



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
JUZGADO TERCERO PROMISCOUO MUNICIPAL DE MAGANGUÉ

Sentencia N° 094

Rad.: 13 - 430 – 40 – 89 – 003 – 2020 – 00211– 00

Magangué, Bolívar, dos (2) de octubre de dos mil veinte (2020)

1. ANTECEDENTES

MARTHA HERNÁNDEZ VILLADIEGO, actuando como agente oficioso del señor ANDRÉS DAVID ABUABARA HERNÁNDEZ, instaura acción de tutela contra MUTUAL SER EPS, para que le sean protegidos los derechos fundamentales a la salud, vida, seguridad social e igualdad, los cuales estima vulnerado por los hechos que a continuación se sintetizan:

- Relata la agente oficiosa que el señor ANDRÉS DAVID ABUABARA HERNÁNDEZ tiene diagnóstico médico clínico por padecer parálisis cerebral secuela por meningitis infantil, convulsiones frecuentes, retraso sicomotor severo estipuladas en la historia clínica por el médico tratante.
- Que debido a su patología no se puede movilizar por sus propios medios y es un paciente medicado, y que no cuenta con las condiciones físicas ni económicas, para brindarle el cuidado necesario que debe tener su hijo ANDRÉS DAVID ABUABARA HERNÁNDEZ.
- Que el día 30 de julio del año en curso presentó petición ante la EPS MUTUAL SER, el cual no resolvió de manera favorable, aludiendo que no requiere de los servicios (HOME CARE, ENFERMERA DOMICILIARA 24 HORAS, SILLA DE RUEDA Y DEMÁS)

2. PRETENSIONES

Con base en los anteriores hechos, la gente oficiosa solicita se ampare los derechos fundamentales a la salud, vida, seguridad social e igualdad del accionante, y como consecuencia de ello se ordene a la MUTUAL SER EPS, el suministro los servicios de home care, enfermera domiciliaria 24 horas, silla de rueda tal y como lo ordena el médico tratante y suministre de manera integral cada uno de los procedimientos e insumos necesarios para la atención a la enfermedad que padece el accionante.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

La acción de tutela fue admitida mediante auto del 24 de septiembre de 2020 y se requirió al representante legal de MUTUAL SER EPS, para que rindiera un informe pormenorizado sobre los hechos que dieron origen a la presente acción.

La entidad accionada a través de su Coordinadora Regional Bolívar contesto la acción manifestando que han sido garantistas de sus derechos, cumpliéndole con cada una las citas médicas solicitadas, así como con terapia en casa y respiración, sobre la solicitud de turnos de enfermería, se señala que ello es requisito fundamental para acceder o no al mismo, el cual como lo puede observar su señoría en los elementos

adjuntados, emite el evaluador su resultado. Por último conforme a la solicitud de la silla de rueda, se indica que no son ellos los directamente responsables para tal suministro, ya que, la silla de ruedas como ayudas técnicas conforme a la NTC 9999 al corresponder a la movilidad no puede prescribir por Mipres.

Finalmente solicitan se declare la improcedencia de la presente acción de tutela, toda vez que no se agota el requisito de subsidiariedad, como quiera que existe un mecanismo eficaz para tramitar la solicitud del accionante, de conformidad con el precedente de la Corte Constitucional.

4. PRUEBAS

4.1. Aportadas por la parte accionante

- Copia simple de cédula, como agente oficioso
- Copia simple cedula del accionante.
- Copia historia clínica
- Copia de órdenes médicas.

4.2. Aportadas por la parte accionada

- Evaluación de la escala de medición requerimiento de turnos de enfermería
- Historia clínica emitida por medicina general
- Historia clínica emitida por fonoaudiología
- Historia clínica emitida por terapia física y respiratoria

5. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

El Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Magangué es competente para conocer del presente trámite de tutela en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991.

5.2. Problema Jurídico

Corresponde al Despacho determinar si, en el presente caso, ¿Si Mutual Ser EPS vulnera o amenaza los derechos fundamentales a la salud, vida, seguridad social e igualdad, del joven Andrés David Abuabara Hernández, en su condición de discapacidad, al no prestarle el servicio de “Home Care” y silla de rueda ordenado por el médico tratante?

Con el objeto de resolver el cuestionamiento planteado, esta casa judicial abordará los siguientes temas: (i) la agencia oficiosa; (ii) la salud como derecho fundamental; (iii) La atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y cuidador. Reiteración de jurisprudencia; (iv) el principio de integralidad predicable del derecho a la salud y los casos en los que procede la orden de tratamiento integral; (v) La prohibición de anteponer barreras administrativas para la prestación del servicio de salud y las reglas relativas a la entrega de silla de ruedas en el marco de la acción de tutela y (vi) análisis del caso en concreto.

5.2.1. La agencia oficiosa¹.

El artículo 86 de la Constitución consagra que toda persona tendrá derecho a acudir a la acción de tutela para solicitar ante los jueces, en todo momento y lugar, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Igualmente, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 expone:

“Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También, se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”. (Subraya fuera del texto).

Entonces, si una persona considera que sus garantías constitucionales fueron vulneradas puede ejercerse la acción de tutela: (i) por sí misma, (ii) a través de un representante, (iii) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, o (iv) mediante la agencia oficiosa, siempre y cuando la persona no se encuentre en condiciones para actuar directamente .

En relación con la agencia oficiosa la Corte ha señalado que resulta procedente que un tercero interponga acción de tutela en nombre de otra persona cuando ella no puede ejercerla directamente, situación que se debe manifestar en la demanda de amparo. Con base en ello la Corte ha reiterado los elementos para que proceda la agencia oficiosa en materia de tutela, a saber:

“(i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio”.

Como puede notarse, en materia de tutela no se pueden agenciar derechos ajenos cuando no se comprueba la imposibilidad del titular de los mismos para ejercer su propia defensa bajo el entendido de que solo este puede disponer de sus derechos y propender su protección a través del amparo. Esto con el objeto de evitar que cualquier persona, bajo el pretexto de la protección de los derechos de otro, pueda lucrarse al ver satisfechos sus propios intereses u obtener decisiones que contraríen la voluntad del individuo cuyos derechos se dicen agenciar, ya que “[e]l sistema jurídico no debe propiciar que se tome o aproveche el nombre de otro, sin ninguna clase de advertencias, para provocar decisiones judiciales con intereses reales distintos o contra la voluntad del verdadero titular de los derechos que se invocan”.

La jurisprudencia de este Tribunal ha permitido que los padres, los hijos, los hermanos, los cónyuges, los compañeros o el cuñado, entre otros sujetos, puedan

¹ Sentencia T-609/15

agenciar oficiosamente el derecho de una persona que requiere un servicio de salud para garantizar su vida o integridad personal, presumiendo la incapacidad para acudir directamente a la jurisdicción cuando una persona padece de alguna enfermedad catastrófica. Sobre el particular ha señalado:

“Se presume la incapacidad para acudir directamente a la jurisdicción cuando una persona padece de una enfermedad catastrófica. Concretamente en casos, en los que la persona que solicita la tutela de sus derechos a la vida y a la salud, por medio de agente oficioso, padece cáncer y está en tratamiento, la jurisprudencia ha presumido su incapacidad para defenderse por sí misma, en razón al alto impacto que tienen los tratamientos actualmente existentes en la integridad física y psicológica de toda persona”.

Si bien es cierto que en algunos casos la Corte ha permitido agenciar oficiosamente el derecho de una persona que requiere un servicio de salud, presumiendo la imposibilidad de aquella para promover su propia defensa con ocasión a una enfermedad catastrófica, también lo es que en el expediente debe existir prueba que acredite el delicado estado de salud que soporta el paciente y que implique la existencia de una incapacidad física o mental que le impida presentar por sí misma la acción de tutela.

3.4. En ese orden, este Tribunal ha indicado que no basta con la sola manifestación de que se actúa como agente oficioso para finalizar la actividad procedimental, ya que deberá acreditarse unos requisitos procesales so pena de invalidar su actuación.

Se tiene entonces que los agentes oficiosos pierden la calidad de tal cuando la persona que está imposibilitada para presentar el amparo de tutela (i) no demuestra su incapacidad o (ii) no ratifica lo actuado por el agente oficioso. Así que al perder la vigencia la actuación procesal del agente la tutela no puede continuar con su trámite puesto que se está incurriendo en indebida legitimación en la causa por activa.

5.2.2. La salud como derecho fundamental².

La Carta Política, en su artículo 48, señala que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Asimismo, en su artículo 49 dispone que *“la atención en salud y saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”*.

La jurisprudencia constitucional ha precisado que la salud es un derecho fundamental autónomo que comprende un conjunto de bienes y servicios que permitan, conforme con los lineamientos consagrados en distintos instrumentos internacionales, garantizar su nivel más alto posible. Al respecto la Sentencia C-252 de 2010 expuso:

“La Corte en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo 241 de la Constitución, vías control abstracto y concreto, ha protegido el derecho a la salud como un derecho fundamental bajo tres aspectos. Una inicial, en su carácter social por el factor de conexidad con derechos fundamentales como la vida, la integridad

² Sentencia T 727/12

y la dignidad humana. Otra cuando el accionante tiene la calidad de sujeto de especial protección constitucional. Y finalmente, se ha reconocido el carácter de derecho fundamental autónomo”.

De otro lado, la Observación General 14 de 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indicó *“la salud es un derecho humano fundamental indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Al respecto, el Comité insiste en la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en tanto está ‘estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos’, refiriéndose de forma específica al ‘derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación’. Para el Comité, ‘esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud’”.*

La Corte Constitucional reconoce a la salud como un derecho fundamental autónomo del cual emanan dos clases de obligaciones: *“(i) las de cumplimiento inmediato al tratarse de una acción simple del Estado que no requiere mayores recursos o requiriéndolos la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata, o (ii) de cumplimiento progresivo por la complejidad de las acciones y recursos que se requieren para garantizar de manera efectiva el goce del derecho”.*

Igualmente, esta Corporación ha protegido el derecho a la salud cuando: *“(i) esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falla de capacidad económica para hacer valer su derecho”.*

De lo anterior se concluye que la acción de tutela, como medio constitucional de protección de los derechos fundamentales, ampara la salud garantizándoles a todas las personas el acceso a los *“servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad”.*

5.2.3. La atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y cuidador. Reiteración de jurisprudencia.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en la Ley 100 de 1993 ha dispuesto los mecanismos y estructuras a través de los cuales se hace efectivo el derecho fundamental a la salud de los colombianos (regulado mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015).

En relación con las prestaciones que dicho sistema asegura para sus usuarios, la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 estableció el ahora denominado “Plan de Beneficios en Salud” en el cual se contempla la atención médica domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación (UPC).

Al respecto, el artículo 26 prevé a esta modalidad de atención como una *“alternativa a la atención hospitalaria institucional”* que debe ser otorgada en los casos en que

el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado.

Esta Corporación ha destacado que, en específico, el auxilio que se presta por concepto de “*servicio de enfermería*” constituye una especie o clase de “*atención domiciliaria*” que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente.

De conformidad con esto, debe entenderse que se trata de un servicio médico que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado y que su suministro depende de unos criterios técnicos-científicos propios de la profesión que no pueden ser obviados por el juez constitucional, por tratarse de una función que le resulta completamente ajena.

En relación con la atención de cuidador³, 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 médico⁴, esta Corte ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado. Ello, pues propende por garantizar los cuidados ordinarios que el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, y no tiende por el tratamiento de la patología que lo afecta. No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia del 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.

En ese sentido, resulta pertinente llamar la atención en que el Ministerio de Salud y de la Protección Social, mediante Resolución 5267 del 22 de diciembre de 2017, estableció el listado de los procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud, entre los que omitió incluir expresamente el servicio de cuidador. Motivo por el cual se evidencia que este tipo específico de “servicio o tecnología complementaria”⁵ se encuentra en un limbo jurídico por cuanto no está incluido en el Plan de Beneficios, ni excluido explícitamente de él.

³ En relación con los cuidadores, la Sentencia T-154 de 2014 expresó que éstos: “(i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.”

⁴ Al respecto, la Sentencia T-096 de 2016 indicó: “Las actividades desarrolladas por el cuidador, según lo anterior, no están en rigor estrictamente vinculadas a un servicio de salud, sino que le hacen más llevadera la existencia a las personas dependientes en sus necesidades básicas”.

⁵ De conformidad con la Resolución No 3951 del 31 de agosto de 2016, estos servicios corresponden a aquellos que “si bien no pertenece[n] al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad.”

Por su parte, la Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016⁶ estableció el procedimiento para que, cuando se ordenen servicios complementarios, sea posible efectuar el recobro de los gastos generados ante el FOSYGA o, en el caso del régimen subsidiado, la entidad territorial correspondiente⁷. A pesar del establecimiento de las exclusiones explícitas, el sistema le ha dado a este servicio el tratamiento de aquellos que no se financian con cargo a la UPC y, por tanto, habrán de ser recobrados al fondo o autoridad territorial correspondiente.

Se destaca que de conformidad con la interpretación dada por esta Corte a la Ley 1751 de 2015, estatutaria del derecho fundamental a la salud, en la Sentencia C-313 de 2014, la administración cuenta con la carga de desarrollar el sistema de salud como uno de naturaleza de exclusiones en virtud del que todo aquello que no se encuentre explícitamente excluido, se halle incluido.

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.

En Sentencia T-801 de 1998, se expresó que: *“En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir mas allá de las desavenencias personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)”*.

Para esta Corte, los deberes de solidaridad descritos no obligan a los miembros del núcleo familiar, esto es, los primeros llamados a ejercer la función de cuidadores, a sacrificar definitivamente el goce efectivo de sus derechos fundamentales en nombre de las personas a quienes deben socorrer, pues no se estima proporcionado exigirles que, con independencia de sus circunstancias particulares, deban asumir obligaciones cuyo cumplimiento les resulta imposible.

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

⁶ Contenido que no fue alterado con la expedición de la Resolución 532 del 22 de febrero de 2017.

⁷ Normativa que debe ser leída en concordancia con lo dispuesto en la Resolución 5928 del 30 de noviembre de 2016.

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.

Por ello, se ha considerado que, en los casos excepcionales en que se evidencia la configuración de los requisitos descritos, es posible que el juez constitucional, al no tratarse de un servicio en estricto sentido médico, traslade la obligación que, en principio, corresponde a la familia, de manera que sea el Estado quien deba asumir la prestación de dicho servicio.

En conclusión, respecto de las atenciones o cuidados que pueda requerir un paciente en su domicilio, se tiene que: **(i)** en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiere de una orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente, sin que el juez constitucional pueda arrogarse dicha función so pena de exceder su competencia y ámbito de experticia; y **(ii)** en lo relacionado con la atención de cuidador, esta Corte ha concluido que se trata de un servicio que, en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este se encuentra materialmente imposibilitado para el efecto, se hace obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.

5.2.4. Principio de integralidad predicable del derecho a la salud. Casos en los que procede la orden de tratamiento integral

Con relación al principio de integralidad en materia de salud, esta Corporación ha estudiado el tema bajo dos perspectivas, la primera, relativa al concepto mismo de salud y sus dimensiones y, la segunda, a la totalidad de las prestaciones pretendidas o requeridas para el tratamiento y mejoría de las condiciones de salud y de la calidad de vida de las personas afectadas por diversas dolencias o enfermedades.

Así las cosas, esta segunda perspectiva del principio de integralidad constituye una obligación para el Estado y para las entidades encargadas de brindar el servicio de salud pues les obliga a prestarlo de manera eficiente, lo cual incluye la autorización total de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, terapias, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera y que sean considerados como necesarios por su médico tratante.

Luego, es posible solicitar por medio de la acción de tutela el tratamiento integral, debido a que con ello se pretende garantizar la atención en conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes, que han sido previamente determinadas por su médico tratante. Cuando la atención integral es solicitada mediante una acción de tutela el juez constitucional debe tener en cuenta que esta procede en la medida en que concurran los siguientes supuestos:

(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto

de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.

Con todo, se torna preciso aclarar que este Tribunal ha identificado una serie de casos en los que se hace necesario otorgar una atención integral al paciente, independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren dentro de la cobertura del PBS-, cuales son aquellos en los que están involucrados sujetos de especial protección constitucional, vale decir, los que guardan relación con, entre otros, menores de edad, adultos mayores, desplazados, personas con discapacidad física, o que padezcan de enfermedades catastróficas.

Finalmente, debe destacarse que la protección deprecada ha ampliado su cobertura, en tanto que en la actualidad también se ha reconocido la existencia de otros casos excepcionales en los cuales cuando las personas exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones límites que los agobian.

En efecto, en el artículo 10º de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, se definen los derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Específicamente, su *literal q* establece que las personas tienen el derecho a “agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de su enfermedad”. Al respecto, en el control previo de constitucionalidad al proyecto de ley estatutaria, esta Corporación reiteró que la efectividad del servicio, tecnología, suministro etc., depende del paciente y su entorno; encontrando exequible, la inclusión del principio de integralidad (artículo 8º) en la referida ley estatutaria, al resultar importante para la realización efectiva del derecho al servicio a la salud, consagrado en los artículos 2 y 49 de la Carta.

5.2.5. La prohibición de anteponer barreras administrativas para la prestación del servicio de salud y las reglas relativas a la entrega de silla de ruedas en el marco de la acción de tutela⁸

En relación con los principios abordados anteriormente, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la prestación efectiva y eficiente del servicio de salud no puede interrumpirse o fraccionarse con base en barreras administrativas que deban adelantar las entidades prestadoras de salud y/o conflictos entre los distintos organismos que componen el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Es así, como la sentencia T-405 de 2017 indicó sobre este tema que: ***“la negligencia de las entidades encargadas de la prestación de un servicio de salud a causa de trámites administrativos, incluso los derivados de las controversias económicas entre aseguradores y prestadores, no puede ser trasladada a los usuarios por cuanto ello conculca gravemente sus derechos, al tiempo que puede agravar su condición física, psicológica e, incluso, poner en riesgo su propia vida. De ahí que la atención médica debe surtir de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de integralidad y continuidad, sin que sea constitucionalmente válido que los trámites internos entre EPS e IPS sean imputables para suspender el servicio”***.

⁸ T-239/19

En consecuencia, las EPS no pueden aducir dificultades administrativas o de trámite para suspender o negar servicios de salud requeridos por los pacientes, menos aún, cuando se trata de personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad y/o revisten las calidades de *sujeto de especial protección constitucional*.

Como ejemplo de ello, esta Corporación ha enfatizado en varias ocasiones que si un profesional de la salud determinó que un paciente necesita la realización de algún procedimiento o la entrega de un medicamento o insumo, las EPS tienen el deber de proveérselo, sin importar si están incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS) con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

En el caso de las sillas de ruedas, se encuentra que la Resolución 5857 de 2018, en su artículo 59, parágrafo 2°, dispuso que “*no se cubren con cargo a la UPC sillas de ruedas, plantillas y zapatos ortopédicos*”. Sin embargo, esto no quiere decir que se trate de instrumentos excluidos del PBS, pues estos se encuentran listados en la Resolución 244 de 2019 y ésta omite referencia alguna a las sillas de ruedas.

Además, se destaca que de ninguna manera se trata de elementos “*que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas*”, tal como reza uno de los criterios de exclusión establecidos en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015⁹.

Tampoco puede aducirse que su cobertura corresponde a programas de integración social que adelantan los entes territoriales para personas con discapacidad, pues su entrega no tiene como fin *promover que todos tengan las mismas oportunidades para participar, relacionarse y disfrutar de un bien, servicio o ambiente, sin ninguna limitación por razones de discapacidad*¹⁰, como lo refiere la Ley Estatutaria 1618 de 2013, por la cual se garantizan los derechos de esta población.

En contraste, la Corte considera que la entrega de sillas de ruedas prescritas por razones médicas, tiene como fin menguar las condiciones de vulnerabilidad en que se encuentra una persona debido a una determinada afectación de salud, lo cual busca permitir que el paciente pueda tener una vida en condiciones de dignidad humana, eje y fundamento de los derechos humanos, del Estado colombiano y, claramente, del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

⁹ El cual establece: “Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente”.

¹⁰ Ley 1618 de 2013. Artículo 2.2. Definición de Inclusión social.

De esta manera, la Corte enfatiza que las sillas de ruedas sí hacen parte de los insumos que deben ser cubiertos por el sistema de salud, sin embargo no son financiados con cargo a la UPC, sino que deben ser pagados por la EPS y después recobrados a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES).

Dicho procedimiento se encuentra regulado en la Resolución 1885 de 2018, *“Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones”*.

Al respecto, la reciente sentencia T-464 de 2018 explicó, en un caso semejante, que la prestación de servicios de salud y/o entrega de medicamentos o insumos debe analizarse con base en tres posibilidades:

“i. Que se encuentren incluidos en el PBS con cargo a la UPC, en cuyo caso, al ser prescritos, deben ser suministrados por la EPS y financiados por la UPC;

*ii. Que no estén expresamente incluidos en el PBS con cargo a la UPC o que, a pesar de estarlo en el PBS, no sean financiados por la UPC. **En este evento, se deberá adelantar el procedimiento previsto por la Resolución 1885 de 2018 para su suministro y para que la EPS solicite el recobro a la ADRES.** Adicionalmente, en caso de ser reclamados en sede de tutela, el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de los requisitos decantados por la jurisprudencia de esta Corporación para ordenar su autorización; o*

iii. Que se encuentren excluidos expresamente del Plan de Beneficios en Salud, como consecuencia del procedimiento de exclusión previsto por la Resolución 330 de 2017.”

Como puede evidenciarse, las sillas de ruedas se enmarcan en el segundo escenario y, por lo tanto, las EPS deben entregarlas sin anteponer barreras administrativas a los pacientes y surtiendo el procedimiento establecido en la Resolución 1885 de 2018 para solicitar el respectivo recobro a la ADRES.

Además, si se reclama dicho instrumento por medio de acción de tutela, la sentencia mencionada refiere que: *“de acuerdo con las reglas decantadas por la jurisprudencia constitucional para los insumos y servicios incluidos en el PBS, las sillas de ruedas deben ser suministradas por las EPS cuando hayan sido ordenadas por un médico adscrito a la EPS”*.

Sobre este punto, las sentencias T-032, T-464, T-491 de 2018 y T-014 de 2017, entre otras, reiteran que la ausencia de inclusiones explícitas de algún instrumento o ayuda técnica en el Plan Básico de Salud (PBS) no puede ser una barrera administrativa para que las EPS procedan a su entrega.

De manera que, si se incumple esta obligación, es el juez de tutela quien debe intervenir a efectos de salvaguardar los derechos fundamentales bajo amenaza, para lo cual debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

“i. La falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida o a la integridad personal de quien lo requiere;

ii. El servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Plan de Beneficios en Salud;

iii. Ni el interesado ni su núcleo familiar pueden costear las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada a cobrar y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y

iv. El servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien lo solicita, o se puede deducir razonablemente que la persona requiere dicho servicio”.

También se destaca que, esta Corporación ha ordenado la entrega de sillas de ruedas a niños que padecen parálisis cerebral o han sufrido algún tipo de accidente cerebro vascular, incluso si estos instrumentos no han sido prescritos por el médico tratante. Lo anterior, tuvo sustento en que la gravedad de los casos hacía evidente su necesidad para garantizar el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas de los menores.

5.2.6 Del análisis del caso concreto

El accionante a través de agente oficiosa solicita la protección de sus derechos fundamentales a la salud, vida, seguridad social e igualdad, ante la negativa de MUTUAL SER EPS, el suministro del tratamiento el suministro los servicios de home care, enfermera domiciliar 24 horas, silla de rueda tal y como lo ordena el médico tratante.

De lo elementos materiales de prueba que obran en el expediente de tutela, se evidencia que Andrés David Abuabara Hernández de 19 años de edad, presenta un diagnóstico de parálisis cerebral tipo cuadriparesia espástica, epilepsia de difícil control, cianosis en estudio

Teniendo en cuenta los hechos expuestos en la acción de tutela y las precitadas pruebas se infiere que Marta Hernández Villadiego actúa en calidad de agente oficiosa con el objetivo de reclamar el amparo de los derechos fundamentales de su hijo. Lo anterior, con ocasión a que este último no tiene las condiciones médicas para promover su propia defensa. En ese sentido, la accionante le asiste la legitimidad y el interés para actuar en nombre de Andrés David Abuabara Hernández dadas las circunstancias en las que se encuentra.

Por otro lado, la titularidad de los derechos fundamentales que hoy son objeto de estudio, y dada su naturaleza subjetiva, pertenecen a una persona en condición de discapacidad. Por ello, se debe procurar por el derecho que tiene Andrés David a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de su discapacidad. En ese sentido, se deben adoptar las medidas pertinentes para asegurar que acceda a los servicios de salud que requieran sus padecimientos en atención a lo que dispongan su médico tratante.

Siendo así, este despacho entrará la posibilidad de ordenar los insumos y los servicios de salud requeridos por la accionante en el escrito de tutela en favor de su hijo. Se debe indicar que la demandante señaló no tener los recursos económicos para costear los insumos, lo cual no fue desvirtuado por Mutual Ser EPS al momento de contestar la acción de tutela. De esa forma, es deber de la Corte dar aplicación a la regla de presunción de veracidad prevista en el artículo 20 del Decreto Ley 2591 de 1991. En ese sentido, y ante la ausencia de argumentos que desvirtúen la capacidad económica de la accionante por parte de la EPS demandada, resulta obligatorio dar aplicación a las consecuencias jurídicas previstas por el legislador ante tales circunstancias.

La accionante señala que le solicitó a la EPS demandada una silla de ruedas para facilitar los traslados de su hijo, que fuera negada por ya que, la silla de ruedas como ayudas técnicas conforme a la ntc 9999 al corresponder a la movilidad no puede prescribir por mipres. Adicionalmente la resolución 5269 de 2017 artículo 59 establece que las sillas de ruedas no son cobertura de la UPC las normas especiales de discapacidad y el Conpes 166 establecen que, por ser parte de atención integral, están reconocidas con programas promoción y protección implementadas en los entes territoriales correspondientes. Sin embargo, el despacho considera su pertinencia si se tiene en cuenta que la silla de ruedas: (i) le facilitaría a Andrés David el desarrollo de sus actividades cotidianas, y con ello una vida digna, pues su condición médica le restringe la posibilidad de movilizarse por sus propios medios; (ii) no puede ser sustituida por otro elemento incluido en el POS; (iii) la demandante adujo no tener las condiciones económicas para costear la ayuda técnica y; (iv) si bien no obra una orden médica que las prescriba, se evidencia una relación directa entre el cuadro de parálisis cerebral tipo cuadriparesia espástica del hijo de la demandante y la necesidad de obtener una silla de ruedas para facilitar su locomoción.

Ahora bien, la demandante indica que Andrés David requiere del servicio de enfermería, que se encuentra dentro del Plan de Beneficios y su cubrimiento está supeditado a que el médico tratante del paciente lo considere pertinente. En atención a los medios de prueba allegados en la acción de tutela presentada, no se evidencia el concepto del profesional de la salud que así lo determine. En ese sentido, se destaca la restricción que tiene el juez constitucional de ordenar, en tales condiciones, esta clase de servicios, pues no puede usurpar las competencias de quienes sí tienen la capacidad para ello. Sin embargo si bien no existe certeza sobre la pertinencia del servicio de enfermería, en favor de Andrés David, también lo es que al agenciado le asiste el derecho a un diagnóstico efectivo que le permita obtener una valoración médica que establezca la conveniencia de tales requerimientos.

De lo anterior se puede colegir que el joven Abuabara Hernández, es una persona que debido a su condición de salud se encuentra en situación de especial protección constitucional, toda vez que es un joven que padece de parálisis cerebral, por lo cual en el sub examine es forzosa la intervención de este Juez constitucional

Por las consideraciones previamente esbozadas y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales de la H. Corte Constitucional, procederá esta instancia a tutelar los derechos a la salud, vida, seguridad social e igualdad del señor ANDRÉS DAVID ABUABARA HERNÁNDEZ y, como consecuencia de ello, se ordenará a la MUTUAL SER EPS que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir del

recibo de la comunicación correspondiente, horas , le suministre una silla de ruedas, así mismo garantizarle el acceso a una atención médica integral, atendiendo a los servicios que su médico tratante considere necesarios, y tendrá que realizar sobre el agenciado una valoración médica con el objetivo de determinar la pertinencia del servicio de enfermería en atención a su cuadro clínico.

Con base en las consideraciones anteriormente expuestas, el JUZGADO TERCERO PROMISCO MUNICIPAL DE MAGANGUÉ, administrado justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: TUTELAR los derechos a la salud, vida, seguridad social e igualdad del señor ANDRÉS DAVID ABUABARA HERNÁNDEZ, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia del numeral anterior, se ordena a la MUTUAL SER EPS que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir del recibo de la comunicación correspondiente, horas , le suministre una silla de ruedas, así mismo garantizarle el acceso a una atención médica integral, atendiendo a los servicios que su médico tratante considere necesarios, y tendrá que realizar sobre el agenciado una valoración médica con el objetivo de determinar la pertinencia del servicio de enfermería atención a su cuadro clínico.

TERCERO: Notifíquese a las partes por el medio más expedito posible, advirtiéndoles que esta decisión podrá ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

CUARTO: En el evento de no ser impugnada esta providencia, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez sean levantados la suspensión de términos judiciales que en ese sentido decretó el Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDUARDO ANDRÉS QUINTERO RODRÍGUEZ.

Juez

Firmado Por:

EDUARDO ANDRES QUINTERO RODRIGUEZ

JUEZ MUNICIPAL

JUZGADO 003 PROMISCO MUNICIPAL MAGANGUE

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:

40e9063129a85822d7070d72e837b3f341802c6e2b7cc4ddb0a98f702086768

Documento generado en 05/10/2020 04:44:03 p.m.