

JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE PELAYA SEPTIEMBRE PRIMERO (1°) DE DOS MIL VEINTE (2020).-

REF: ACCION DE TUTELA

ACCIONANTE: MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ

REPRESENTADO POR AGENTE OFICIOSO SEINI YADETH LOPEZ RINALDY .-

ACCIONADO: NUEVA E.P.S Y LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR

RAD: 20550-4089-001-2020-00093-00

ASUNTO A TRATAR:

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la presente **ACCION DE TUTELA** promovida a través de agente oficioso en representación de su hija **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ** contra **NUEVA E.P.S Y LA SECRETARIA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR.-**

DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE ESTIMAN VIOLADOS:

- ❖ **DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD, VIDA Y SEGURIDAD SOCIAL.**

HECHOS:

- ❖ La menor **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ** actualmente afiliada al régimen subsidiado a **NUEVA E.P.S. –**
 - ❖ La actora, nació el día 6 de Septiembre de 2006 y en la actualidad su edad es de 13 años.-
 - ❖ Afirma que la agenciada es una **PACIENTE CON ANTECEDENTES DE SECUELAS DE HIDROCEFALIA COMPROMISO MOTOR GENERALIZADO DEPENDENCIA SEVERA CON LIMITACIÓN PARA MARCHA, ALIMENTACIÓN, ASEO PERSONAL, INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL SEVERA.-**
 - ❖ Indica que debido a la enfermedad que padece su hija tuvo una recaída el pasado 3 de julio del 2020, y fue trasladada del **HOSPITAL FRANCISCO CANOSSA DE PELAYA-CESA** al **HOSPITAL DE EL BANCO-MAGDALENA** y luego a la **CLÍNICA SAN JUAN BAUTISTA DE SAN JUAN DEL CESAR-GUAJIRA**, donde estuvo hospitalidad por alrededor de 5 días, razón por la cual los médicos tratantes le ordeno:
 - **CITA DE CONTROL POR PEDIATRIA**
 - **CITA DE CONTROL POR NEUROCIRUGIA**
 - **CITA DE CONTROL POR NUTRICIONISTA**
 - **CITA DE CONTROL CON TRABAJO SOCIAL**
 - **CITA DE CONTROL POR NEUROCIRUGIA PEDIATRICA**
 - **TERAPIA FONOAUDIOLOGIA 3 VECES POR SEMANA**
 - **TERAPIA OCUPACIONAL 3 VECES POR SEMANA #30 SECCIONES**
 - **TERAPIA FISICA DOMICILIARIA 3 VECES POR SEMANA #30 SESIONES**
- Sin embargo ninguna de estos servicios, pero cabe resaltar que ninguna de estas órdenes las ha autorizado.
- ❖ Considera que el medico domiciliario ha manifestado que la menor este en condición clínica estable, requiere acompañamiento permanente para proporcionarle y garantizarle asistencia alimentaria cuidados personales, cambios de posición, manejo y deposición de excretas, cambio de pañales, suministro de medicamentos, además no puede valerse por sí sola, por lo tanto se requiere plan de rehabilitación con terapia física para evitar rigidez y espasticidad, fortalecimiento muscular una sesión tres (3) veces por semana por un mes, terapias que fueron autorizadas por la E.P.S sin embargo la I.P.S no ha dado cumplimiento a cabalidad de las terapias que tanto necesita la paciente.-

- ❖ Indica también que el medico domiciliario tratante especifico que la menor necesita del consumo de **PEDIASURE LIQUIDO POR 237 ML VIA ORAL CADA 12 HORAS POR 90 DIAS CANTIDAD 180 BOTELLAS**, pero desafortunadamente la E.P.S ha manifestado en múltiples ocasiones de que no es posible hacer la entrega del mismo, toda vez que se requiere que la junta médica lo apruebe, muy a pesar que la formula medica tiene su respectivo MIPRES.-
- ❖ Resalta que son personas de escasos recursos y no cuentan con los medios necesarios para correr con los gastos que su hija requiere, además es necesario que la E.P.S. asuma los gastos de citas médicas de control, medicamentos y exámenes especializados que necesite además de ello manifiesta que se trata de un sujeto de especial protección por tratarse de un menor de edad y es deber de la E.P.S correr con los gastos de transporte intermunicipales e internos (taxis) alojamiento y alimentación cuando las circunstancias lo requieran. La E.P.S. le está negando el acceso integral a los servicios de salud y seguridad social de su hija.

PRETENSIONES:

- ❖ **TUTELAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD, VIDA Y SEGURIDAD SOCIAL** de la menor **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ** presuntamente vulnerados por **NUEVA E.P.S.-**
- ❖ **ORDENAR a NUEVA E.P.S AUTORIZAR** a la menor **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ.-**
 - **CITAS MEDICAS**
 - **MEDICAMENTOS POS Y NO POS**
 - **ESTUDIOS MEDICOS ESPECIALIZADOS**
 - **EXÁMENES MEDICOS ESPECIALIZADOS.**
- ❖ **ORDENAR a NUEVA E.P.S** el reconocimiento y suministro a la menor **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ.-**
 - **CITA DE CONTROL POR PEDIATRIA**
 - **CITA DE CONTROL POR NEUROCIRUGIA**
 - **CITA DE CONTROL POR NUTRICIONISTA**
 - **CITA DE CONTROL CON TRABAJO SOCIAL**
 - **CITA DE CONTROL POR NEUROCIRUGIA PEDIATRICA**
 - **TERAPIA FONOAUDIOLOGIA 3 VECES POR SEMANA**
 - **TERAPIA OCUPACIONAL 3 VECES POR SEMANA #30 SECCIONES**
 - **TERAPIA FISICA DOMICILIARIA 3 VECES POR SEMANA #30 SESIONES**
- ❖ **ORDENAR a NUEVA E.P.S** el **SUMINISTRO DE INSUMOS** a la menor **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ:**
 - **PEDIASURE LIQUIDO POR 237 ML VIA ORAL CADA 12 HORAS POR 90 DIAS CANTIDAD 180 BOTELLAS.-**
- ❖ **ORDENAR a NUEVA E.P.S AUTORIZAR** a la menor **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ:**
 - **SERVICIO DE ENFERMERA DOMICILIARIA POR 24 HORAS.-**
- ❖ **ORDENAR a NUEVA E.P.S** el reconocimiento y suministro a la menor **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ .-**
 - **ALOJAMIENTO,**
 - **GASTOS DE ALIMENTACION,**
 - **TRANSPÒRTES INTERNOS (TAXI)**
 - **TRANSPORTE INTERMUNICIPALES** desde el municipio de Pelaya a la ciudad donde deba practicarse la atención médica para la accionante y un acompañante.
- ❖ **ORDENAR a NUEVA E.P.S. PRESTAR A LA ACCIONANTE LA ATENCIÓN MEDICA E INTEGRAL DE MANERA RAPIDA Y SIN DILACIONES.-**

COMPETENCIA:

Este Juzgado es competente para conocer en primera instancia de la presente acción, de conformidad con el Artículo 86 de la Constitución Política y con ella Artículo 37 del decreto 2591 de 1991.-

PRUEBAS RECAUDADAS:

Por constituir anexo de la acción constitucional en estudio, el acervo probatorio está conformado por:

- ❖ Fotocopia de la Cedula de ciudadanía de la agente oficioso.-
- ❖ Fotocopia de la Tarjeta de Identidad de la accionante.-
- ❖ Fotocopia de historia clínica.-
- ❖ Dentro del trámite de tutela, el Despacho solicito informe a la accionada **NUEVA E.P.S.** quien en el término concedido dio respuesta a la acción.-
- ❖ Dentro del trámite de tutela, el Despacho solicito informe a las accionadas **SECRETARIA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR**, quien en el término concedido dio respuesta a la acción.-

**PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA
LEGITIMACIÓN ACTIVA**

Conforme al artículo 86 de la Carta Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

A su vez, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que el recurso de amparo podrá ser ejercido por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien podrá actuar:

1. A nombre propio
2. A través de un representante legal
3. Por medio de apoderado judicial
4. Mediante un agente oficioso.

Con respecto a este último, la citada norma dispone que *“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.”*

De acuerdo con lo anterior, la agencia oficiosa es una figura de carácter excepcional, en la medida en que requiere que se presente **una circunstancia de indefensión o impedimento del afectado que le imposibilite recurrir a los mecanismos existentes para buscar por sí mismo la protección de sus derechos.**-

Sobre este punto, en la **Sentencia T-029 de 2016**, se indicó que: *“La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; **personas de la tercera edad**; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; **individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial**; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales”.*

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional establece que son elementos necesarios para que opere la figura de la agencia oficiosa en el ejercicio de la acción de tutela, los siguientes:

1. *Que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro;*
2. *Que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa (sin que esto implique una relación formal entre el agente y el titular”.*-

En el caso particular que ocupa al Despacho, se observa que la accionante no es la titular de los derechos fundamentales invocados, ni actúa como apoderada judicial de la menor **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ**.- No obstante lo anterior, del texto de la acción de tutela presentado se puede observar que la señora **SEINI YADETH LOPEZ RINALDY** indicó que actúa en representación de su hija **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ** y que es la encargada de brindarle los cuidados y manutención a la mencionada menor, por lo que se cumple el primer requisito enunciado anteriormente, en la medida en que se puede inferir de manera razonable a partir del material probatorio que la señora **SEINI YADETH LOPEZ RINALDY** obra en calidad de agente oficioso de su señora hija en el caso concreto. A su vez, se identifica plenamente al sujeto agenciado.-

Igualmente, a partir de los documentos que reposan en el expediente de tutela original, así como en virtud de las manifestaciones y pruebas aportadas por la accionante en el trámite de tutela, encuentra este Juzgado que la menor **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ** **no pudo actuar personalmente en defensa de sus intereses, teniendo en cuenta que es una persona menor de edad, que padece de ANTECEDENTES DE SECUELAS DE HIDROCEFALIA COMPROMISO MOTOR GENERALIZADO DEPENDENCIA SEVERA CON LIMITACIÓN PARA MARCHA, ALIMENTACIÓN, ASEO PERSONAL, INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL SEVERA**.- En esa medida, se cumple el segundo requisito para la configuración de la agencia oficiosa, pues se evidencia que la agenciada no está en condiciones físicas que le permitan promover su propia defensa.-

Por todo lo anterior, se reconoce que la señora **SEINI YADETH LOPEZ RINALDY** **está legitimada por activa para representar los intereses de la titular de los derechos fundamentales invocados**, en el marco del trámite del amparo solicitado.-

LEGITIMACIÓN POR PASIVA:

Por su parte, la **legitimación por pasiva** dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso.- De conformidad con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, *“la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley”*.

Igualmente, la referida norma señala que *“también procede la acción de tutela contra acciones u omisiones de particulares”*, en concordancia con lo establecido en sus artículos 42 al 45 y el inciso final del artículo 86 superior.

Por lo anterior, la **SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR** tiene **legitimación por pasiva**, por ser el ente territorial encargado de dirigir, coordinar, vigilar y garantizar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población habitante en el Departamento del Cesar, según las características poblacionales y el régimen de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud.-

Así mismo, se constata que **NUEVA EPS** es una entidad prestadora del servicio público de salud, a la cual se encuentra afiliada la menor **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ**, en cuyo favor se interpone esta acción y, en consecuencia, está legitimada por pasiva para actuar en este proceso.

REQUISITO DE INMEDIATEZ:

El principio de inmediatez previsto en el referido artículo 86 superior es un límite temporal para la procedencia de la acción de tutela. De acuerdo con este mandato, la interposición del amparo debe hacerse dentro de un plazo razonable, oportuno y justo, toda vez que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales.-

En este orden de ideas, se ha establecido que para verificar el cumplimiento del requisito de inmediatez, el juez debe constatar si el tiempo transcurrido entre la supuesta violación o amenaza y la presentación de la acción de tutela es razonable.-

Este Despacho considera que en este caso, la solicitud de amparo cumple con el requisito de inmediatez debido a que la acción de tutela se interpuso dentro de un plazo razonable.- En particular, se advierte que el amparo se interpuso cinco meses y medio después de que la accionante obtuviera respuesta negativa de **NUEVA EPS** sobre la prestación del servicio de enfermería domiciliaria. Además, en cualquier circunstancia es claro que para el momento de la interposición de la acción de tutela y aun hoy, el afectado padece un complejo estado de salud y una presunta afectación a su calidad de vida, conforme a lo alegado por la agente oficiosa, desde la presentación de la tutela.-

REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD:

El artículo 86 superior y el Decreto 2591 de 1991 establecen expresamente que la tutela solo procede cuando "*el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial*".- Su procedencia está condicionada por el principio de subsidiariedad, bajo el entendido de que esta acción no puede desplazar los recursos ordinarios o extraordinarios de defensa, tampoco a los jueces competentes en la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, ni a las autoridades administrativas que tengan competencias jurisdiccionales. El juez de tutela no puede sustituirles, a menos que advierta un perjuicio irremediable.-

En consecuencia, el requisito de subsidiariedad mencionado se encuentra acreditado en el caso concreto, en tanto que para el momento de la interposición de la acción de tutela no existía un medio de defensa judicial idóneo al que pudiera acudir la accionante. Además, debe considerarse que la menor **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ** es un sujeto de especial protección constitucional, en razón de su edad, su diagnóstico y de sus condiciones socioeconómicas, por lo que la intervención oportuna del juez constitucional es pertinente.-

CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO A LA SALUD.

REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA:

El derecho a la salud está consagrado en el artículo 49 superior y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples ámbitos, tales como la vida, la dignidad humana y la seguridad social, entre otros.-

En numerosas oportunidades y ante la complejidad de los requerimientos de atención en los servicios de salud, la jurisprudencia constitucional se ha referido a sus dos facetas principales: por un lado, su reconocimiento como derecho fundamental y, por el otro, **su carácter de servicio público**.-

En cuanto a la primera faceta, este derecho ha sido objeto de un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, en la **Sentencia T-760 de 2008** se le concede esta naturaleza, por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia de las personas y por su condición de garante de la integridad física y moral de los individuos.

En lo que respecta a su última faceta, el servicio de salud debe ser prestado conforme a la ley, de manera oportuna, eficiente y con calidad, en atención a los principios de continuidad, integralidad e igualdad.-

Ahora bien, en aras de asegurar la eficacia del derecho a la salud en sus dos aspectos descritos, fue expedida la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que consagró este derecho: (i) de un lado, como fundamental y autónomo; (ii) como derecho irrenunciable en lo individual y en lo colectivo; y de otro, (iii) como servicio público esencial obligatorio, que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, cuya ejecución se realiza bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.-

En efecto, la Ley estatutaria estableció una serie de principios que están dirigidos a la realización del derecho a la salud, en los que se destacan entre otros, los siguientes: Universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, Solidaridad, Eficiencia e interculturalidad.-

Adicionalmente, el Legislador estatutario estableció una lista de obligaciones para el Estado en la Ley 1751 de 2015, cuya lectura no puede realizarse de forma restrictiva, pues responde al mandato amplio del deber del Estado de adoptar medidas de respeto, protección y garantía del derecho a la salud. Estos deberes incluyen dimensiones positivas y negativas.

En lo que concierne a la dimensión positiva, el Estado tiene el deber de:

1. Sancionar a quienes dilaten la prestación del servicio; así como
2. Generar políticas públicas que propugnen por garantizar su efectivo acceso a toda la población;
3. Adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud, y servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros
4. Vigilar que la prestación del servicio de salud a cargo de particulares no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención;
5. Controlar la comercialización de equipos médicos y medicamentos
6. Asegurarse de que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia; y
7. Adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, las niñas, los niños, los adolescentes y las personas mayores.

Por otro lado, en relación con la dimensión negativa, se resalta que la Ley 1751 de 2015 impone a los actores del sistema los deberes de:

1. No agravar la situación de salud de las personas afectadas
2. Abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos;
3. Abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de los ciudadanos
4. Prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales;
5. No comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos.-

La jurisprudencia constitucional reconoce que estos deberes negativos implican que el Estado o las personas pueden violar el derecho a la salud, bien sea por omisión, al dejar de prestar un servicio de salud, o bien por acción, cuando realizan una conducta cuyo resultado deteriora la salud de un individuo.-

En cuanto al derecho fundamental a la salud, la Corte ha destacado que este involucra el respeto por los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional. En particular, la Corte ha dicho lo siguiente sobre cada uno de ellos:

1. **DISPONIBILIDAD:** implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población.-
2. **ACEPTABILIDAD:** hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida.-
3. **ACCESIBILIDAD:** corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para obtener materialmente la prestación o suministro de los servicios de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar a los usuarios el ingreso al sistema de salud con barreras económicas mínimas y el acceso a la información.-
4. **CALIDAD:** se refiere a la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios.-

En conclusión, el derecho a la salud:

1. Es fundamental, autónomo e irrenunciable
2. Como servicio público esencial obligatorio debe ser prestado a la luz de importantes principios como el de oportunidad y eficacia y bajo la dirección y coordinación del Estado;
3. Se articula bajo los principios *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia e interculturalidad;
4. Implica la adopción de medidas por parte del Estado para su realización, específicamente, en su dimensión prestacional positiva y negativa; y
5. Se rige por los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad.

EL CUBRIMIENTO DE SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS NO INCLUIDOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD:

En relación con el suministro de servicios y tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), se ha precisado 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 derivadas de su reconocimiento y prestación, y a la magnitud de acciones que se esperan 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 que requiere la población.-

Sin embargo, las autoridades judiciales constantemente enfrentan el reto de resolver peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o procedimiento no incluido 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 servicio 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 integralidad del derecho a la salud.-

Para facilitar la labor de los jueces, la **Sentencia T-760 de 2008** 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 a cargo 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:

1. *“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;*
2. *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;*
3. *que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y,*
4. *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 una circunstancia específica que lo amerite, 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 cada caso concreto.

La Corte ha señalado en relación con la primera *subregla* que se desprende de la sentencia en mención, atinente a la amenaza a la vida y la integridad por la falta de prestación del servicio, que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no sólo para sobrevivir, sino para desempeñarse adecuadamente y con unas condiciones mínimas que le permitan mantener un estándar de dignidad, propio del Estado Social de Derecho.

En torno a la segunda *subregla*, referente a que los servicios no tengan reemplazo en el PBS, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se debe demostrar la calidad y efectividad de los medicamentos o elementos solicitados y excluidos del Plan de Beneficios en Salud. En relación con esto, ha señalado la Corte que, si el medicamento o servicio requerido por la accionante tiene un sustituto en el plan de beneficios que ofrezca iguales, o mejores niveles de calidad y efectividad, no procederá la inaplicación del PBS.

En cuanto a la tercera *subregla*, esto es que el servicio haya sido ordenado por un galeno adscrito a la EPS, para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta Corporación ha sostenido que:

(i) Es el profesional médico de la EPS quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experiencia para verificar la necesidad o no de los elementos, procedimientos o medicamentos solicitados.

(ii) Cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, la EPS no puede restarle validez y negar el servicio únicamente con base en el argumento de la no adscripción del médico a la entidad prestadora de salud. De esta forma, sólo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también pueden tener validez, a fin de propiciar la protección constitucional de las personas.

(iii) Esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso –bien sea la historia clínica o algún concepto médico– la plena necesidad de suministrar lo requerido por el accionante.

En efecto, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertas circunstancias el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección, especialmente si su garantía va ligada con la dignidad intrínseca de la persona o aquella está amenazada: (a) casos en que se concede tratamiento no incluido en el PBS y (b) casos excepcionales. Así, existen circunstancias en las que a pesar de no existir prescripciones 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 notorio del cual se desprende que sus condiciones de existencia son indignas, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece.-

Finalmente, en torno a la cuarta *subregla*, referente a la capacidad del paciente para sufragar los servicios, esta Corte ha insistido que debido a los principios de solidaridad y universalidad que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías-FOSYGA- hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, sólo puede asumir aquellas cargas que, por incapacidad real, no puedan costear los asociados.

En cuanto a la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos o elementos, que no es una cuestión de cantidad sino de calidad, la jurisprudencia ha dicho que depende de las condiciones socioeconómicas específicas en las que el interesado se encuentre y de las obligaciones que sobre él recaigan. Al respecto, la ya citada **Sentencia T-760 de 2008**, señaló que dado que el concepto de mínimo vital es de carácter cualitativo, y no cuantitativo, se debe proteger el derecho a la salud cuando el costo del servicio “*afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona*”.

En suma, las exclusiones del PBS son admisibles constitucionalmente siempre y cuando no atenten contra los derechos fundamentales de las personas. Empero, en aquellos casos excepcionales en que la denegación del suministro de un servicio o tecnología por fuera del PBS afecte de manera decisiva el derecho a la salud o la dignidad de las personas, el juez de tutela deberá intervenir para su protección. En tales casos, el juez constitucional podrá ordenar la entrega de prestaciones no cubiertas por el PBS cuando el suministro: (i) sea imprescindible para garantizar la supervivencia o la dignidad del paciente; (ii) sea insustituible por lo cubierto en el PBS; (iii) sea prescrito por los médicos adscritos a la EPS de afiliación del paciente; y (iv) no pueda ser cubierto con la capacidad económica del paciente. En casos específicos en los que no se cuenta con orden médica, pero de la historia clínica o algún concepto de los profesionales de la salud se puede advertir la necesidad de suministrar lo requerido por el accionante, el juez podrá ordenar la entrega de medicamentos, procedimientos y dispositivos no incluidos en el PBS. Con fundamento en estas reglas, la Corte Constitucional ha ordenado el suministro de servicios y tecnologías fuera del PBS como pañales, pañitos húmedos y sillas de ruedas.-

EL SUMINISTRO DEL SERVICIO DOMICILIARIO DE ENFERMERÍA EN EL NUEVO PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA:

La Resolución 5269 de 2017 se refiere a la atención domiciliaria como una *“modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia”*.- De manera puntual, el artículo 26 de la misma resolución establece que esta atención podrá estar financiada con recursos de la UPC, siempre que el médico tratante así lo ordene para asuntos directamente relacionados con la salud del paciente.

En consecuencia, la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, que debe ser asumido por las EPS siempre: (i) que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y (ii) que de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar, en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud en virtud de la jurisprudencia no tiene la obligación de asumir dichos gastos.-

Así, para que las EPS asuman la prestación de la atención domiciliaria, esta Corporación ha sido clara en señalar que *“sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso”*. Por ende, el juez de tutela no puede arrogarse las facultades de determinar la designación de servicios especializados en aspectos que le resultan por completo ajenos a su calidad de autoridad judicial, que, por la materia, están sujetos a la *lex artis*.-

Ahora bien, la jurisprudencia ha diferenciado entre dos categorías diferentes, en atención al deber constitucional de proteger la dignidad humana: los servicios de enfermería y los de cuidador, en donde los primeros se proponen asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente y los segundos, se encuentran orientados a brindar el apoyo físico necesario para que una persona pueda desenvolverse en sociedad y realizar las actividades básicas requeridas para asegurarse una vida digna, en virtud del principio de solidaridad.-

En el caso de los familiares, la Corte ha destacado que se trata de un cuidado y función, que debe ser brindado en primer lugar por estos actores, salvo **que estas cargas resulten desproporcionadas para la garantía del mínimo vital de los integrantes de la familia**. Es decir, el deber de cuidado a cargo de los familiares de quien padece graves afecciones de salud no puede atribuirse un alcance tal *“que obligue a sus integrantes a abstenerse de trabajar y desempeñar las actividades que generen los ingresos económicos para el auto sostenimiento del núcleo familiar, pues esto a su vez comprometería el cuidado básico que requiere el paciente”*.-

Sobre el servicio de enfermería que constituye la pretensión principal de la acción de tutela que se analiza, el Despacho encuentra necesario aclarar que, de acuerdo con las consideraciones esgrimidas previamente sobre dicho servicio en el sistema de seguridad social en salud actual, resulta claro que se trata de una atención médica que se expide ante la necesidad evidenciada por el médico tratante del paciente, a fin de facilitar el cuidado y apoyo frente a un tratamiento en salud específico.-

En el presente caso, efectivamente, existe prueba que permite inferir que la accionante requiere se le autorice el **SERVICIO DE ENFERMERÍA DOMICILIARIA.-**

Además este Juzgado le reconoce la situación de debilidad manifiesta de la accionante, su estado de salud, por lo que es posible inferir que **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ** es una menor, que padece una enfermedad por lo requiere de atenciones que, si bien no fueron designadas por su médico tratante, se encuentran directamente ligadas con el acompañamiento para el tratamiento de sus patologías, su cuidado personal y su compañía durante el día, indispensables para garantizar la estabilidad de su condición de salud y su dignidad como ser humano.-

En efecto, en cuanto al primero de los requisitos se encuentra acreditado que la menor **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ** tiene 13 años de edad, **PACIENTE CON ANTECEDENTES DE SECUELAS DE HIDROCEFALIA COMPROMISO MOTOR GENERALIZADO DEPENDENCIA SEVERA CON LIMITACIÓN PARA MARCHA, ALIMENTACIÓN, ASEO PERSONAL, INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL SEVERA**, lo que la hace una persona con discapacidad en condiciones terminales de salud, que permiten tener certeza de la necesidad de atenciones especiales para ella, especialmente, el acompañamiento diario para realizar las actividades básicas cotidianas ligadas al cuidado personal, tal como lo refirió la accionante en el escrito de tutela.

En relación con el segundo de los requisitos, esto es la “imposibilidad material” por parte de los familiares de la paciente de brindar dichos cuidados, de manera efectiva, este Despacho considera que tanto la señora **SEINI YADETH LOPEZ RINALDY** como su núcleo familiar, compuesto por su hija, no cuentan en estos momentos con la **capacidad física** ni con el tiempo necesario, por lo tanto no sería ella, en consecuencia, la persona llamada a adquirir las competencias para el cuidado de la accionante, cuando es quien alega precisamente la dificultad en que se encuentra.-

En relación con la exigencia de **carencia de recursos económicos** para sufragar el costo de contratar la prestación de las atenciones requeridas, se tiene que la accionante y su núcleo familiar son de escasos recursos económicos que se encuentran como afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud al Régimen Subsidiado y además se encuentran en situación de vulnerabilidad por cuanto son personas desplazadas por la violencia.- En ese orden de ideas, considera este Juzgado que, en el presente caso, se encuentran configurados los requisitos mencionados para que la obligación de brindar los cuidados básicos de un paciente se traslade al Estado.-

En ese sentido, se ordenará a **NUEVA EPS**, que en virtud de lo anteriormente expuesto y por ser la primera obligada en garantizar dichos servicios a sus afiliados, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, **AUTORICE Y SUMINISTRE EL SERVICIO DE ENFERMERA DOMICILIARIA, CITA DE CONTROL POR PEDIATRIA, CITA DE CONTROL POR NEUROCIRUGIA, CITA DE CONTROL POR NUTRICIONISTA, CITA DE CONTROL CON TRABAJO SOCIAL, CITA DE CONTROL POR NEUROCIRUGIA PEDIATRICA, TERAPIA FONOAUDIOLOGIA 3 VECES POR SEMANA, TERAPIA OCUPACIONAL 3 VECES POR SEMANA #30 SECCIONES, TERAPIA FISICA DOMICILIARIA 3 VECES POR SEMANA #30 SESIONES, SUMINISTRO DE PEDIASURE LIQUIDO POR 237 ML VIA ORAL CADA 12 HORAS POR 90 DIAS CANTIDAD 180 BOTELLAS** a fin de atender todas las necesidades básicas de la menor **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ** las cuales no puede satisfacer autónomamente debido a las graves enfermedades que le aquejan.-

Como **NUEVA E.P.S.**, es ampliamente conocedora de las competencias legales de los suministros de los servicios que no están en el Plan de Beneficios en Salud a las personas vulnerables, se le deja en libertad para que demande el reembolso ante la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES)** el 100% del costo de los servicios en salud que no están en el Plan de Beneficios en Salud y no cubra la **NUEVA E.P.S.**, Según lo ordenado en este fallo.-

Igualmente se dispone enviar el expediente para la eventual revisión de este fallo a la Corte Constitucional en los términos del artículo 31 del Decreto 2591/91.-

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, el JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE PELAYA (CESAR) administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: SE CONCEDE EN TUTELA el amparo a los **DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VIDA DIGNA, IGUALDAD Y SEGURIDAD SOCIAL** de la menor **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ** presuntamente vulnerados por **NUEVA E.P.S. Y LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL**, según lo expuesto en la parte motiva de este proveído.-

SEGUNDO: ORDÉNASE al gerente de **NUEVA E.P.S. SECCIONAL CESAR**, o quien haga sus veces, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice a la menor **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ** y con cargo a esa EPS los servicios:

- **CITAS MEDICAS**
- **MEDICAMENTOS POS Y NO POS**
- **ESTUDIOS MEDICOS ESPECIALIZADOS**
- **EXÁMENES MEDICOS ESPECIALIZADOS.**
- **CITA DE CONTROL POR PEDIATRIA**
- **CITA DE CONTROL POR NEUROCIRUGIA**
- **CITA DE CONTROL POR NUTRICIONISTA**
- **CITA DE CONTROL CON TRABAJO SOCIAL**
- **CITA DE CONTROL POR NEUROCIRUGIA PEDIATRICA**
- **SERVICIO DE ENFERMERA DOMICILIARIA POR 24 HORAS.-**
- **TERAPIA FONOAUDIOLOGIA 3 VECES POR SEMANA**
- **TERAPIA OCUPACIONAL 3 VECES POR SEMANA #30 SECCIONES**
- **TERAPIA FISICA DOMICILIARIA 3 VECES POR SEMANA #30 SESIONES**
- **PEDIASURE LIQUIDO POR 237 ML VIA ORAL CADA 12 HORAS POR 90 DIAS.-**
- **RECONOCIMIENTO Y SUMINISTROS DE GASTOS DE TRANSPORTE INTERMUNICIPALES** desde el **MUNICIPIO DE PELAYA A LA CIUDAD DONDE DEBA PRACTICARSE LA ATENCIÓN MÉDICA PARA LA ACCIONANTE Y UN ACOMPAÑANTE.-**
- **RECONOCIMIENTO Y SUMINISTROS DE TRANSPORTES INTERNOS (TAXI), ALIMENTACION Y ESTADIA CUANDO LA ATENCION DEBA PRACTICARSE FUERA DE PELAYA PARA LA ACCIONANTE Y UN ACOMPAÑANTE.-**

TERCERO: EXHORTAR al Representante Legal de **NUEVA E.P.S.** que la **PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD SEA DE MANERA RAPIDA Y SIN DILACIONES.-**

CUARTO: Prevéngase al Gerente de la **NUEVA E.P.S** que el incumplimiento de ésta decisión se sancionará como desacato. -

QUINTO: DECLARAR que **NUEVA E.P.S.** está facultada para reclamar ante la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES)** el 100% del costo de los servicios en salud en que incurra por la atención de la menor **MAGDIEL YADETH MIER LOPEZ** que no están en el Plan de Beneficios en Salud respecto a los servicios solicitados y no cubra la **NUEVA E.P.S.**, Según lo ordenado en este fallo.-

SEXTO: SEÑALAR que ésta decisión puede ser impugnada por cualquiera de las partes que indica el Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.-

SEPTIMO: De igual manera expídase a costas de **NUEVA E.P.S. Y LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES)** la copia autentica de sentencia con constancia de ejecutoria formal y expedir certificación de la fecha cuando sea remitida a la Corte Constitucional para su eventual revisión a su costa.-

OCTAVO: Notifíquese la presente decisión por el medio más expedito y eficaz posible tanto al accionante, y al Representante de entidad accionada de conformidad con lo establecido en - el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.-

NOVENO: En firme ésta providencia remítase la actuación original a la Corte Constitucional para su eventual revisión.-

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

NELLYS EUFEMIA MOVIL GUERRA

JUEZ

JUZGADO 001 MUNICIPAL PROMISCO DE LA CIUDAD DE PELAYA-CESAR

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:

378b0e40c946aa271892ebabe5f8dbb76556b2868e9c69f49fe18806c78d6bda

Documento generado en 01/09/2020 03:40:22 p.m.