

Cartagena de Indias D. T. y C., cuatro (04) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Acción	IMPUGNACIÓN DE TUTELA.
Radicado	13-001-33-33-007-2019-00074-01
Accionante	RICARDO BALLESTAS DE LA HOZ
Accionado	NUEVA E. P. S.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Confirma la sentencia de primera instancia- derecho a la salud y vida digna- Servicio de enfermería domiciliaria.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Le corresponde a esta Sala decidir sobre la impugnación interpuesta por la parte accionada, contra el fallo de tutela de fecha veintiséis (26) de abril de dos mil diecinueve (2019)¹, dictado por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro de la acción de tutela adelantada por el señor RICARDO BALLESTAS DE LA HOZ contra la NUEVA E. P. S.

II.- ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró el señor RICARDO BALLESTAS DE LA HOZ, identificado con cedula de ciudadanía Nro. 885.655 de Cartagena-Bolívar.

III.- ACCIONADA

La acción está dirigida en contra de la NUEVA E. P. S.

IV.- ANTECEDENTES

4.1.- Pretensiones².

En ejercicio de la acción de tutela, el accionante elevó las siguientes pretensiones:

"Que la NUEVA EPS, ordene de manera inmediata servicio de auxiliar de enfermería 12 horas diurnas a domicilio, como lo ordeno mi médico

¹Fols. 48-59 cdno 1

²Fol. 3 Cdno 1

Radicado: 13-001-33-33-007-2019-00074-01

tratante y además por mi condición por ser (SIC) discapacitado y de la tercera edad me dé un protección integral"

4.2.- Hechos³.

La parte accionante desarrolló los argumentos fácticos, que se han de sintetizar así:

El actor expresa que, tiene actualmente ochenta y tres (83) años de edad y desde hace más de diez (10) años por problemas de movilidad se encuentra en silla de ruedas, agrega que; su esposa falleció, siendo esta, la persona que lo cuidaba y estaba atenta a sus necesidades, aduciendo que desde la muerte de su esposa su estado de salud se ha desmejorado.

Afirma el señor Ricardo Ballestas, que el médico el tratante Dr. Luis Eduardo Hoyos, le ordenó un servicio de auxiliar de enfermería 12 horas diurnas a domicilio; debido a que se encuentra en un estado regular de salud, padeciendo de insuficiencia renal crónica, hipertensión e incontinencia urinaria, entre otras.

En el escrito de tutela, se tiene que el tutelante solicitó a la NUEVA EPS, lo ordenado por el médico, teniendo como contestación que, dicha solicitud no era pertinente y que este servicio no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud. Ante dicha negativa por parte de la Nueva EPS, el accionante estima se constituye una grave violación a los derechos fundamentales a la salud, que constitucionalmente le asisten y a la calidad de vida al ser una persona de la tercera edad con discapacidad; teniendo en cuenta que la familia no tiene las condiciones económicas, ni profesionales para brindarle los cuidados que requiere, pues pesa 95 kilogramos y padece de las patologías antes indicadas.

4.3.- Contestación de la NUEVA E. P. S.⁴

La Empresa Promotora de Salud NUEVA E. P. S., a través de escrito contestativo de la demanda, expresa que como primera medida; informa que esta asume todos y cada uno de los servicios médicos que sus usuarios requieren desde el mismo momento de su afiliación, siempre que la prestaciones de dichos servicios médicos se encuentren dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad que, por efectos de

³Fol. 1-2 Cdno 1

⁴ Fols 21-24 y 43-46 Cdno 1

Radicado: 13-001-33-33-007-2019-00074-01

viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ha impartido el Estado Colombiano.

Respecto a los hechos de la tutela, señalan como primera medida que, el señor se encuentra afiliado a través del Régimen Contributivo, teniendo como estado de afiliación ACTIVO; por otro lado, respecto a la pretensión del actor, la Nueva EPS afirma que está a garantizado los servicios en salud al usuario con oportunidad y calidad, agregando que el paciente recibe paquete de atención domiciliaria para paciente crónicos mensualmente por IPS Innovar Salud.

En ese orden de ideas, la accionada alude que la solicitud del servicio primario de CUIDADOR PRIMARIO, para que este le brinde ayuda a su familiar en las actividades básicas del paciente como son comer, caminar y bañarse, deben ser suministrados por los familiares, mas no por el personal médico.

Igualmente, considera que sobre el término cuidador domiciliario existe una serie de características, en las cuales se encuentra como actividades básicas el cambio de posición, lubricación de piel, asistencia en baño general y realización de movimiento a extremidades; teniendo que esencialmente la prestación del servicio de cuidador radica en cabeza de la familia y luego del Estado, como regla general. No obstante, si la situación consiste en la imposibilidad de sobrellevar las cargas que impone la prestación del servicio de cuidador por el núcleo familiar, el paciente haciendo uso de los mecanismos constitucionales reclamara ante el juez de tutela, quien surtirá el debate probatorio a través del cual se determinara si le asiste la protección al usuario.

En ese orden de ideas, la Nueva EPS aclara que dicha entidad tiene un modelo de acceso a los servicios y la entrada a ellos es a través de los servicios de urgencias o de las IPS Primarias asignadas, por ello la prestación del suministro de tratamiento integral, se debe mencionar que se entiende como el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, de acuerdo a la Resolución 5269 de 2017.

Adicional a lo anterior, expresa la tutelada que exceder los lineamientos de la normatividad vigente no es conducente, por lo que al evaluar la procedencia de conocer TRATAMIENTO INTEGRAL que implique hechos futuros e inciertos, en suma; mencionan el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 1 se refiere a la protección de los derechos fundamentales, la cual

Radicado: 13-001-33-33-007-2019-00074-01

debe estar basada en una vulneración o amenaza que provenga de autoridad pública o de los particulares.

Lo anterior significa, de acuerdo al contenido de la contestación de la acción de tutela de la referencia que, nos es dable al fallador de tutela emitir, para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad, en consecuencia, manifiesta la Empresa Promotora de Salud que, el fallo de tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración de los derechos y protegerlos a futuro, pues con ello se desbordaría su alcance y además una condena en estos términos incurre en el error de obligar por prestaciones que aún no existen.

Como corolario de lo anterior, la NUEVA EPS solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela, toda vez que los servicios solicitados es NO PBS, puesto que se debe garantizar por parte de los familiares y, de forma subsidiaria; en caso de ser concebida, se ordene expresamente, que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Salud Social en Salud ADRES, pague a la Nueva EPS el 100% del costo de los servicios que no están en el Plan de Beneficios de Salud.

V.- FALLO IMPUGNADO⁵

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha veintiséis (26) de abril de dos mil diecinueve (2019), resolvió:

"Primero: TUTELAR los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social del señor RICARDO BALLESTAS DE LA HOZ, identificado con CC 885.655, para lo cual se ORDENA a la NUEVA EPS que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo proceda a gestionar y materializar el suministro del servicio de auxiliar de enfermería 12 horas diurnas a domicilio, sin someter al accionante a procedimientos administrativos que no le competen, ni debe soportar, con la consecuente atención integral del paciente, en virtud del estado de salud en el que se encuentra el actor

Segundo: ORDENAR a la Gerente Zonal de la Nueva EPS Angela Espitia Romero, que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia haga los procedimientos correspondientes para que le sea entregado al señor RICARDO BALLESTAS DE LA HOZ el servicio de auxiliar de

⁵ Ver nota al pie No. 1 de la presente providencia.

Radicado: 13-001-33-33-007-2019-00074-01

enfermería 12 horas a domicilio (CUIDADOR DOMICILIARIO) ordenado por su médico tratante.

*Tercero: **ORDENAR** a la Administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud ADRES a cancelarle a la Nueva EPS, el costo del servicio ordenado por el médico tratante por no encontrarse en el Plan de beneficios de salud conforme a la Resolución 5269 del 2017.*

(...)"

El fallo proferido el A-quo, en efecto accede a las pretensiones de la tutela y con ello ampara los derechos fundamentales a la dignidad humana, salud y seguridad social del actor, toda vez que, el accionante se encuentra en delicado estado de salud y al ser una persona de especial protección por pertenecer a la tercera edad, por ello requiere del apoyo de un cuidador domiciliario durante el día para preservar su integridad física, razón suficiente para acceder a lo requerido.

En ese sentido, en el caso sub examine; luego de realizar la revisión de lo escrito en la acción de tutela y las pruebas aportadas, el operador de justicia señala que el actor acudió ante la entidad para el suministro de los servicios de enfermería ordenado por su médico tratante, teniendo como resultado la negativa de la NUEVA EPS.

Así mismo, la casa judicial encuentra que el actor no cuenta con los recursos económicos para costear el insumo solicitado ni su familia, lo cual no fue desvirtuado por la Empresa Promotora de Salud al momento de contestar la tutela, de esa forma, es deber dar aplicación a la regla general de presunción de veracidad prevista en el artículo 20 del Decreto Ley 2591 de 1991, cumpliendo con las exigencias necesarias para el decreto del insumo no incluido en el Plan de Beneficiarios, siendo la exigencias: (i) facilitar el desarrollo de las actividades cotidianas, como también satisfacer las necesidades básicas y con ello ostentar una vida digna, pues su condición médica le restringe la posibilidad de realizar sus necesidades básicas (ii) No puede ser sustituida por otro elemento incluido en el PBS (iii) es indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente y (iv) fue solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación de servicio de salud.

En ese sentido, el juzgado determina que en el caso de marras se tiene que el señor Ballestas cumple con los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha dispuesto, en ese sentido; expresa que entre los

Radicado: 13-001-33-33-007-2019-00074-01

fundamentos encuentra la ausencia de argumentos que desvirtúen la capacidad económica de la accionante por parte de la EPS demandada considera que es obligatorio dar aplicación de la consecuencias jurídica prevista por el legislador ante tales circunstancias, igualmente que la orden sea emitida por un médico de la red de la EPS, aludiendo que además; para dicha célula judicial es evidente la necesidad de brindar un cuidador domiciliario para la proporción de ayuda en las actividades básicas diarias del accionante.

Finalmente dispone que, sobre la solicitud de integralidad para el caso concreto, el juez de primera instancia considera acreditada que tal medida es procedente, como quiera que, las exigencias hechas por la Corte Constitucional están en juego las garantías fundamentales de sujetos que merecen una especial protección constitucional, como es el caso de las personas con discapacidad física que padezcan de una enfermedad catastrófica, como es la insuficiencia renal crónica, hipertensión e incontinencia urinaria.

VI.-FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN⁶

En el escrito de impugnación, la parte accionada expone que, el usuario se encuentra afiliado a la NUEVA EPS a través del Régimen Contributivo, estando en estado ACTIVO dentro del sistema; por lo anterior, expresa la impugnante que se le han garantizado los servicios de salud con base en las prescripciones de los médicos tratantes con oportunidad y calidad.

Además, informan que el paciente está recibiendo un paquete de atención domiciliaria para pacientes crónicos (mensual) brindado por la IPS Innovar Salud y, en relación con las pretensiones de cuidador domiciliario, alega la EPS que estas actividades básicas y cuidados deben ser suministrados por los familiares, mas no por el personal médico.

Igualmente, advierten que el suministro de un tratamiento integral está supeditado al Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, conforme lo especifica la Resolución 5269 de 2017 y, consecuentemente los servicios ordenados al usuario por parte de la red de médicos tratantes son y serán cubiertos con base en la normatividad vigente incluyendo el acceso al Plan de Beneficios en Salud, atendiendo a eso, entiende la NUEVA EPS que el fallo de tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración de los derechos y protegerlos a futuro, pues con ello desbordaría el alcance y

⁶ Fols 64-66 Cdno 1.

Radicado: 13-001-33-33-007-2019-00074-01

además dicha condena incurriría en el error de obligar por prestaciones que aún no existen.

Concluye la Promotora en Salud que, en consecuencia de lo alegado revoque el fallo judicial y en su lugar se declare la improcedencia de la acción de tutela, toda vez que el servicio solicitado es NO PBS y debe ser garantizado por los familiares. Sin embargo, en caso de ser concebida se ordene expresamente en la parte resolutive de la sentencia que el ADRES pague a la Nueva EPS el 110% del costo de los servicios de salud que no están en el Plan de Beneficios de Salud.

VII.-RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de fecha tres (03) de mayo de dos mil diecinueve (2019)⁷, el A quo concedió la impugnación, interpuesto por el accionante RICARDO BALLESTAS DE LA HOZ, en contra de la sentencia de primera instancia, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el día 06 de junio de 2019⁸, siendo finalmente admitido por esta Magistratura el día 06 de junio de la misma anualidad⁹.

VIII.-CONSIDERACIONES

8.1.-Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

8.2.- Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe inicialmente a determinar sí:

¿Estuvo acorde a derecho la decisión tomada por el juzgado de origen, al tutelar los derechos fundamentales a la salud, dignidad humana y seguridad social del señor Ricardo Ballestas de la Hoz, al ser una persona de especial protección constitucional perteneciente a la tercera edad y discapacitado y así ordenar a la Nueva EPS que brinde el servicio de enfermería domiciliar por 12 horas diarias?

⁷ Fol. 68 Cdno 1.

⁸ Fol. 3 Cdno 2,

⁹ Fol. 5 Cdno 2.

Radicado: 13-001-33-33-007-2019-00074-01

Para arribar al problema jurídico abordaremos el siguiente hilo conductor:
(ii) Derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional (iii) Los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas; (iv) Requisitos para que las entidades prestadoras de salud autoricen servicios e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, y (v) caso concreto.

8.3.- Tesis de la Sala

La Sala **CONFIRMARÁ** el fallo de tutela de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha veintiséis (26) de abril de dos mil diecinueve (2019), toda vez que, se demostró que la NUEVA EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social; en cuanto a no acceder a lo ordenado por el médico tratante y encontrarse, en el caso del señor Ballestas De la Hoz, en un condición física (discapacidad motriz-silla de rueda) y funcional (sonda urinaria) que instaba a la entidad accionada al préstamo del servicio de ENFERMERÍA DOMICILIARIA por 12 horas.

Conforme a lo anterior, en la providencia impugnada, el A-quo en primer lugar, advierte que le compete el cuidado a los familiares, pero no siempre los parientes se encuentran en condiciones físicas o económicas para acarrear todo lo que conlleva el cuidado de un paciente con una discapacidad motora, hipertensión e insuficiencia renal crónica, como es el caso del señor Ricardo Ballestas De la Hoz, que además cuenta con un sonda urinaria.

En síntesis, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sentencia T-432 de 2005, la cual ha señalado los requisitos para el suministro de servicios excluidos del PBS; elementos se configuran en el caso de marras, encontrando además que el señor Ricardo Ballestas de la Hoz, tiene una discapacidad, es una persona de la tercera edad y sujeto de especial protección constitucional.

8.4.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

8.4.1.- Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la

Radicado: 13-001-33-33-007-2019-00074-01

protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

8.4.2.- 8.4.2.- Derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional

La Corte constitucional, en sentencia T -104 de fecha 20 de enero de 2017 Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, concibe la salud como un servicio público y un derecho fundamental a cargo del Estado, el cual se considera fundamental en sí mismo y, por ende exigible por vía de la acción de tutela.

En cuanto a la protección del Estado, tratándose de las personas pertenecientes a la tercera edad, esta Corporación ha señalado que conforme con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado deberá protegerlas en razón de que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a *"afrentar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y*

Radicado: 13-001-33-33-007-2019-00074-01

*consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez*¹⁰, razón por la cual se deberán garantizar todos los servicios relativos a salud que ellos requieran.

La H. Corte constitucional en reiterados postulados ha manifestado que¹¹, tratándose de la acción de tutela como mecanismo constitucional tendiente a garantizar los derechos fundamentales, procede en los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.

En ese sentido sintetiza la corte que al tratarse de personas mayores de edad, la acción de tutela es procedente en los casos en que "(a) se niegue, sin justificación médico – científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos.

8.4.3. - Los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas

En base al principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional¹², ha manifestado que, el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce a obtener la curación. Por lo que debe ir encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, motivo por el cual, se deben direccionar los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba los cuidados médicos que buscan proporcionarle al paciente el mayor bienestar posible.

En consonancia con lo anterior, esta Corporación en postulado de la Sentencia T-617 de 2000 aduce que:

"El desconocimiento del derecho a la salud no se circunscribe únicamente a la constatación del peligro inminente de muerte, dado que su ámbito de protección se extiende a la prevención o solución de

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-634 del 26 de junio de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-1182 del 2 de diciembre de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia T-717 del 7 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹² Sentencia T-014 de 2017, proferida por la Corte Constitucional, M.p Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Radicado: 13-001-33-33-007-2019-00074-01

eventos en los cuales el contenido conceptual básico de los derechos fundamentales involucrados puede verse afectado, de esta forma, no solo el mantenimiento de la vida, previsto en el artículo 11 de la Constitución Política, si no la materialización del derecho a la existencia en condiciones dignas”.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 8 de la ley 1751 de 2015¹³, es suministrable todos los implementos, accesorios, servicios, insumos y tratamientos que requiera el paciente, siempre y cuando por su insolvencia económica no pueda asumir su costo y con su falta, se vea expuesto a afrontar, además de sus complejas enfermedades, una serie de situaciones que atentan contra su dignidad humana.

8.4.4 Requisitos para que las entidades prestadoras de salud autoricen servicios e insumos excluidos del Plan Básico de Salud.

A la luz de la Corte Constitucional, la trascendencia del derecho fundamental a la salud impone a las entidades prestadoras de salud y al Estado, como titular de su administración, la necesidad de que la atención médica brindada a los usuarios tenga una cobertura tal, que la prevención, tratamiento, recuperación o atenuación, según el caso, de las patologías que les aquejen y sus correspondientes efectos, tenga asidero en la materialización de la prestación de dichos servicios y no sea una mera idealización normativa carente de fundamento práctico.

En ese orden de ideas, cuando el correspondiente profesional determina que un paciente demanda la prestación de servicios médicos, la realización de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, sin importar que estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la respectiva entidad prestadora está en el deber de proveérselos.

No obstante, para este último evento, es decir, cuando se trate de aquellos elementos excluidos del mencionado plan de beneficios, deben verificarse una serie de reglas, establecidas reiteradamente por la Corte: (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

¹³ ARTÍCULO 8o. LA INTEGRALIDAD. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

Radicado: 13-001-33-33-007-2019-00074-01

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.

Así las cosas, es claro que las exclusiones legales del Plan Obligatorio de Salud no pueden constituir una barrera insuperable entre los usuarios del Sistema de Salud y la atención eficaz de sus patologías, pues existen circunstancias en las que el suministro de insumos implica la única posibilidad eficaz de evitarles un perjuicio irremediable. Tal responsabilidad está a cargo de las prestadoras de salud, pero ante el incumplimiento de su deber constitucional y legal es el juez de tutela el llamado a precaver dicha situación y exaltar la supremacía de las garantías constitucionales que se puedan conculcar.

8.5.-Caso concreto.

En el presente asunto, la parte accionada NUEVA E.P.S., solicita en la impugnación de tutela, que se revoque el fallo judicial y en su lugar se deniegue por improcedente la acción de tutela contra esta entidad, en caso de no prosperar la impugnación, se ordene expresamente en la parte resolutive de la sentencia que la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, pague a la NUEVA E. P. S. el 100% el costo de los servicios de salud que no están en el Plan de Beneficios de Salud a que haya lugar, de acuerdo a lo resuelto en la sentencia.

8.6.- Hechos Relevantes Probados

- Copia de la cedula de ciudadanía del actor¹⁴
- Contestación de fecha 31 de enero de 2019, emitida por la Nueva EPS¹⁵
- Orden médica de fecha 2018-12-03 expedida por el médico tratante Dr. Luis Eduardo Hoyos¹⁶
- Contestación de la Nueva EPS, a la solicitud de prestación de servicio ordenado por el Dr. Luis Eduardo Hoyos¹⁷

¹⁴ Fol. 3 Cdno 1.

¹⁵ Fol. 4 Cdno 1.

¹⁶ Fol. 5 Cdno 1.

¹⁷ Fol. 6 Cdno 1.

Radicado: 13-001-33-33-007-2019-00074-01

- Índice de Barthel, actividades básicas de la vida diaria del señor Ricardo Ballestas¹⁸
- Historia Clínica del paciente Ballestas de la Hoz ¹⁹

8.7.- Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

A este punto, se tiene que en efecto, la acción Constitucional de la referencia está dirigida a que sea protegido el derecho fundamental a la salud, a la vida digna y a la seguridad social del señor Ballestas de la Hoz, quien aduce tener una discapacidad motora y pertenecer a la tercera edad, por ello; el juez de primera instancia luego de examinar el material probatorio y la jurisprudencia del órgano constitucional resolvió tutelar los derechos invocados por el actor, teniendo como fundamento los requisitos que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dispuesto para acceder a los insumos que se encuentran fuera del PBS, requisitos que cumple el accionante por ser una persona de especial protección constitucional, tener una discapacidad motora y una sonda urinaria.

Así las cosas, el problema jurídico se circunscribe a determinar si existe vulneración por parte de la NUEVA E. P. S., de los derechos fundamentales a la salud y vida digna del señor Ricardo Ballestas, al no suministrar los tratamientos, medicamentos, exámenes e insumos amparados por el Juez de primera instancia y que el médico tratante ordeno.

En ese orden de ideas, dentro del expediente, se encuentra probado que el accionante de ochenta y tres (83) años de edad se encuentra en silla de ruedas y esta diagnosticado con insuficiencia renal crónica, hipertensión, incontinencia urinaria y por ello cuenta con sonda urinaria, además; el único familiar que se encontraba al tanto de todas las circunstancias de salud y demás vicisitudes falleció; lo cual ha significado para el tutelante un menoscabo en su estado de salud.

Igualmente, se encuentra demostrado por medio de la historia clínica aportada que el paciente padece de las enfermedades mencionadas y un dispositivo médico (sonda urinaria), igualmente se encuentra demostrado a través del oficio de fecha treinta y uno (31) de enero del

¹⁸ Fols. 7-9 Cdno 1.

¹⁹ Fols. 10-13 Cdno 1.

Radicado: 13-001-33-33-007-2019-00074-01

dos mis diecinueve (2019)²⁰ emitido por la Nueva EPS, se negó el suministro de enfermería 12 horas diurnas.

En relación con lo anterior, el Juez de primera instancia, tuteló los derechos invocados en la acción constitucional, por considerar que se encontraba demostrado la negativa de la entidad accionada en suministrar, tratamiento o insumos que, pese a encontrarse excluidos del Plan Básico de Salud, deben ser brindados por la Entidad Promotora de Salud, debido a la condición de salud (sonda urinaria, hipertensión, insuficiencia renal crónica, entre otros diagnósticos) y edad del individuo se configura la especial protección constitucional y por tanto la excepción en el suministro de lo pretendido.

Lo anterior significa, que para el caso concreto el tutelante por su condición de salud y ser sujeto de especial protección constitucional, merece asistencia a través de enfermería domiciliaria por 12 horas diarias, tal y como lo ha ordenado el médico tratante y ha tutelado el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito.

Finalmente, cabe mencionar que sobre la petición de la NUEVA EPS en lo que respecta a ordenar al ADRES cancelar el recobro de la orden del servicio tutelado, esto fue ordenado de forma expresa en la sentencia aludida del 26 de abril de 2019²¹, por lo que no puede ser objeto de pronunciamiento en esta instancia.

Por lo antes expresado, esta Sala **CONFIRMARÁ** el fallo de primera instancia, al encontrar que los servicios requeridos por el tutelante son necesarios para sobrellevar una vida digna y garantizar el derecho fundamental a la salud del actor.

8.8. Conclusión

Como quiera que la respuesta al problema jurídico es POSITIVA, por cuanto, al proteger los derechos fundamentales del actor y ordenar que se brinde el servicio de atención domiciliaria en modalidad enfermería, se está resguardando al accionante del menoscabo de los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela.

²⁰ Fols. 4 Cdno 1.

²¹ Ver nota al pie No. 1

Radicado: 13-001-33-33-007-2019-00074-01

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha veintiséis (26) de abril de 2019, dentro de la presente acción de tutela, por lo expuesto en la parte motiva esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

CUARTO: Por Secretaría del Tribunal, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 044 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE