



Floridablanca, diez (10) de noviembre de dos mil veinte (2020).

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA
RADICADO	T- 682764189006-2020-00333-00
ACCIONANTE	ELIZABETH MONROY REY en calidad de agente oficiosa de GILBERTO MUÑOZ SAAVEDRA
ACCIONADO	NUEVA EPS
ASUNTO	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

I-) ASUNTO A TRATAR

Se procede a resolver de fondo la acción de tutela instaurada por el señor GILBERTO MUÑOZ SAAVEDRA, mediante agente oficiosa, en contra de NUEVA E. P. S. al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, seguridad social, e igualdad.

1. ANTECEDENTES

1.1 PRETENSIONES

Solicita que se ordene a NUEVA E. P. S. autorizar dos turnos diarios para las 24 horas del día de cuidador de manera permanente. Así mismo que se autorice y entregue bala de oxígeno para que sea enviada al domicilio del agenciado.

1.2 HECHOS

Como fundamentos fácticos para interponer la presente acción, la agente oficiosa relacionó los siguientes:

- Que su padre, GILBERTO MUÑOZ SAAVEDRA, de 83 años, se encuentra afiliado a la NUEVA EPS, en calidad de beneficiario.
- Que el estado de salud del agenciado está completamente deteriorado por causa de un cuadro de enfermedades incapacitantes, de las que resaltó: EPOC, -enfisema y bronquitis crónica son las afecciones denominadas como EPOC-, TB pulmonar, Hipotiroidismo, recurrentes IVU o infecciones del tracto urinario, Hiponatremía, entre otras.
- Que consecuencia de las afecciones, se encuentra en estado de *postración*, que le impide valerse por sí mismo, al punto de ser calificado por los galenos en la escala de Barthel, *que es el instrumento utilizado por distintos profesionales sanitarios para la valoración funcional de un paciente y su rehabilitación*, en un porcentaje de 30/100, que *“corresponde a una persona que tiene una dependencia severa de otra persona, para poder realizar todas sus actividades, tales como caminar, comer, ir al baño”*.
- Que, a pesar de que el agenciado es un hombre que mide 1.77 mts, su peso no sobrepasa los 41 kg, cuando, según la tabla nutricional, su peso ideal debe estar en 68.1 kg.
- Que, en este momento, su progenitora, MARÍA VIRGINIA REY, no puede encargarse de los cuidados que requiere Gilberto, comoquiera que cuenta con 77 años de edad y fue diagnosticada con diabetes mellitus, glaucoma, hipertensión arterial, hipotiroidismo y depresión, amén de que no posee la fuerza suficiente para movilizarlo y cambiarle los pañales, por lo que actualmente padece de fuertes dolores de espalda.
- Que si bien ella vive con sus padres, tampoco puede encargarse de sus cuidados básicos, pues se desempeña como auxiliar de enfermería y no cuenta con el tiempo que él requiere.
- Que el núcleo familiar no cuenta con la capacidad económica para asumir los costos de los turnos de un cuidador para el Sr. Muñoz Saavedra, pues (i) aquel no cuenta con pensión alguna (ii) su progenitora recibe una pensión que asciende a un salario mínimo, (iii) su hermano labora como vigilante y tiene una asignación salarial del mínimo, con el que cubre el sustento de su esposa y sus 2 hijos y (iv) ella depende únicamente de los turnos que mensualmente pueda hacer como auxiliar de enfermería.

1.3 TRAMITE Y RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Instaurada la acción de tutela, fue avocado el conocimiento de la misma por auto del 27 de octubre de los corrientes, en el que se concedió la medida provisional y se ordenó la notificación a la EPS accionada; así mismo, se ordenó la vinculación del ADRES. A los mencionados se les corrió el traslado respectivo por el término de 48 horas para los fines pertinentes.



La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, luego de realizar un recuento normativo, indicó que es función de la EPS prestar los servicios en salud que requiere el actor, de forma integral y sin retrasos, pues de lo contrario se estaría poniendo en riesgo la vida y salud del afiliado con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas por el Plan de Beneficios de Salud con cargo a la UPC.

Por otra parte, afirmó que las pretensiones relacionadas con la facultad de recobro de las EPS, constituyen una solicitud antijurídica, comoquiera que en virtud de las Resoluciones 205 y 206 de 2020 proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, *“se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y que no se encuentren excluidos de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015”*. Y, concluyó que lo que anteriormente era objeto de recobro, ahora quedó a cargo de las eps, pues los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios.

Indicó que la exoneración de copagos y cuotas moderadoras debe analizarse de acuerdo a las patologías del solicitante.

De acuerdo con lo expuesto, solicitó su desvinculación del presente trámite constitucional y, de forma subsidiaria, deprecó se deniegue la facultad de recobro y que, en lo sucesivo, se abstenga de vincular a la adres *“en las oportunidades que traten asuntos relacionados con temas de prestación de servicios”*.

Por su parte NUEVA E. P. S. informó que el señor GILBERTO MUÑOZ SAAVEDRA se encuentra afiliado al régimen contributivo en calidad de beneficiario. Indicó, además, que ha brindado al agenciado los servicios que ha requerido, sin embargo, que estos están sujetos a las prescripciones de los médicos tratantes adscritos a la red de servicios contratada para cada especialidad.

Frente a la orden de la medida provisional concedida por este Despacho informó que había ordenado el suministro de la bala de oxígeno y oxígeno domiciliario por cánula nasal y, que la atención domiciliaria, por medicina general, se encontraba en gestión. Luego, en escrito del 6 de noviembre de los corrientes, allegó la constancia de entrega de la bala de oxígeno.

Posteriormente, argumentó que la integralidad solicitada se da por parte de la Nueva E.P.S, teniendo en cuenta las necesidades médicas y la cobertura al POS o POS-S, a su vez señala que no se deben exceder los lineamientos de la normatividad vigente y cita el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991 indicando que la vulneración o amenaza debe ser actual e inminente, por lo que no es dable emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados y al respecto relaciona posturas jurisprudenciales sobre el principio de integralidad.

A su vez, manifestó que los jueces no se encuentran facultados para ordenar prestaciones o servicios de salud sin que medie orden del médico tratante, como quiera que *“el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, aunque no es exclusivo. Ello, en consideración a que por sus conocimientos científicos es el único llamado a disponer sobre las necesidades médico-asistenciales del paciente”*.

Finalmente, como petición principal solicitó denegar por improcedente la tutela y, de forma subsidiaria, pidió que, en caso de conceder los pedimentos del libelo genitor, se ordene ADRES reembolsar todos los gastos en que incurra NUEVA EPS que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de insumos.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

2.1. COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer la acción de tutela impetrada de conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, los contenidos en el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2.2 PROBLEMA JURÍDICO.



Al Despacho le corresponde determinar, si en el presente caso, ¿NUEVA E. P. S. ha vulnerado o no los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, seguridad social, e igualdad, de GILBERTO MUÑOZ SAAVEDRA al no autorizar y suministrar la bala de oxígeno y oxígeno domiciliario, así como servicio de cuidador las 24 horas?

2.2.1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE AL DERECHO A LA SALUD.

Según la Corte Constitucional en sentencia T-121/2015 reiteró:

“La salud tiene dos facetas distintas, que se encuentran estrechamente ligadas: por una parte, se trata de un servicio público vigilado por el Estado; mientras que, por la otra, se configura en un derecho que ha sido reconocido por el legislador estatutario como fundamental, de lo que se predica, entre otras, su carácter de irrenunciable. Además de dicha condición, se desprende el acceso oportuno y de calidad a los servicios que se requieran para alcanzar el mejor nivel de salud posible.”

2.2.2. DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS

Ha recordado la Corte Constitucional en la sentencia C-239/2007, que la vida es un valor constitucional, pues no sólo se protege la vida como derecho (artículo 11 de la C.P.), sino que la incorpora como un valor del ordenamiento, que implica deberes del Estado y los particulares, y competencias de intervención.

El aspecto que está en juego en la presente acción de tutela es la salud y por esta vía la vida de una persona, la cual debe tener prioridad en su protección, por encima de cualquier consideración mezquina. La Corte Constitucional (sentencia T-370 de 1999) acertadamente puntualizó que:

“La protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual. No es aceptable que en un estado social de derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución) y en la conservación del valor de la vida (preámbulo y artículo 11 de la Constitución), no se puede tolerar que ante el apremio de un individuo de recibir un tratamiento médico para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económicos, o una disposición de carácter legal”.

2.2.3. ATENCIÓN DOMICILIARIA- Procedencia del servicio de cuidador domiciliario en circunstancias especiales/SERVICIO DE CUIDADOR PERMANENTE.

“El servicio de cuidador está expresamente excluido del P. O. S., conforme la Resolución 5521 de 2013, que en su artículo 29 indica que la atención domiciliaria no abarca «recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores». Dado principalmente su carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud, la Corte ha dicho que en términos generales el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que viven con ella, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad. Así, compete en primer lugar a la familia solidarizarse y brindar la atención y cuidado que necesita el pariente en situación de indefensión. En virtud de sus estrechos lazos, la obligación moral descansa en primer lugar en el núcleo familiar, especialmente de los miembros con quien aquél convive. Con todo, si estos no se encuentran tampoco, principalmente, en la capacidad física o económica de garantizar ese soporte, el servicio de cuidador a domicilio, cuya prestación compromete la vida digna de quien lo necesita, debe ser proporcionado por el Estado.”¹

Bajo estos parámetros normativos y jurisprudenciales se abordará el estudio de la situación que se pone de presente.

III. PRUEBAS

3.1 Pruebas aportadas por parte de la accionante.

- Copia de certificación expedida por el Seguro Social
- Copia de certificación laboral de Elizabeth Muñoz
- Copia de historia clínica y ordenes médicas de GILBERTO MUÑOZ SAAVEDRA.
- Copia de historia clínica de María Virginia Rey.

¹ Sentencia T-096 de 2016, Corte Constitucional.



3.2 Pruebas aportadas por parte de NUEVA EPS.

- Pantallazo de informe de Customer Care Center.

IV. CASO EN CONCRETO

En el caso que nos ocupa, el accionante GILBERTO MUÑOZ SAAVEDRA, mediante agente oficiosa, solicita que se ordene a NUEVA EPS autorizar y entregar bala de oxígeno domiciliaria y servicio de cuidador 24 horas.

El ADRES solicitó su desvinculación del trámite, tras asegurar que la obligación de prestar los servicios de salud y suministrar los insumos que requiere el libelista se encuentra únicamente en cabeza de la EPS accionada.

Igualmente, manifestó que en virtud de las Resoluciones 205 y 206 de 2020, proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, no es viable conceder el recobro ante la administradora de los recursos de salud, toda vez los recursos de salud ahora se giran antes de la prestación de los servicios y, por ende, lo que anteriormente era objeto de recobro, ahora quedó a cargo de las EPS.

A su turno, NUEVA EPS informó que la bala de oxígeno y oxígeno domiciliario, en virtud de la orden de la medida provisional, fue entregada al agenciado, mientras que la atención médica domiciliaria para determinar la necesidad del cuidador se encuentra en trámite.

Además, resaltó que los jueces no se encuentran facultados para ordenar prestaciones o servicios de salud sin que medie orden del médico tratante, como quiera que el concepto de aquel es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud.

De entrada, es necesario señalar que, de conformidad con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho a la vida no es solo la posibilidad de existencia en sí misma, sino que tal derecho tiene un alcance mucho más amplio comprendiendo también el concepto de vida digna, el cual hace referencia a que además de la conservación de la existencia esa vida esté circundada por un ambiente que lo haga digno y agradable.

En efecto, como lo ha expuesto el máximo órgano Constitucional, el derecho a la vida *“no significa tan solo la posibilidad de simple existencia, cualquiera que sea, sino que por el contrario, una existencia en condiciones dignas y cuya negación es precisamente la prolongación de dolencia física, la generación de nuevos malestares y el mantenimiento de un estado de enfermedad, cuando es perfectamente posible mejorarla en aras de obtener una óptima calidad de vida”* (Sentencia Corte Constitucional T-645, Noviembre de 1998).

Ahora, en el marco de las consideraciones expuestas, encuentra esta Judicatura que el Sr. GILBERTO MUÑOZ SAAVEDRA es una persona de especial protección constitucional, toda vez que hace parte del grupo poblacional de la tercera edad y que padece de diversas enfermedades y desnutrición, que lo ponen en condiciones de vulnerabilidad, además, con escasa locomoción, por lo que la protección pedida por la vía constitucional es procedente.

Descendiendo al sub iudice, si bien se observa que la solicitud del servicio de cuidador las 24 horas del día no figura en la historia clínica allegada por la accionante, lo cierto es que debido a las patologías que padece el paciente, quien fue calificado en el índice de Barthel en un porcentaje de 30/100, lo cual indica un grado de dependencia grave² y, por tanto se infiere, que requiere de terceras personas para realizar sus actividades básicas y, además, su núcleo familiar no está en condiciones de garantizar sus cuidados, pues está compuesto por su esposa, de 77 años de edad, quien padece de sus propias dolencias, y de su hija quien se desempeña como auxiliar de enfermería 24 horas, el amparo debe prosperar, no en los términos pedidos sino para ordenar que, mediante visita médica domiciliaria, se determine el estado actual de salud del paciente, el deterioro del mismo, y la condición y grado de dependencia.

Es pertinente señalar que no es viable emitir orden distinta a la anterior, toda vez que esta Judicatura no cuenta con los conocimientos necesarios para establecer la pertinencia y necesidad en la concesión del servicio solicitado, y que si bien la situación aquí propuesta debe ser protegida por esta vía, en tanto se encuentra involucrada una persona de la tercera edad con múltiples

² Gaceta Sanitaria. Volume 23, Issue 1, January–February 2009, Pages 49-54



enfermedades; es necesario que los profesionales en la salud establezcan si es procedente su autorización y, de ser el caso, el término por el cual lo requiere.

Como corolario de lo anterior, se ordenará a NUEVA EPS, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, autorice y practique visita médica domiciliaria, por el médico tratante o del especialista en la enfermedad que padece, adscrito a dicha E.P.S., a fin de que determine la necesidad de cuidador permanente o las 24 horas día, o enfermera domiciliaria, dada la condición del paciente, su actual estado de salud y calificación de la escala de Barthel. Igualmente, se dispondrá que la E.P.S. de manera inmediata o a más tardar en el término de 48 horas siguientes a la visita domiciliaria, autorice la prestación del servicio que disponga el médico domiciliario y designe el personal que deberá cumplir dicha labor; debiendo efectuar valoración periódica médica domiciliaria, previamente a suspender el servicio a fin de establecer si dada la condición del paciente ya no requiere el mismo.

Por otra parte, según se evidencia de la historia clínica aportada, el Sr. Muñoz Saavedra padece, entre otras, de enfermedad pulmonar obstructiva crónica –EPOC- y por tanto el oxígeno domiciliario por cánula nasal + bala de transporte, ordenado por el médico tratante, es un insumo médico indispensable para conservar la salud, integridad y dignidad del accionante y, por lo que es indiscutible que es obligación de la entidad prestadora de salud garantizar el acceso al mismo con calidad, eficacia y oportunidad, tal como lo ha manifestado reiteradamente la Corte Constitucional.

No obstante lo anterior, una vez notificada de la medida provisional concedida a favor del demandante, la NUEVA EPS procedió a entregar en el domicilio del agenciado cilindro portátil de oxígeno de manera permanente, tal como se evidencia de la respuesta dada por la entidad prestadora de salud adiada del 3 de noviembre de la presente anualidad; hecho que además fue corroborado con la accionante en comunicación telefónica sostenida el día 9 de noviembre, de la que obra constancia secretarial, por lo que se constituye la carencia actual de objeto por hecho superado, al observarse que la situación denunciada en este sentido por la agente oficiosa ya se encuentra superada y, por ende, así se declarará.

Finalmente frente a la facultad de recobro que solicita se conceda la EPS accionada, se advierte que a través de la Resolución 205 del 17 de febrero de 2020, complementada por la Resolución 206, el Ministerio de Salud estableció las disposiciones en relación con el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación –UPC, en la que se definió el monto máximo asignado para cada Entidad Prestadora de Salud para la vigencia del año 2020 y, por tanto, se torna improcedente el recobro.

Por último, en el evento de no ser apelada la presente determinación envíese para su eventual revisión ante la Honorable Corte Constitucional dentro del término de ley. Notifíquese a las partes esta decisión por el medio más expedito.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEXTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE FLORIDABLANCA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. RESUELVE

PRIMERO.- TUTELAR los derechos a la salud y vida en condiciones dignas del señor GILBERTO MUÑOZ SAAVEDRA, quien actúa por conducto de agente oficiosa, contra NUEVA E. P. S., por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a NUEVA E.P.S. por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a:

- i) practicar valoración médica domiciliaria al señor GILBERTO MUÑOZ SAAVEDRA, la cual deberá estar a cargo del médico tratante y/o especialista en el manejo de las patologías que padece, adscrito a la entidad, a fin de determinar si requiere de la asistencia de cuidador o enfermera permanente las 24 horas día.
- ii) Una vez determinado por el galeno el servicio que requiere el señor GILBERTO MUÑOZ SAAVEDRA, dada su condición de dependencia, su edad y el estado de salud, las patologías que presenta, deberá en el término de 48 horas siguientes a la emisión de la orden médica, autorizar la prestación del servicio y designar el personal que ha de cumplir dicha labor;



debiendo efectuar valoración periódica médica domiciliaria, previamente a suspender el servicio a fin de establecer si la condición de la paciente ya no requiere del mismo.

TERCERO.- DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO, frente a la solicitud de ordenar a la NUEVA EPS autorizar y suministrar el oxígeno domiciliario por cánula nasal al señor GILBERTO MUÑOZ SAAVEDRA, por lo dicho en la parte motiva.

CUARTO.- NEGAR la solicitud de recobro de la EPS ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- NOTIFICAR el presente fallo de acuerdo a lo previsto por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO.- La presente decisión puede ser impugnada, en concordancia con el artículo 31, inciso primero del Decreto 2591 de 1991. De no ser recurrida esta decisión, remítase el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LAURA PAOLA GARCÍA FONTECHA
JUEZ

JUZGADO SEXTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y
COMPETENCIA MÚLTIPLE
FLORIDABLANCA, SANTANDER

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

La anterior providencia se notifica por ESTADO
No. 118 de hoy 11 de noviembre de 2020.