor con 69 años tiene protección constitucional. El diagnóstico infección vías urinarias sitio no especificado hiperplasia de la próstata. Enfermedad de Alzheimer no especificada es enfermedad terminal ruinosa catastrófica por lo tanto está amparado por la Ley 1384 del 2010 Ley Sandra Ceballo, le da protección reforzada.

Señala que los pañales no están dentro del POS pero dan vida digna, uno de los derechos tutelados y es fundamental.

Indica que la secretaría de Salud no contestó al juez, por lo tanto, se aplica la presunción de veracidad artículo 20 2591 de 1991. Pero a un ente de control inspección y vigilancia el juez lo exonera como premio ante la nula gestión.

Concluye manifestando que el paciente está hospitalizado en la Clínica del Norte, fue entubado y requiere de pañales y tratamiento.

V. Pruebas relevantes allegadas

- Copia Historia clínica
- Fotocopia de cédula del señor Esvaldo Rafael Pertuz identificado con cédula de ciudadanía número 7590596.
- Certificado de Existencia y Representación Legal de Nueva EPS.
- Poder para Actuar
- Resolución 2381 del 2021 E.S.E HOSPITAL LOCAL DE MALAMBO SANTA MARIA MAGDALENA.

- Historia clínica expedida por el médico tratante adscrita a la E.S.E hospital local de malambo Santa María Magdalena
- Decreto de nombramiento y acta de posesión que acreditan la calidad de gerente y representante legal
- Copia de la cédula de ciudadanía

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y en el Decreto 1382 de 2000, este Despacho resulta competente para conocer de la impugnación del fallo de la acción de tutela en referencia, por resultar ser el superior funcional de la agencia judicial que la profirió.

VII. Problema jurídico

¿Deberá establecerse si la Empresa Prestadora de Salud del régimen subsidiado accionada, vulnera los derechos fundamentales del actor al abstenerse de suministrar los pañales desechables, argumentando que los mismos no se encuentran contemplados en el POS?

La procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el suministro de medicamentos, exámenes o procedimientos no incluidos dentro del POS.

Como es sabido la Ley 100 de 1993, contempla dos regímenes: el contributivo, en el cual están los trabajadores y familias con los recursos suficientes para pagar una cotización al sistema; y el subsidiado, en el cual están quienes no cuentan con capacidad de pago.

En ambos sistemas se establecieron unos beneficios denominados el Plan Obligatorio de Salud (POS), que se constituye como un conjunto de prestaciones expresamente delimitadas que deben satisfacer y garantizar las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

La Corte ha construido con el paso del tiempo, criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señala los siguientes:

“a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse 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, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante]”.

Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio “requerir con necesidad”, que antes de la Sentencia T-760 de 2008, no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era “requerido” por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente, y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de “necesidad” del paciente.

Este criterio de la necesidad acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia T-760 de 2008, adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional

De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante, al considerar que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.

· Suministro de pañales, sillas de ruedas y demás elementos esenciales para tener una vida en condiciones dignas.

La Corte ha indicado además, que en aras de la protección y la garantía efectiva del derecho a la salud de aquellas personas que lo requieren con necesidad para mantener su integridad personal y una vida en condiciones dignas y justas, precisen del suministro de elementos, que aunque no sean medicamentos, aparezcan como esenciales para tener una vida en condiciones dignas, deberán proveérsele por parte de la EPS que le brinda el servicio de salud, aunque tales servicios no se encuentren incluidos en el POS.

De manera que, es menester resaltar que el alto Tribunal a través de su jurisprudencia ha estudiado en varias oportunidades el tema del suministro de pañales, bajo el entendido de que si bien no pueden entenderse strictu sensu como un servicio médico, se trata de un elemento indispensable para la salud y para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien lo requiere con urgencia, que debe ser facilitado aunque no allegue al expediente formula del médico tratante adscrito a la entidad que prescriba el suministro del mismo.

Ejemplo de ello, en sentencia T-595 de 1999 la Corte señaló lo siguiente:

“La Corte, en numerosa jurisprudencia, ha establecido que la exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, no puede ser examinada por el juez de tutela, simplemente desde la perspectiva de lo que dice la normatividad, y, en virtud de ello, aceptar la negativa, por no violar las disposiciones respectivas. Se ha reiterado, una y otra vez, que corresponde al juez constitucional examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimará si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos.

En el presente caso, el juez de instancia sólo realizó el examen sobre la salud de la paciente, y concluyó que la negativa de la entidad, al no poner en peligro la salud o la vida de la señora Aldana, no violaba sus derechos fundamentales, y, por consiguiente, había que denegar la tutela.

Sin embargo, en la sentencia que se revisa, el juez no examinó un aspecto que adquiere especial importancia: la relación entre lo pedido y la dignidad humana. No examinó que se trata de una anciana, que padece demencia senil, que no controla esfínteres y que la situación económica no le permite a su cónyuge suministrarle los artículos de aseo que su situación especial requiere. Y requiere tales pañales, precisamente por la enfermedad que padece. Es decir, existe una relación directa entre la dolencia (no controla esfínteres) y lo pedido.

Al respecto, no se precisan profundas reflexiones para concluir que la negativa de la entidad, sí afecta la dignidad de la persona, en uno de sus aspectos más íntimos y privados, y que impide la convivencia normal con sus congéneres. En este caso, la negativa de la entidad conduce a menoscabarle la dignidad de persona y la puede llevar al aislamiento, producto, se repite, de la enfermedad que sufre”.

Igualmente, la Corporación ha estimado que cuando se trate de personas de la tercera edad quienes son consideradas como un grupo de especial protección constitucional, el Estado deberá garantizar el acceso a la prestación de los servicios de salud que requieran con necesidad.

Bajo los supuestos jurisprudenciales señalados, este Tribunal ha contemplado que cuando una persona de la tercera edad requiere el suministro de pañales desechables con el fin de salvaguardar su dignidad humana, éstos deberán entregarse como un elemento no POS que puede ser recobrado con cargo a los recursos del Estado.

Sobre este último aspecto esta Corporación ha sido enfática en señalar que:

“(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por

encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. En tales casos, ha determinado la Corporación, que los costos del tratamiento serán asumidos por la entidad del sistema a que corresponda la atención de la salud del paciente, pero ésta, tendrá derecho a la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar”.

En conclusión la Corte permite un margen de apreciación mucho más amplio, en orden a proteger efectivamente el derecho a la salud de aquellas personas que requieren con necesidad el suministro de elementos, que aunque no sean medicamentos, aparezcan como esenciales para tener una vida en condiciones dignas aun cuando no aparezcan incluidos dentro del POS.

Atendiendo las circunstancias fácticas descritas y los elementos de juicio plasmados en esta parte considerativa, la Sala entrará a decidir los casos concretos.

VIII. Del Caso Concreto

Se observa acreditado en el sub-examine de acuerdo con los documentos acompañados a la acción de tutela, que el accionante es un paciente masculino de 69 años de edad, y conforme lo expuesto en la Historia Clínica, dentro del cual se indica que: *PACIENTE MASCULINO DE 69 AÑOS DE EDAD CON ANTECEDENTE DE ALZHEIMERES TRAIDO POR FAMILIAR POR CUADRO CLINICO DE 48 HORAS DE EVOLUCIONADO POR PICOS FEBRILES NO CUANTIFICADOS, TOSHUMEDA, ANOREXIA Y SOMNOLENCIA.*

El juez de primera instancia declaró improcedente la protección constitucional deprecada por las razones expuestas en su decisión arriba anotada.

Al respecto cabe anotar, que tras la entrada en vigencia en el país el 17 de febrero de 2015 de la Ley Estatutaria de Salud, Ley 1715 de 2015 dejó de existir, el Plan Obligatorio de Salud (POS), de modo que hacia el futuro, los médicos podrán formular de acuerdo a su autonomía, lo que consideren pertinente para sus pacientes.

El accionante sustenta su impugnación manifestando, que los pañales no están dentro del POS, pero dan vida digna, uno de los derechos tutelados y es fundamental.

Los pañales desechables, al ser necesarios para personas en circunstancias patológicas especiales, deben ser ordenados si de ellos depende, no su subsistencia orgánica o necesariamente la recuperación de su condición física, sino la posibilidad de que el individuo pueda sobrellevar con dignidad su enfermedad y ciertas consecuencias que ella le trae.

Sin embargo, conforme lo apuntó el juez de primera instancia y en virtud de las pruebas obrantes dentro del dossier, no se encontró soporte de reclamación ante la entidad accionada, ni obra prueba alguna que demuestre que el médico tratante le haya ordenado pañales y que los mismos fueran negados por la EPS accionada, presupuesto necesario para su eventual prosperidad de darse los otros medios de pruebas que para ello se requiere.

De otra parte, y como quiera que en la historia clínica se establece que el señor ESVALDO RAFAEL PERTUZ, posee antecedentes de *ALZHEIMERES*, y en virtud de éste comparece a través de agente oficioso, es del caso precisar que, si bien la ley 1996 de 2019, establece el mecanismo de acuerdo de apoyo por escritura pública ante notario, así como ante conciliadores extrajudiciales en derecho, éstas son herramientas que no constituyen un requisito para acudir al proceso judicial de adjudicación de apoyos, además no constituye una herramienta idónea y eficaz para la protección de los derechos fundamentales invocados considerando las circunstancias particulares del accionante.

Asimismo, la Corte Constitucional respecto de este tema ha sido enfático en recalcar: *“A partir del principio de igual reconocimiento ante la ley, resulta imperativo que el juez constitucional interprete la figura de la agencia oficiosa buscando favorecer la capacidad jurídica de las personas mayores de edad en condición de discapacidad, a efectos de preservar su autonomía y voluntad. Para tal efecto, en lo que respecta al requisito de la imposibilidad de interponer el recurso de amparo, se deberá entrar a analizar las circunstancias del caso concreto y las barreras de participación efectiva en la sociedad que se derivan para el titular de los derechos, sin que el solo diagnóstico de una enfermedad cognitiva o psicosocial, sea un indicio suficiente para derivar el impedimento en una actuación directa. En otras palabras, el juez constitucional debe velar porque existan escenarios en los que las personas con discapacidad, en virtud de su capacidad jurídica, se apropien de sus derechos y de la facultad para proceder a su ejercicio, con miras a fortalecer su independencia e inclusión en la vida social”* (Subraya el Juzgado)

En consecuencia, a juicio del despacho carece de legitimación por activa el agente oficioso y en tal virtud se debió denegar la tutela por el impetrada, por tal virtud se confirmará el fallo venido en alzada y en su defecto se denegará.

Teniendo en cuenta lo anterior el despacho confirmará la decisión de 1° instancia

Atendiendo a las motivaciones precedentes, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

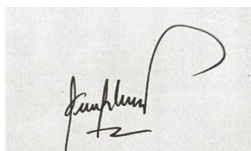
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de fecha veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2022), proferido por el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, por las razones consignadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Notifíquese esta sentencia a las partes intervinientes, al Juez de Primera Instancia y al Defensor del Pueblo.

TERCERO: Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



T- 2022-00110-01

GERMAN RODRIGUEZ PACHECO

Juez

Firmado Por:

German Emilio Rodriguez Pacheco

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 001

Soledad - Atlantico

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **fbcf695df435c6ef43bdfa4b301906a9ed10e17cdc92e4c2d8cdc54c139f2bb2**

Documento generado en 12/05/2022 07:14:47 PM

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

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