

Magistrado Ponente: Giovanni Carlos Díaz Villarreal.

Número de Radicación: 13001311000720210058601

Decisión: Revoca fallo de tutela

Fecha de la Decisión: 08 de febrero de 2022

Clase y/o subclase de proceso: ACCIÓN DE TUTELA EN SEGUNDA INSTANCIA

PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA/ Requisitos

SERVICIOS O TECNOLOGÍAS EN SALUD-PAÑALES, PAÑITOS, CREMAS, SILLAS DE RUEDAS, TRANSPORTE Y SERVICIO TÉCNICO DE ENFERMERÍA/Unificación de criterios por parte de la Corte Constitucional en el Boletín No. 184 del 08 de diciembre de 2020, para el acceso a los mismos.

CAPACIDAD ECONÓMICA DE UN PETICIONARIO EN AUSENCIA DE ELEMENTOS PROBATORIOS/Criterios jurisprudenciales para establecerla.

NECESIDAD DE INSUMOS MÉDICOS/valoración por médico especializado.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**



**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:
DR. GIOVANNI CARLOS DÍAZ VILLARREAL**

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
RADICADO: 13001311000720210058601
ACCIONANTE: MELBA AMPARO MESTRA RAMOS
ACCIONADO: NUEVA EPS S.A.
PROVIDENCIA: SENTENCIA 2ª INSTANCIA N° 012

Cartagena de indias, ocho (08) de febrero de dos mil veintidós (2022).
Proyecto discutido y aprobado en Sala de la fecha, según Acta No.020

Se decide la **IMPUGNACIÓN** interpuesta por la parte accionante **MELBA AMPARO MESTRA RAMOS**, frente al fallo del siete (07) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), proferido por el JUZGADO **SÉPTIMO DE FAMILIA DE CARTAGENA**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** promovida en contra de la **NUEVA EPS**.

ANTECEDENTES

1. La promotora del amparo, reclamó la protección constitucional de sus derechos fundamentales, a la vida, la salud, la dignidad humana, seguridad social y la protección especial a personas en condición de discapacidad.

En sustento de la acción, se plantean los **hechos** que a continuación se sintetizan:

1.2 Inicia la accionante resaltando que, es afiliada a la Nueva EPS desde hace 20 años, que tiene 54 años de edad y que padece varias enfermedades entre las que señala: *“Artritis Reumatoide, Osteoartritis Primaria, Hipertensión Arterial, Neuropatía Degenerativa Tipo Axial, (Neuropatía Axional de 2riaa Discopatía Cervical y Compromiso en Unión Cráneo Cervical), limitación en la Movilidad”* y además asegura que no puede caminar.

1.3 Indica que necesita de manera oportuna los suministros de los medicamento a tiempo y la atención médica permanente.

PRETENSIONES

2. Con base en los anteriores hechos, solicita que le sea tutelado su derecho a la vida, la salud, la dignidad humana, seguridad social, protección especial a personas en condición de discapacidad y, en consecuencia, se ordene a la NUEVA EPS que de forma inmediata le autorice: enfermera en casa, colchón antiescaras, pañitos húmedos, paños desechables, (indica que requiere 4 diariamente), crema cero, guantes y una silla de ruedas.

2.1 Finalmente, solicita que se le conceda tutela integral de sus derechos, y de igual forma los procedimientos y demás que asegura requiere de acuerdo a sus patologías.

CONTESTACIÓN DE LA ENTIDADES ACCIONADA Y DEMÁS VINCULADOS

3. La accionada Nueva Eps, hizo llegar informe en el que esboza los siguientes argumentos:

3.1 Inicialmente presenta un oficio, del 14 de octubre de 2021, dirigido a la accionante en donde se basa en el Acuerdo número 029 de 2011, que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud, en el que soporta las razones por las cuales no accede a la solicitud presentada por la señora Mestra Ramos, en la que requiere que se le sean suministrados colchón antiescara, pañitos húmedos, crema cero, guantes y silla de ruedas.

Por vocería de su apoderada judicial la Dra. Olga Lucia Atencio Arrieta, que la usuaria Melba Amparo Mestra Ramos, registra afiliación en NUEVA EPS S.A., y se encuentra activa en el régimen CONTRIBUTIVO en la Nueva EPS en calidad de Beneficiaria. Refiere que ha asumido todos y cada uno de los servicios médicos que ha requerido desde el momento mismo de su afiliación, destacando como condición que la prestación de dichos servicios médicos se encuentre dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad respectiva y posterior a ello afirma que sí le dio respuesta a la petición presentada por la accionante.

También relata que la usuaria no cuenta con ordenamientos médicos para la autorización de los servicios e insumos pretendidos dentro de la presente acción constitucional.

A su vez, respecto a los pañales desechables, informa que la usuaria no cuenta con ordenamientos médicos para la autorización de los servicios e insumos pretendidos. Prosigue explicando que respecto a los a los insumos de aseo solicitados, tales como pañitos húmedos y crema antipañalitis no está contenido en las coberturas del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

El argumento de la accionada Nueva EPS para negar lo solicitado por la accionante, se basa principalmente en que estos insumos están taxativamente

excluidos dentro de la Resolución 244 de 2019, señalando la improcedencia de la ² entrega de medicamentos o cualquier servicio excluido del PBS, sin el lleno de los requisitos establecidos en la Sentencia C-313 de 2014, pues asegura que la ocurrencia de los cuatro presupuestos mencionados en dicho precepto, es inescindible.

Respecto a estos últimos, advierte en especial el requisito señalado en el numeral 4, correspondiente a la carencia de recursos, advirtiendo que la accionante pertenece al régimen contributivo, por lo que, a su juicio, no se puede presumir la ausencia de capacidad económica para asumir los insumos por cuenta propia, y que esto no encuadra dentro de las presunciones de falta de capacidad económica tratadas ampliamente por la jurisprudencia como son: insuficiencia de recursos de él y su núcleo familiar, y/o presunción de los mismos cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado o clasificación en el nivel más bajo del sisbén.

Finalmente solicitan declarar improcedente la acción de tutela.

3.2 Por su parte, el vinculado Dr. FRANK JOSE CASTILLO VEGA, quien figura como médico general con R.M. 1049535821 y firmante de la historia clínica de la accionante, se pronunció sobre cada uno de los hechos narrados en el escrito genitor, e indicó que debido a la situación actual presentada por la pandemia del covid 19, el contacto con la paciente ha sido únicamente a través de telemedicina y teleconsulta.

Posteriormente, advirtió que en cuanto a la historia clínica se generó una historia de seguimiento médico del programa de Reumatología, en la cual se destacó el enfoque hacia esta patología.

Destacó que, se han estudiado los síntomas neurológicos de la señora MELBA AMPARO MESTRA RAMOS a raíz de su actual sintomatología y condición clínica; sin embargo, **señala que el abordaje de estos debe realizarlo un médico especialista en Neurocirugía.** (Negritas fuera de texto.)

Que, en el plan de manejo, afirma que se le ordenaron Cloroquina 250mg y Leflunomida 20mg por día, debido a que estos son los medicamentos que la paciente ha estado recibiendo para manejo de artritis reumatoide, patología de la cual se encontraba estable hasta ese momento. De igual forma, indicó que se ordenó Omeprazol 20mg diario como protección gástrica.

Continúa asegurando que, se encontraban pendientes los resultados de los paraclínicos solicitados previamente, y se brindaron las recomendaciones generales y de seguimiento por el programa de Reumatología.

Finalmente, se pronuncia sobre las pretensiones de la accionante y expresa que las mismas se encuentran dirigidas a la Nueva Eps, ajenas a lo consagrado en la HC y prescritas en el ejercicio de su profesión; y que no se encuentra legitimado para darle solución o viabilidad a las autorizaciones de dichas solicitudes.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

4. El Juez a quo delimitó el problema jurídico de la siguiente forma: *“Determinar si la accionada NUEVA EPS S.A, vulneró o no los derechos a la Vida, Dignidad Humana, Seguridad Social, Protección Especial a Personas en Situación de Discapacidad de la señora MELBA AMPARO MESTRA RAMOS”.*

4.1 Inmediatamente presenta la tesis del Juzgado, la cual consistió en no conceder la tutela impetrada. Luego, presenta un amplio recorrido jurisprudencial, alrededor **3** del derecho a la salud, para finalmente descender al caso en concreto.

4.2 En su fallo el Juez de primera instancia, determinó que los servicios e insumos solicitados por la accionante, no se encuentran incluidos dentro del POS (hoy PBS), y que el asunto del reconocimiento de los servicios, medicamentos e insumos no incluidos en el POS se encuentra sujeto al cumplimiento de los siguientes requisitos: -La falta del medicamento o el procedimiento excluido debe amenazar los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado; - Debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida en relación del paciente.

4.3 En su sentencia, el Juez constitucional de aquella instancia citó como precedente el fallo de tutela de fecha 24 de agosto de 2020, proferido por este Tribunal Superior, en el cual no se tutelaron los derechos invocados, teniéndose como consideración que no se acreditó en el expediente que los insumos solicitados por el agente oficioso fueran prescritos por un galeno adscrito a la NUEVA EPS o al menos externo, y que según se ha señalado por la jurisprudencia, la necesidad de dichos insumos no la pueden determinar ni los familiares del paciente, ni el juez constitucional, quien no cuenta con los conocimientos técnicos y científicos requeridos para ello.

El Juez de primera instancia, concibió que existía igualdad en los hechos jurídicamente relevantes y se basó en ello para emitir su fallo.

4.4 En consecuencia, no vislumbró un incumplimiento sistemático por parte de la EPS que ameritara una protección de derechos futuros. Negando así el amparo solicitado y resolvió:

RESUELVE

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales a la accionante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes por el medio más idóneo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO: ORDENAR, si este fallo no fuese impugnado, el envío del expediente dentro del término previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN

5. La accionante, impugnó el fallo de tutela proferido por el Juzgado Séptimo de Familia, proferido el siete de diciembre de dos mil veintiuno.

En sus argumentos insistió en que sus condiciones económicas y sociales no son las mejores, relatando que su esposo, quién figura como cotizante, también se encuentra en un estado de salud deplorable, y que viven de su pobre pensión mensual, la cual, según su dicho, asciende a un salario mínimo legal con los respectivos descuentos, que asegura no alcanzan para el sostenimiento básico del hogar.

A su vez, persiste en que los elementos que le pide a la EPS, no puede adquirirlos por su cuenta, y que no tiene la capacidad económica para hacerlo.

Relata en su escrito que ha solicitado en reiteradas ocasiones de manera verbal a los médicos tratantes, tanto médicos generales, como especialistas, que consignen en las recetas la necesidad de estos elementos y medicamentos, recibiendo negativas respecto a ello. Afirma que está sufriendo postrada en una cama y que con ello se le está ocasionando un perjuicio irremediable.

Para concluir, solicita que se revoque la sentencia de tutela impugnada y en su defecto se tutelen los derechos fundamentales conculcados.

CONSIDERACIONES

6. Esta Sala es competente para conocer de esta acción de tutela en virtud de lo establecido en los artículos 31 y 32 del decreto 2591 de 1991. El artículo 86 de la Constitución Política dispone que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces, con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable. No obstante, para que la solicitud de amparo proceda, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) legitimación por activa; (ii) legitimación por pasiva; (iii) trascendencia iusfundamental del asunto; (iv) **agotamiento de los mecanismos judiciales disponibles, salvo la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad); y (v) la evidente afectación actual de un derecho fundamental (inmediatez)**.¹

¹ Corte Constitucional, sentencia T-010 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

6.1 En este sentido, resulta imperioso realizar un análisis del caso concreto de cara a los requisitos planteados en el apartado inmediatamente anterior, a saber:

En relación a la legitimación por activa, se encuentra satisfecho de manera indiscutible pues es la accionante la titular de los derechos que pretende proteger mediante el presente trámite constitucional; por otro lado, la legitimación por pasiva se asume asimismo satisfecha, en la medida en que la NUEVA EPS, es la entidad de salud que presta los servicios médicos que la accionante requiere.

6.2 Ahora bien, la trascendencia iusfundamental del asunto es de bulto, pues en el caso de marras, se encuentran en debate los derechos a la vida, la salud, la dignidad humana, seguridad social y la protección especial a personas en condición de discapacidad, cuyo titular es la señora Melba Amparo Mestra Ramos.

6.3 En relación al agotamiento de los mecanismos ordinarios disponibles, se debe indicar que no existe otra herramienta dentro del ordenamiento jurídico que resulte eficazmente idóneo para desplegar tal debate litigioso. Así mismo, la amenaza que se relata se advierte actual agotando así con el requerimiento legal de la inmediatez.

6.4 Así las cosas, vistos los antecedentes fácticos del caso, y analizados los presupuestos establecidos para la acción de tutela, el problema jurídico central sobre el que esta Sala debe pronunciarse, consiste en determinar si en el caso materia de estudio, la accionada NUEVA EPS, vulneró los derechos fundamentales alegados por la accionante.

6.5 Obsérvese que la accionante pretende la protección de sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la dignidad humana, seguridad social y la 5 protección especial a personas en condición de discapacidad tras considerarlos vulnerados por la NUEVA EPS, ante la negativa de brindar los insumos y el servicio de enfermería en casa.

6.6 Del análisis de los elementos de prueba se encuentra acreditado el diagnóstico médico de la accionante, tal como se muestra:

Paciente femenina adulto de 54 años de edad con diagnóstico de :
1- Artritis Reumatoide sin datos de serotipificación y a caracterizar radiológicamente ,
Inicio de síntomas: 2011 Diagnóstico: 2011
2- Osteoartritis primaria
3- Hipertensión Arterial
4- Neuropatía Degenerativa Tipo Axial
(neuropatía axonal de mmii 2na a discopatía cervical y compromiso en union craneo cervical, valorada por neurocirugía de manera particular quien propone conducta quirúrgica)
5- Limitación en la Movilidad, paciente no deambula

Ahora bien, según lo dicho por la entidad accionada, lo solicitado por la accionante está expresamente excluido del PBS, de acuerdo el listado Resolución 244 de 2019, "Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación de los recursos públicos en salud".

6.7 Por lo anterior, en adelante resulta imperativo analizar la capacidad económica de la señora Mestra Ramos, para asumir por cuenta propia el costo de los insumos, de cara a los requisitos establecidos en la sentencia C 313 de 2014, también citada por la accionada en su contestación, la cual resulta pertinente al caso, pues en ella, la Honorable corte determinó que existe la posibilidad de inaplicar las normas

que regulan las exclusiones a la prestación del servicio, en la medida en que ocurran los siguientes presupuestos:

“(i) la ausencia del medicamento o procedimiento amenace o vulnere los derechos a la vida e integridad física del paciente; ii) no exista dentro del plan de beneficios otro medicamento o tratamiento que supla el excluido; iii) el paciente carezca de recursos económicos para sufragar los gastos del medicamento o procedimiento; y **iv) el medicamento o tratamiento haya sido ordenado por el médico tratante adscrito a la E.P.S.**” (Negritas fuera de texto.)

Respecto a los dos últimos requisitos, es decir, a la capacidad económica de la accionante para asumir los insumos y el servicio de enfermería deprecado, y a la orden expresa del médico tratante, el *Juez a quo*, señaló que:

“El servicio debe haber sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; - Se requiere que el paciente realmente no pueda sufragar directamente el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema. En el caso de marras se tiene que en ninguno de los apartes de la acción de tutela se realiza manifestación alguna de no contar ni el accionante (paciente), ni los miembros de su grupo familiar, de la capacidad económica para suministrar los insumos solicitados vida de tutela”.

Con base en este y otros argumentos resolvió no tutelar los derechos de la accionante.

6.8 Si bien, es cierto que la consagración legal de un Plan Básico de Salud posee fundamento constitucional y en esa medida justifica la delimitación de las responsabilidades y obligaciones de naturaleza prestacional a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, en aplicación de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad propios de la seguridad social, también lo es que aun en presencia de estas exclusiones, debe haber una debida protección de los derechos fundamentales de los usuarios, en especial a la vida, integridad personal y la salud. Y es ahí donde es necesaria la actuación del Juez Constitucional.

Por ello, en el Boletín No. 184 del 08 de diciembre de 2020² la Honorable Corte Constitucional, unificó las reglas para acceder a servicios o tecnologías en salud como pañales, pañitos, cremas, sillas de ruedas, transporte y servicio técnico de enfermería, por lo que, a continuación se detallan los que se encuentran relacionados con el caso en debate en el presente trámite:

SERVICIO	SUBREGLAS
Pañales	<ul style="list-style-type: none">i. No están expresamente excluidos del PBS. Están incluidos en el PBS.ii. En aplicación de la C-313, no se debe interpretar que podrían estar excluidos al subsumirlos en la categoría genérica de “insumos de aseo”.iii. Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela.iv. Si no existe orden médica:

² Véase: <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Corte-unifica-reglas-para-acceder-a-servicios-o-tecnologias-en-saludcomo-panales,-panitos,-cremas,-sillas-de-ruedas,-transporte-y-servicio-tecnico-de-enfermeria-9028>

	<ul style="list-style-type: none"> a. Si se evidencia un hecho notorio a través de la historia clínica o de las demás pruebas allegadas al expediente, por la falta del control de esfínteres derivada de los padecimientos que aquejan al paciente o de la imposibilidad que tiene este de moverse, el juez de tutela puede ordenar el suministro directo de los pañales condicionado a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante. b. Si no se evidencia un hecho notorio, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección. v. Bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar pañales por vía de tutela
<p>Cremas anti-escaras</p>	<ul style="list-style-type: none"> i. No está expresamente excluido del PBS. Está incluido en el PBS. ii. En aplicación de la C-313, no se debe interpretar que podrían estar excluidas al subsumirlas en la categoría de “lociones hidratantes” o “emulsiones corporales”. iii. Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela. iv. Si no existe orden médica: <ul style="list-style-type: none"> a. Si se evidencia un hecho notorio a través de la historia clínica o de las demás pruebas allegadas al expediente, el juez de tutela puede ordenar el suministro directo de las cremas anti-escaras condicionado a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante. b. Si no se evidencia un hecho notorio, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección. v. Bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar cremas anti-escaras por vía de tutela.
<p>Pañitos húmedos</p>	<ul style="list-style-type: none"> i. Están expresamente excluidos del PBS. ii. Excepcionalmente pueden suministrarse por vía de tutela, si se acreditan los siguientes requisitos (reiterados en la C-313): <ul style="list-style-type: none"> d. Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un claro deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas. e. Que no exista dentro del plan de beneficios otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario. f. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores. g. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro. iii. En el caso que no cuente con prescripción médica, el juez de tutela puede ordenar el diagnóstico cuando se requiera una orden de protección.
<p>Sillas de ruedas de impulso manual</p>	<ul style="list-style-type: none"> i. No están expresamente excluidas del PBS. Están incluidas en el PBS. ii. Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela. iii. Si no existe orden médica:

	<ul style="list-style-type: none">a. Si se evidencia un hecho notorio a través de la historia clínica o de las demás pruebas allegadas al expediente, el juez de tutela puede ordenar el suministro directo de las sillas de ruedas condicionado a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante.b. Si no se evidencia un hecho notorio, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección.c. Bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar sillas de ruedas por vía de tutela
Servicio técnico de enfermería	<ul style="list-style-type: none">i. Está incluido en el PBS.ii. Se constituye en una modalidad de prestación de servicios de salud extrahospitalaria. El servicio se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y no sustituye el servicio de cuidador.iii. Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela.iv. Si no existe orden médica, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección.

6.9 Nótese que, siendo que en este caso concreto no existe orden médica de los suministros solicitados, aun echándose de menos, con lo consignado en dicho boletín se facultó expresamente al Juez de tutela para poder autorizar, cuando resulte perentorio, los implementos médicos que ante sus circunstancias especiales faciliten el manejo de la condición de salud y la atención domiciliaria en general del paciente.

Es de advertir que, del informe suministrado por el Dr. FRANK JOSE CASTILLO VEGA, se desprende lo siguiente:

*“Seguidamente, resulta importante tener en cuenta que se han estudiado los síntomas neurológicos de la señora MESTRA a raíz de su actual sintomatología y condición clínica; sin embargo, **el abordaje de estos debe realizarlo un médico especialista en Neurocirugía**”*

Sin que se aprecie de la historia clínica que el especialista al que se refiere el médico general haya efectuado el abordaje que refiere conforme a sus síntomas, tampoco se acreditó esa valoración con el informe rendido por la accionada.

6.10 Conforme a ello, el problema central se reduce en determinar, si se puede llegar a la plena convicción de que la accionante, cumple con los requisitos para acceder a los insumos solicitados y al servicio de enfermería en casa que implora.

Inicialmente, podría determinarse que la sola afirmación de la accionante de no contar con los recursos para sufragar los servicios e insumos que pretende, no es suficiente para sustentar sus peticiones, sin embargo, ha de recordarse que, al ser una negación indefinida, las reglas respecto a la carga probatoria recaen indefectiblemente sobre la entidad accionada. Esta última en su contestación hizo especial énfasis en que sólo existe presunción de no capacidad de pago cuando se hace parte del régimen subsidiado, lo que está ligado a la inscripción en el SISBEN, consideración que efectivamente ha ratificado en innumerables ocasiones la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional:

“Cuando el usuario en salud afirma no tener la capacidad económica para asumir los costos que implica una atención médica debido a su condición de discapacidad, el juez constitucional, en aplicación del artículo 20 del decreto 2591 de 1991, habrá de tener por cierta dicha afirmación si la otra parte no lo controvierte, en consonancia con la presunción de incapacidad

en materia de acceso a los servicios de salud para las personas afiliadas al Sisbén; en este sentido, se colige que las afirmaciones que realizan los usuarios del SGSSS sobre su capacidad económica se amparan por el principio de buena fe, por lo cual, la negativa indefinida sobre la posesión de recursos económicos se presume veraz hasta que la EPS desvirtúe dicha presunción”³.

Ahora bien, respecto a la capacidad económica de la accionante, la NUEVA EPS, en el informe allegado al Plenario, esbozó:

“Con relación al requisito correspondiente a la carencia de recursos económicos del paciente o su núcleo familiar, cabe porfiar, como se dijo en el numeral 4º de la presente respuesta, que el usuario hace parte del régimen contributivo, lo que quiere decir que no encuadra dentro de las presunciones de falta de capacidad económica tratadas ampliamente por la jurisprudencia como son: INSUFICIENCIA DE RECURSOS DE EL Y SU NÚCLEO FAMILIAR, Y/O PRESUNCIÓN DE LOS MISMOS CUANDO EL USUARIO PERTENECE AL RÉGIMEN SUBSIDIADO O CLASIFICACIÓN EN EL NIVEL MÁS BAJO DEL SISBÉN”

En atención al anterior, se pudo verificar que en efecto la accionante pertenece al régimen contributivo en calidad de beneficiaria, como se aprecia a continuación:

Información Básica del Afiliado :	
COLUMNA	DATOS
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	CC
NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN	39301795
NOMBRES	MELBA AMPARO
APELLIDOS	MESTRA RAMOS
FECHA DE NACIMIENTO	****
DEPARTAMENTO	BOLIVAR
MUNICIPIO	CARTAGENA

Datos de afiliación :

ESTADO	ENTIDAD	RÉGIMEN	FECHA DE AFILIACIÓN EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACIÓN DE AFILIACIÓN	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	NUEVA EPS S.A.	CONTRIBUTIVO	01/08/2008	31/12/2999	BENEFICIARIO

En el caso de marras, queda demostrado que la señora Melba Amparo Mestra Ramos, pertenece al régimen contributivo en calidad de beneficiaria; empero, se debe determinar si por el hecho de pertenecer a tal régimen, cuenta con la capacidad económica para sufragar los insumos y servicios que persigue mediante el presente trámite constitucional, y en función a ello, es necesario traer a colación la sentencia T-174 de 2013, en la cual, la Honorable Corte Constitucional se pronunció sobre cuáles son los criterios de valoración que deben emplear los jueces de tutela al momento de establecer la capacidad económica de un peticionario en ausencia de elementos probatorios, pues, en el caso que debió resolver, la entidad accionada basó la negativa de proporcionar la intervención quirúrgica que exigía la accionante, en que dicho procedimiento no estaba incluido dentro del POS, porque además, la accionante pertenecía al régimen contributivo, y bajo ese entendido se debía presumir su capacidad de pago, en esta misma providencia resaltó el máximo Tribunal que:

“Para esta Sala es indispensable que la solución final que adopte el juez en el trámite de la tutela, sea ante todo consecuencia de un ejercicio analítico de los elementos probatorios aportados en el marco del proceso. En caso de que se evidencie la ausencia de material probatorio el funcionario judicial deberá aplicar alguna de las siguientes fórmulas: (i) emplear sus

³ Corte Constitucional, Sentencia T-329 de 2018

poderes oficiosos con el fin de obtener la información necesaria para resolver la cuestión, (ii) recurrir a la carga dinámica de la prueba, (iii) en situaciones específicas, usar los criterios de flexibilización probatoria que la jurisprudencia constitucional autoriza y (iv) aplicar la lógica de lo razonable de conformidad con la experiencia y la sana crítica. Todo lo anterior con el fin de lograr que la solución final que adopte, sirva, ante todo, para proteger el derecho invocado".

La providencia citada previamente, se basó a su vez, en lo dicho en la sentencia T-683 de 2003, que declaró:

" (i) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (ii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iii) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (iv) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad".

10

Así pues, en lo que respecta a la capacidad económica de la señora Melba Amparo Mestra Ramos, encaja en los supuestos en los que la jurisprudencia constitucional ha permitido la flexibilización de la prueba, y en tal sentido esta Sala aplicará la lógica de lo razonable de conformidad con la experiencia y la sana crítica. Y con base en ello, se infiere que la peticionaria no cuenta con los recursos económicos para costear los insumos que deprecia en su escrito genitor, al no haber sido amplia y suficientemente controvertida por la accionada NUEVA EPS.

6.11 De cara a las pretensiones y teniendo como sustento lo probado en el plenario y las anteriores consideraciones, se anticipa que se concederá el amparo constitucional solicitado en aras de salvaguardar el derecho a la salud y vida digna de la señora Melba Amparo Mestra Ramos.

Sin embargo, se debe tener de presente que, para poder autorizar la provisión de todos los insumos solicitados, los cuales constituyen:

- Colchón antiescaras
- Pañitos húmedos
- Paños desechables
- Crema cero
- Guantes
- Silla de ruedas,
- Servicio de enfermería en casa

Es preciso contar con la valoración de un médico especializado, que dé cuenta de acuerdo a su ámbito de conocimiento si la señora Mestra Ramos, precisa o no

dichas prestaciones. Así mismo, se debe tener presente que especialmente, para poder autorizar el servicio de enfermería en casa, la ley y la jurisprudencia han establecido expresamente que se requiere orden médica proferida por un profesional de salud, en aras de no exceder la esfera de competencia, conocimiento y experticia que la ley le ha concedido al Juez de tutela.

Así las cosas, se ordenará a Nueva EPS que en un lapso breve realice valoración por médico especializado para que determine la necesidad de insumos médicos solicitados por la accionante, pues según lo dicho por la Honorable Corte: *"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"*⁴. 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*.

Finalmente, de acuerdo a la solicitud de la NUEVA EPS encaminada a que en caso de que sean autorizados los insumos solicitados por la accionante se ordene a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES) reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo, se debe puntualizar que, si posterior al estudio médico realizado, se autorizaren los insumos y servicios deprecados por la accionante, para lograr el recobro de servicios de salud que escapen de los que legalmente se encuentran obligadas a asumir por parte de las entidades, existe un trámite directo que no requiere orden judicial y que se fundamenta en la Ley 1122

de 2007 y Resoluciones 2933 de 2006, 3099 de 2008, 1479 de 2015 y Resolución 1885 **11** de 2018.

Colofón de lo expuesto, se REVOCARÁ la decisión de primera instancia.

DECISIÓN

En mérito a lo expuesto, la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por **JUZGADO SÉPTIMO DE FAMILIA DE CARTAGENA** el siete (07) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), dentro de la acción de tutela instaurada por la señora **MELBA AMPARO MESTRA RAMOS** contra la NUEVA EPS por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído, en su lugar tutelar los derechos invocados por la accionante.

SEGUNDO: En consecuencia, **ORDENAR** a la NUEVA EPS, que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de este fallo practique valoración médica por la especialidad en NEUROLOGÍA con el objeto de establecer si la paciente **MELBA AMPARO MESTRA RAMOS** requiere de la prestación del servicio de enfermería domiciliaria. Dentro del término antes previsto, deberá autorizar, si así se considera, la prestación de tal servicio a la señora **MELBA AMPARO MESTRA RAMOS**.

⁴ Sentencia T-345 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa.

⁵ Sentencia T-226 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

TERCERO: ORDENAR a LA NUEVA EPS que dentro de los cinco (05) días siguientes a la notificación de esta providencia proceda a practicar valoración por medicina general a la señora **MELBA AMPARO MESTRA RAMOS**, a fin de que **específicamente** determine, de acuerdo a los padecimientos médicos de la accionante, si existe la necesidad de ordenar el suministro de los insumos conocidos como: "colchón antiescaras, pañitos húmedos, paños desechables, crema cero, guantes y una silla de ruedas". En el evento de ordenarse deberá ser suministrado a la mayor brevedad posible, so pena de incurrir en desacato.

CUARTO: NOTIFÍQUESE a las partes dentro del presente trámite de la decisión adoptada por el medio más expedito y eficaz.

QUINTO: ENVIAR el expediente oportunamente a la H. Corte Constitucional, para la eventual revisión de la sentencia proferida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE⁶

Giovanni Carlos Díaz Villarreal
Magistrado Sustanciador

John Freddy Saza Pineda
Magistrado

Marcos Román Guio Fonseca
Magistrado

Firmado Por:

Giovanni Diaz Villarreal

Magistrado

Sala 002 Civil Familia

Tribunal Superior De Cartagena - Bolívar

Marcos Roman Guio Fonseca

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

⁶ La presente sentencia, contiene la firma electrónica colegiada de los Magistrados que integran la Sala de Decisión.

Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

John Freddy Saza Pineda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

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:
44c84194f71acc9e18811e2b38c66ac51701854533f30471adcc003153b8860c

Documento generado en 08/02/2022 04:25:11 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>