

Floridablanca, cuatro (4) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

TUTELA

RADICADO: 2023-00102
ACCIONANTE: EDILENNY MARIANYOLI ZAMBRANO FERRER
AGENCIADO: CARMEN ALICIA FRANCO
ACCIONADOS: NUEVA EPS
ASUNTO: SENTENCIA DE TUTELA

ASUNTO

Resolver la acción de tutela interpuesta por la señora EDILENNY MARIANYOLI ZAMBRANO FERRER, actuando como agente oficiosa de su tía CARMEN ALICIA FRANCO, contra NUEVA EPS, trámite al que se vinculó a la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL, ante la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas.

ANTECEDENTES

1.- La agente oficiosa de la señora Carmen Alicia Franco expuso que su tía está afiliada al régimen subsidiado a través de la Nueva Eps, padece “cardiopatía isquémica revascularizada qx con severa disfunción sistólica ventricular izquierda”, el 28 de julio de 2022 le realizaron una cirugía a corazón abierto y tiene “antecedentes de diabetes mellitus 2, hipertensión arterial, enfermedad coronaria multivaso”, todo lo cual le impide desplazarse por sus propios medios, no controla esfínteres y ha perdido la orientación, así que en repetidas oportunidades ha solicitado a la Nueva Eps lo necesario para que su tía tenga una vida digna, esto es, un cuidador, pañales y una silla de ruedas, pero se los han negado y su núcleo familiar carece de recursos económicos suficientes para sufragar los gastos que genera su adquisición, razones suficientes para acudir al presente trámite, a fin que se autoricen y suministren los aludidos servicios e insumos.

2.- Una vez avocado conocimiento, se vinculó al representante legal de la Nueva y al Secretario Departamental de Salud, informando el apoderado especial de la Nueva Eps que la accionante estaba vinculada a esa EPS a través del régimen subsidiado, le estaban garantizando los servicios médicos integrales ordenados por el médico tratante, pero los servicios de cuidador permanente, silla de ruedas y pañales para adulto no contaban con orden médica que los avalara y, por ende, era inviable suministrarlos sin el aval del profesional de la salud y, por ende, solicitó negar el amparo deprecado.

2.1. El Secretario de Salud Departamental guardó silencio dentro del término otorgado.

CONSIDERACIONES

3.- La acción de tutela es un mecanismo de carácter constitucional, concebido como el medio más expedito y célere para proteger los derechos fundamentales afectados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de particulares, caracterizado por su naturaleza subsidiaria y residual, de ahí que sólo procede ante la ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, o cuando se utilice como herramienta transitoria para evitar que se configure un perjuicio irremediable.

4.- Atendiendo lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el numeral 1º del artículo 1º del Decreto 333 de 2021, este Juzgado es competente para conocer la presente acción de tutela, toda vez que está dirigida contra una Entidad Promotora de Salud, Nueva EPS¹.

5.- Conforme a lo previsto en los artículos 86 de la Carta Política y 10º del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede presentarse directamente, a través de representante o agenciando derechos ajenos, de tal modo que la señora Edilenny Marianyoli Zambrano Ferrer estaba legitimada para interponerla como agente oficiosa de la señora Carmen Alicia Franco, su tía, quien padece múltiples quebrantos de salud.

6.- El problema jurídico se contrae a determinar si Nueva EPS vulneró los derechos a la salud, vida digna y al diagnóstico de la agenciada al negarle el servicio de cuidador permanente, el suministro de una silla de ruedas y pañales para adulto para mitigar el impacto de las patologías que padece, a pesar que no se cuenta con órdenes médicas que los avalen.

La respuesta surge parcialmente afirmativa, pues está en pugna el derecho fundamental a la salud y la vida en condiciones dignas de una persona sujeto de especial protección constitucional, debido a su diagnóstico, por lo que priman aquellas garantías sobre la actual exigencia administrativa; además es claro que la agenciada se encuentra en condición de dependencia; sin embargo, resulta imperativo que los servicios médicos requeridos estén precedidos de la prescripción del galeno, pues al juzgador no le es dable atribuirse la calidad y el conocimiento para una determinación en ese sentido y como en la historia clínica no obra tal presupuesto, el amparo sólo puede cobijar la valoración médica domiciliaria para establecer la necesidad o no de tales servicios.

6.1. Premisas de orden jurídico sobre las cuales se soportan las afirmaciones anteriores.

¹ En respeto de las decisiones del superior jerárquico, se ha optado por asumir las acciones de tutela contra Nueva EPS, a pesar que se trate de una empresa de economía mixta, o sea una entidad del orden nacional

6.1.1. Carácter autónomo del derecho a la salud.

En la actualidad, se predica la naturaleza fundamental del derecho a la salud, lo cual - sin duda - indica que ante su vulneración o puesta en peligro la protección podría implorarse – de forma independiente y autónoma - a través de la acción de tutela, sin que se supedita a la violación de otro derecho fundamental. Al respecto el máximo Tribunal Constitucional señaló que:

“...Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal” para pasar a proteger el derecho “fundamental autónomo a la salud. Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud...”²

Así mismo, la H. Corte Constitucional pacíficamente ha discernido respecto del derecho fundamental a la salud lo siguiente:

“...la Ley 1751 de 2015 reconoció el carácter fundamental que comporta este derecho, tal como lo venía señalando la jurisprudencia constitucional. Dicha garantía, consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible. En ese orden, esta Corte ha sostenido que, en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela...”³

6.1.2. En cuanto a la posibilidad de exigir medicamentos e insumos, no contemplados dentro del POS, como lo son silla de ruedas, pañales y enfermera o cuidador domiciliario, ha dicho la H. Corte Constitucional que:

“...Como regla general, los usuarios del sistema de seguridad social en salud tienen derecho a acceder a todas aquellas prestaciones establecidas en el P. O. S., siempre que concurren algunos presupuestos: (i) sea ordenada por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio, (ii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iii) sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud⁴...Sin embargo, dada la constatación de que garantizar todo aquello que, se ha advertido, supone el derecho a la salud a la luz de las exigencias constitucionales, en no pocas ocasiones comporta prestaciones no contempladas en el P. O. S., en abundante jurisprudencia esta Corporación ha sostenido que es posible ordenarlas con el propósito de

² Sentencia T-700 de 2009

³ Sentencia T-062 de 2017

⁴ Sentencias T-678 de 2015; T-760 de 2008

hacer verdaderamente eficaz la garantía de dicha prerrogativa. Puesto que se trata de una circunstancia excepcional, también su procedencia tiene ese carácter y se halla sometida a unas condiciones ciertamente estrictas. La Corte ha mantenido que habrá lugar a que se disponga un servicio excluido del P. O. S. siempre que concurran las siguientes condiciones: «(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente 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 está solicitándolo»⁵.(subrayado fuera de texto).

6.1.3. En cuanto el derecho al diagnóstico, ha dicho el alto Tribunal Constitucional que:

“...como componente integral del derecho fundamental a la salud, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere. El derecho al diagnóstico se configura como un supuesto necesario para garantizar al paciente la consecución de los siguientes objetivos: (i) establecer con precisión la patología que padece el paciente, (ii) determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al más alto nivel posible de salud e (iii) iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente. El diagnóstico efectivo se compone de tres etapas, a saber: identificación, valoración y prescripción. La etapa de identificación comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente. Una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso. Finalmente, los especialistas prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente. En atención a la importancia del concepto especializado en medicina, es menester que el juez de tutela, en los casos desprovistos de fórmula médica: i) ordene el suministro del servicio o tecnología en salud incluidos en el PBS con base en la evidente necesidad del mismo -hecho notorio-, siempre que se condicione a la posterior ratificación del profesional tratante y, ii) en ausencia de la mencionada evidencia, pero frente a un indicio razonable de afectación a la salud, ordene a la entidad promotora de salud respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un concepto en el que determinen si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido a fin de que sea eventualmente provisto. En este contexto, siendo el diagnóstico un componente esencial en la realización efectiva del derecho a la salud, la Sala considera que esta prerrogativa habría de protegerse en los casos concretos en los que sea aplicable, cuando se observe que se desconoce la práctica de todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente. Incluso, tal amparo debe otorgarse indistintamente

⁵ Sentencia T-210 de 2015

de la urgencia de su práctica, es decir, no simplemente frente al riesgo inminente que pueda sufrir la vida del paciente, sino además frente a patologías que no la comprometan directamente”.⁶

En la misma decisión, ante la ausencia de prescripción médica, precisó la Alta Corporación, lo siguiente:

“...Ahora bien, ante la ausencia de prescripción médica y pruebas (p. ej. la historia clínica) que permitan evidenciar la necesidad de los insumos, esta Corporación considera que, en principio, procede la acción de tutela para amparar el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico. Esto significa, que el juez constitucional podrá ordenar a la entidad promotora de salud que realice la valoración médica del paciente y determine la necesidad de autorizar pañales, cuando a partir de los hechos se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección”.

7.- Premisas de orden fáctico: se encuentra probado dentro del presente trámite constitucional - porque se allegaron los medios de prueba para tal fin o no fue objeto de discusión entre las partes - que:

i) La señora Carmen Alicia Franco hace parte del régimen del régimen subsidiado de salud a través de la Nueva EPS, lo que indica que es sujeto de especial protección porque hace parte de la población más vulnerable; ii) conforme se desprende de la historia clínica adjunta, presenta un diagnóstico de cardiopatía isquémica revaclarizada qx con severa disfunción sistólica ventricular; iii) no obra prescripción médica respecto al servicio de cuidador permanente, tampoco frente al suministro de silla de ruedas y pañales para adulto.

8.- Conclusiones: al contrastar las premisas de orden fáctico con las glosas jurisprudenciales y legales, se logró dilucidar lo siguiente:

8.1. La situación emerge clara, la señora Carmen Alicia Franco es sujeto de especial protección constitucional, dado que se encuentra afiliada en el régimen subsidiado de salud, precisamente por carecer de recursos económicos, además padece varias patologías que le impiden valerse por sí misma.

8.2. La accionante manifiesta que carece de los recursos económicos para asumir de forma particular el servicio de enfermera cuidador domiciliario, el suministro de silla de ruedas y pañales para adulto para la señora Carmen Alicia Franco.

⁶Sentencia SU-508 de 2020

8.3. En el presente asunto no existe orden médica frente a los servicios de cuidador permanente, tampoco respecto del suministro de silla de ruedas y pañales para adultos, pese a la enfermedad que padece; situación que ni siquiera generó por parte de la EPS la valoración correspondiente.

8.4. La orden judicial no puede sobreponerse ante el criterio médico, son los especialistas en la materia los llamados a prescribir o no el servicio, no obstante, en el caso de marras ni siquiera se realizó por parte de la EPS una visita médica a la usuaria para valorar la posibilidad de conceder lo que se pretende y, si la excusa descansa en que no tenían conocimiento, pese a que la accionante refiere lo contrario, lo cierto es que se enteró de la situación por vía de la presente acción constitucional y no mostró interés en determinar la necesidad o no del servicio; por el contrario, su posición se dirigió hacia la negación del mismo, con fundamento en la falencia de la orden médica.

Así las cosas, ante la evidente condición de dependencia y las atenciones que requiere la usuaria, la exigencia administrativa de la EPS debe entender en el contexto de la facticidad del caso, es decir, no puede ordenarse lo requerido sin conocer el criterio del médico tratante pero es viable y urgente la valoración médica para determinar la necesidad de los servicios solicitados que pueden llegar a tener injerencia no solo en su efectiva recuperación o estabilidad en su condición de salud, sino en su dignidad como ser humano, por lo que frente a la valoración médica domiciliaria conforme a los preceptos jurisprudenciales referenciados es procedente la acción de tutela en cuanto el derecho al diagnóstico.

Entonces, sin mayores elucubraciones es fácil concluir que se está vulnerando el derecho fundamental reclamado y la tutela emerge como la única vía de protección confiable al coartarse el derecho al diagnóstico y el acceso al derecho a la salud, teniendo en cuenta las especiales condiciones de la afectada.

Así las cosas, se amparará la garantía fundamental y, en consecuencia, se ordenará al representante legal de NUEVA EPS que - dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación del presente trámite - autorice y materialice la valoración médica domiciliaria de la señora Carmen Alicia Franco para que se verifique la necesidad y procedencia de conceder u otorgarle el servicio de cuidador domiciliar, el suministro de silla de ruedas y pañales para adulto y demás insumos que requiera, en cuyo caso deberá procederse de conformidad a las indicaciones del galeno o especialista tratante; de lo contrario el amparo sería ilusorio y habría que acudir nuevamente al mismo para garantizar la materialización del servicio, lo cual no se justifica.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA DESCENTRALIZADO EN FLORIDABLANCA – en tutela -, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **TUTELAR** los derechos fundamentales a la salud y al diagnóstico de la señora CARMEN ALICIA FRANCO, identificada con permiso por protección temporal 2.578.104, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: **ORDENAR** al representante legal de NUEVA EPS - o quien haga sus veces - que dentro del término de cuarenta ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de la presente decisión – si aún no lo ha hecho - autorice y materialice la valoración médica domiciliaria a la señora CARMEN ALICIA FRANCO, para que se verifique la necesidad concederle u otorgarle el servicio de cuidador domiciliario, el suministro de silla de ruedas, pañales para adulto y demás insumos que requiera. En caso que el médico tratante domiciliario ordene dichos servicios, en el mismo término anterior, **DEBERÁ** procederse de conformidad a sus indicaciones y, en consecuencia, suministrarse el servicio de forma continua y sin dilaciones de ninguna orden. So pena de incurrir en desacato de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: **NOTIFICAR** el presente fallo a las partes, conforme a los parámetros consagrados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: **ENVIAR** el presente fallo a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no fuere impugnado.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JOSE ALBERTO PLATA ANGARITA
JUEZ