

Floridablanca, treinta (30) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

TUTELA

RADICADO: 2023-00149
ACCIONANTE: AMPARO PALOMINO PEDRAZA
AGENCIADO: GEORGINA VELASCO DE DÍAZ
ACCIONADOS: NUEVA E.P.S
ASUNTO: SENTENCIA DE TUTELA

ASUNTO

Resolver la acción de tutela interpuesta por la señora AMPARO PALOMINO PEDRAZA, actuando como agente oficiosa de la señora GEORGINA VELASCO DE DÍAZ, contra NUEVA EPS, trámite al que se vinculó a la Secretaría Departamental de Salud de Santander, ante la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas.

ANTECEDENTES

1.- La agente oficiosa de la señora Georgina Velasco de Díaz expuso que su “suegra” - de 82 años de edad y afiliada a Nueva EPS - padece “demencia en la enfermedad de alzheimer no especificada” y “trastornos afectivos bipolares, incontinencia urinaria no especificada, incontinencia fecal, necesidad de asistencia debida a movilidad reducida, senilidad constipación, desnutrición proteicocalórica moderada”, ante lo cual su médico tratante – en cita de control domiciliario del pasado 11 de septiembre – determinó que es “...paciente totalmente dependiente en las AVD, basthel 0/100, al día de hoy familiar solicita silla de ruedas y silla de pato, se considera que por grado de postración de hoy de paciente no generaría ningún avance o ganancia de funcionalidad o mejoría a su trabajar para cuidar a la paciente, dejando gastos sin cubrir. Paciente sin equipos de complejización sin síntomas o medicación de administración parental por lo cual no amerita servicio de enfermería diaria. Se solicita valoración por trabajo social para evaluar situación socioeconómica de la paciente y red de apoyo para asumir el costo de cuidador y/o cama hospitalaria. Nota no se realiza examen físico por modalidad de teleconsulta, lo anotado es subjetivo y referido por el cuidador...”, por lo que acudió ante la EPS a solicitar lo prescrito por el médico tratante, pero se lo negó.

Su núcleo familiar está conformado por tres hijos, pero no pueden atender y costear las necesidades de su progenitora, por lo que requiere se ordene a la Nueva EPS y a la Secretaría

de Salud Departamental de Santander se asigne un cuidador permanente, suministren la silla pato con ruedas, la cama hospitalaria, un colchón antiescaras y el tratamiento integral para sus patologías.

2.- Una vez avocado conocimiento, se vinculó al representante legal de Nueva EPS y al Secretario Departamental de Salud de Santander, informando el apoderado especial de la Nueva EPS que ha brindado a la paciente los servicios requeridos dentro de su competencia y conforme a las prescripciones médicas dentro de la red de servicios contratada; en la evolución médica y/o historia clínica no se observaba orden de cuidador, ni su pertinencia, es decir, no existían elementos de juicio necesarios para acreditar los supuestos que originaron la solicitud de amparo, o sea, los servicios demandados no fueron prescritos por el médico tratante y, por ende, pidió negar el amparo; de lo contrario, pidió conceder el recobro.

2.1. El Secretario Departamental de Salud de Santander guardó silencio dentro del término otorgado, a pesar de haber sido debidamente notificado.

CONSIDERACIONES

3.- La acción de tutela es un mecanismo de carácter constitucional, concebido como el medio más expedito y ágil 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 EPS.

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 Amparo Palomino Pedraza estaba legitimada para interponerla como agente oficiosa de la señora Georgina Velasco de Díaz, su suegra, quien padece múltiples quebrantos de salud.

6.- El problema jurídico se contrae a determinar si Nueva EPS vulneró los derechos a la salud y vida en condiciones dignas de la señora Georgina Velasco de Díaz, al negarle el servicio de cuidador permanente, silla pato con ruedas, cama hospitalaria, colchón antiescaras y tratamiento integral.

La respuesta surge parcialmente afirmativa, pues están en pugna los derechos fundamentales a la salud, la dignidad humana y el diagnóstico de una persona sujeto de especial protección constitucional, por lo que priman aquellas garantías sobre la actual exigencia administrativa; además es claro que la agenciada se encuentra en condición de dependencia absoluta; 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 estos servicios.

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

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 supedite 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...”¹

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...”²

¹ Sentencia T-700 de 2009

² Sentencia T-062 de 2017

6.1.2. En cuanto a la posibilidad de exigir medicamentos e insumos no contemplados dentro del plan de beneficios, como lo es un cuidador permanente, la silla pato con ruedas, una cama hospitalaria y un colchón antiescaras, 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 salud³...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 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 concurren 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»⁴.(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

³ Sentencias T-678 de 2015; T-760 de 2008

⁴ Sentencia T-210 de 2015

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 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”.⁵

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”.

6.1.4. El tratamiento integral está regulado en el artículo 8° de la Ley 1751 de 2015, implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye suministrar “todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir “prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”.

De manera precisa, la H. Corte Constitucional ha discernido lo siguiente:

“...por regla general, los servicios que deben ser otorgados de manera integral, son aquellos que el profesional de la salud estime pertinentes para atender el padecimiento que se presente. Al respecto, la Corte ha señalado que: “(...) el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo

⁵Sentencia SU-508 de 2020

cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente. En tal sentido, se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante.”...(...).... Ahora bien, la Corte ha identificado que existen ciertos eventos en los que no se logra evidenciar con claridad que el tratamiento solicitado por el paciente relacionado con la atención integral, provenga de una orden médica o siquiera se acredite concepto o criterio del galeno, por tanto, sostiene que, en estos casos, el juez constitucional al conceder el amparo, debe ajustarse a precisos presupuestos, que le permitan determinar con claridad la orden que se pretende dictar, a saber:“(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable”...”

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 Georgina Velasco de Díaz hace parte del régimen subsidiado de salud a través de la Nueva EPS y tiene 82 años de edad⁶, lo que indica que es sujeto de especial protección porque es un adulto mayor y padece múltiples quebrantos de salud; ii) conforme se desprende de la historia clínica adjunta⁷, presenta un diagnóstico de trastornos afectivos bipolares, incontinencia urinaria, no especificada, incontinencia fecal, necesidad de asistencia debida a movilidad reducida, senilidad, constipación, desnutrición proteicocalorica moderada; iii) no obra prescripción médica respecto al servicio de cuidador permanente, silla pato con ruedas, cama hospitalaria y colchón antiescaras.

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 Georgina Velasco de Díaz es una ciudadana de especial protección constitucional, dado que es una adulta mayor de 82 años de edad, además padece varias patologías que le impiden valerse por sí misma.

8.2. La accionante manifiesta que tanto ella como la agenciada y el núcleo familiar de esta carecen de los recursos económicos para asumir de forma particular los servicios de cuidador permanente, silla pato con ruedas, cama hospitalaria y colchón antiescaras.

⁶ Archivo Digital No. 001, folio 11, cuaderno de tutela.

⁷ Archivo Digital No. 001, folio 10, cuaderno de tutela.

8.3. En el presente asunto no existe orden médica frente a los servicios de cuidador permanente, silla pato con ruedas, cama hospitalaria y colchón antiescaras, pese a la enfermedad que padece; no obstante, del escrito de tutela y sus anexos se evidenció que en la historia clínica del 11 de septiembre de 2023 el médico tratante consagró que “se solicita valoración por trabajo social para evaluar situación socioeconómica de la paciente y red de apoyo para asumir el costo de cuidador y/o cama hospitalaria”, sin embargo a la fecha la Nueva EPS no ha practicado 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.

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 del afectado.

8.5. Es pertinente indicar que el recobro es un derecho legal que les asiste a todas las Entidades Promotoras de Salud, conforme a lo dispuesto en el Decreto 806 de 1998, por lo que es innecesaria una orden de tutela en tal sentido; es decir, dicha figura opera por ministerio de la Ley y, por ende, la acción de tutela es inocua para solucionar asuntos netamente administrativos, en tanto la misma está diseñada para proteger los derechos fundamentales, no para atender pagos o prestaciones económicas que - de suyo - no deben reclamarse por ésta vía Constitucional.

8.6. Se negará el tratamiento integral porque no existe certeza sobre los tratamientos que requerirá la paciente o si los mismos serán negados o no por la entidad accionada, incluso si serán considerados como necesarios o no por parte de los médicos tratantes, ya que se trata de un hecho futuro e incierto, lo que conllevaría a presumir la mala fe de la entidad accionada, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados.

Por lo tanto, la solicitud de tratamiento integral sólo puede calificarse como genérica y carente de elemento demostrativo o jurídico alguno, siendo obligación de la accionante ilustrar al juez constitucional sobre el sistemático actuar desviado por parte de la entidad accionada lo cual no fue probado; además el tratamiento integral no opera de forma automática por el simple hecho de considerarse vulnerado o puesto en peligro el derecho fundamental a la salud, ya que - como se pudo observar – debe subsumirse el supuesto de hecho a los requisitos contemplados para su procedencia, lo que en este caso no se encuentra demostrado.

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 Georgina Velasco de Díaz para que se verifique la necesidad y procedencia de conceder u otorgarle el servicio de cuidador permanente, silla pato con ruedas, cama hospitalaria y colchón antiescaras, 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 resulta injustificado.

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, vida en condiciones dignas y al diagnóstico de la señora GEORGINA VELASCO DE DIAZ, identificada con cédula de ciudadanía N° 28.210.240, 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 Georgina Velasco de Díaz para que se verifique la necesidad y procedencia de conceder u otorgarle el servicio de cuidador permanente, silla pato con ruedas, cama hospitalaria y colchón antiescaras. 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.

TERCERO: **NO ACCEDER** a la solicitud de recobro, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO: **NO ACCEDER** a la solicitud de tratamiento integral, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

QUINTO: **NOTIFICAR** el presente fallo a las partes, conforme a los parámetros consagrados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y la Ley 2213 de 2022

SEXTO: **ENVIAR** el presente fallo a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no fuere impugnado y una vez retornen de allí, se dispone su **ARCHIVO**.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


JOSE ALBERTO PLATA ANGARITA

JUEZ