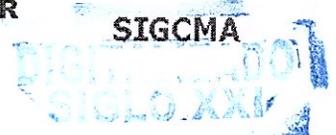




fols 7-16
C



13-001-33-33-005-2018-00233-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veintitrés (23) de enero de dos mil diecinueve (2019).

| | |
|---------------------------|---------------------------------------|
| Acción | IMPUGNACIÓN DE TUTELA. |
| Radicado | 13-001-33-33-005-2018-00233-01 |
| Accionante | PERCEVERANDA HERNÁNDEZ WATTS |
| Accionado | NUEVA EPS |
| Magistrado Ponente | MOISÉS. RODRÍGUEZ PÉREZ |
| Tema | <i>Derecho a la vida y salud.</i> |

I.- PRONUNCIAMIENTO

Le corresponde a esta Sala decidir sobre la impugnación interpuesta por la parte accionante, contra el fallo de tutela de fecha treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019)¹, dictado por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro de la acción de tutela adelantada por la señora MARTHA LUZ ALMENTERO HERNÁNDEZ quien actúa como agente oficioso de su madre PERCEVERANDA HERNÁNDEZ WATTS, contra la entidad NUEVA EPS.

II.- ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró la señora MARTHA LUZ ALMENTERO, identificado con cedula de ciudadanía Nro. 32.939.264 de Cartagena –Bolívar, mismo que actúa en calidad de Agente oficioso de la señora, PERCEVERANDA HERNÁNDEZ WATTS, identificada con cedula de ciudadanía Nro.33.140.011, de Cartagena- Bolívar.

III.- ACCIONADA

La acción está dirigida en contra la NUEVA EPS.

¹Fols. 92-102 cdno 1.





IV.- ANTECEDENTES

4.1.- Pretensiones².

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

- "1.-Poner a disposición el servicio de una enfermera profesional especializada en tratar enfermos con demencia, fractura de caderas, Alzheimer, las 24 horas del día.*
- 2.-La realización de exámenes que requiera la señora PERCEVERANDA HERNÁNDEZ WATTS para tratar su enfermedad y se pongan a disposición una ambulancia o vehículo para que la traslade a realizarse los exámenes ordenados por el médico.*
- 3.-Se ponga a disposición una silla de ruedas para movilizar a la señora PERCEVERANDA HERNÁNDEZ WATTS, madre de la agente oficiosa.*
- 4.-Poner a disposición un médico a domicilio.*
- 5.-La entrega de medicamentos de alto costo ordenados por el médico tratante, en especial la entrega de potes alimenticios (FORMULA ESPECIALIZADA CN FIBRA PARA DIABÉTICOS GLUCOSA 250 ML GLUCERNA).*
- 6.-Se ordene el tratamiento integral para tratar cada una de las enfermedades que padece."*

4.2.- Hechos³.

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

La señora PERCEVERANDA HERNÁNDEZ tiene 68 años de edad y se encuentra en calidad de beneficiaria en el régimen contributivo ante la Entidad Promotora de Salud (Nueva Eps).

Padece un cáncer terminal desde el año 2012; además de enfermedades base que ya venían siendo tratadas como son: diabetes, hipertensión y asma siendo sometida a diferentes procedimientos y tratamientos que hacen necesario que deba asistir a controles para verificar su evolución. Adicionalmente en el año

²Fol. 3-4 Cdno 1

³Fol 1-3 Cdno 1



13-001-33-33-005-2018-00233-01

2014 presentó un cuadro de demencia que está siendo controlado por especialistas: nutricionista, neurólogo y psiquiatra.

La accionante se encuentra anémica y bajando de peso por problemas en el colon (divertículos), adicionalmente, no puede asimilar bien los alimentos debiendo tomar muchos medicamentos.

Actualmente se encuentra en recuperación de una cirugía de cadera que le practicaron a raíz de una caída que le generó trauma en el hombro y cadera derecha lo que le impide desplazarse, necesitando siempre ayuda de otra persona.

Solicitó a la NUEVA EPS que le proporcionara el servicio de asistencia médica en casa teniendo en cuenta las dificultades que tiene para desplazarse su madre por su condición física, psiquiátrica y mental que padece, solicitud que le fue negada sin tener en cuenta que no cuenta con un vehículo para transportarse, y para utilizar el taxi este debe contar con unas condiciones particulares, por cuanto deben solicitar una silla de ruedas prestada.

Adicionalmente, señala que no cuenta con más ayuda para el cuidado de su madre señora PERCEVERANDA HERNÁNDEZ WATTS y que el salario no le alcanza para cubrir los gastos de una enfermera profesional que pueda cuidarla por cuanto el accidente sufrido la obliga a estar en cama.

4.3.- Contestación de la parte accionada NUEVA EPS.⁴

La entidad accionada presentó escrito de contestación vía electrónica en 22 de octubre de 2018, en la misma afirma que los servicios de salud a la señora Hernández Watts con base en las prescripciones de sus médicos tratantes son prestados con oportunidad y calidad.

Afirma que de la verificación de los ordenamientos médicos de la usuaria, se evidencia que como plan de tratamiento se ordenó atención domiciliaria por médico general, con relación a este servicio se reporta atención domiciliaria del médico general, para la misma adjunta pantallazo del "plan de manejo domiciliario".

⁴Fols. 86-88 Cdo no 1.



13-001-33-33-005-2018-00233-01

Con relación al servicio de enfermería, silla de ruedas y el medicamento Glucerna, informa que no cuenta con órdenes médicas para la autorización de tales servicios; debido a que la Glucerna está considerada un servicio NO PBS y se debe radicar en la plataforma MIPRES por parte del médico tratante para que el Ministerio de Protección Social defina su aprobación.

Sobre la silla de ruedas solicitada, aduce que es un insumo excluido del plan de beneficios de salud Resolución 5592 de 2015 art 61 parágrafo 2.

Por último, se refiere al servicio del cuidador domiciliario trayendo la definición y señalando que es una obligación de la familia con base al principio de solidaridad, por cuanto por las características de las actividades relacionadas con el apoyo a las funciones de vida cotidiana y el entrenamiento previo es la medida idónea para garantizar la correcta prestación del servicio por cuanto no reviste conocimientos de salud que conlleven a la práctica de actividades complejas.

V.- FALLO IMPUGNADO

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018)⁵, resolvió:

"PRIMERO: CONCEDER parcialmente la presente Acción de Tutela interpuesta por **MARTHA LUZ ALMENTERO HERNÁNDEZ COMO AGENTE OFICIOSA DE SU MADRE PERCEVERANDA HERNÁNDEZ WATTS**, en protección al derecho fundamental de la vida digna y a la salud, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ordenar a la NUEVA EPS que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, realice la valoración por nutrición domiciliaria en la forma y términos prescritos por su médico tratante, a la señora PERCEVERANDA HERNÁNDEZ WATTS; asimismo se ordena en caso de que le sean programadas citas de control por fuera de su domicilio, proporcione el medio de transporte (ambulancia) adecuado para la condición médica en que actualmente se encuentra (fractura de cadera) por lo expuesto.

TERCERO: Denegar las demás pretensiones de la presente acción, por lo expuesto.

CUARTO: Adviértase a la entidad accionada **NUEVA EPS** que la incursión en situaciones como las que dieron origen a la presente acción de tutela, le hará acreedor de las sanciones del caso.

⁵Fols 61-67 Cdn0 1



13-001-33-33-005-2018-00233-01

(...)"

La decisión tomada por el Juez de primera instancia, tiene como sustento la historia clínica aportada de fecha 27 de abril de 2018, en la cual a la tutelante no le fue ordenado por el médico tratante los servicios y elementos que habían sido solicitados en la acción constitucional.

Por otro lado y de acuerdo con la pruebas aportadas al plenario se establece que la señora PERCEVERANDA HERNÁNDEZ WATTS es una persona de la tercera edad (68 años), con una enfermedad degenerativa totalmente dependiente, por esto le fue ordenado por el médico tratante el plan de manejo domiciliario en el cual determinó suministrar atención médica domiciliaria, servicio que efectivamente fue autorizado, pero en dicha orden no se advierte que su condición requiera cuidados especiales permanentes que necesariamente deban ser prestados por el servicio médico de enfermería.

Con respecto a la silla de ruedas y transporte apropiado para concurrir citas se advierte que este suministro (silla de ruedas) se encuentra excluido del PBS, por tal motivo no puede ser ordenado por esta acción.

Sin embargo, con relación al suministro de ambulancia y/o transporte adecuado para su actual condición para poder concurrir a las citas y controles que deban realizarse por fuera de su domicilio, se accedió a ello por cuanto se considera que debido a la necesidad consignada de atención médica domiciliaria es un hecho que la señora Hernández tiene una condición médica actual (fractura de cadera en recuperación) que le impide desplazarse en cualquier medio de transporte.

Respecto a los demás elementos (formula especializada con fibra diabéticos) considera el despacho no acceder a ello por cuanto no fueron ordenados por el médico tratante, observando que en toda la historia clínica no existe ningún elemento que permita inferir su necesidad, o que presente algún cuadro de desnutrición, sin embargo se señala la necesidad de valoración por nutrición domiciliaria.

En ese sentido, el instrumento idóneo para determinar la necesidad de un servicio médico, es la prescripción del médico tratante, en cuanto a que estos profesionales tienen el conocimiento científico requerido sobre la enfermedad



13-001-33-33-005-2018-00233-01

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 en determinar sí:

¿Existe vulneración al derecho fundamental a la salud y vida de la señora PERCEVERANDA HERNÁNDEZ WATTS, al no autorizar los servicios de enfermería 24 horas en casa, visita médica del especialista, ambulancia, silla de ruedas y los suministros de formula especializada con fibra para diabéticos glucosa 250 ml GLUCERNA?

8.3.- Tesis de la Sala

En ese orden de ideas, la Sala **MODIFICARÁ** la sentencia de 30 de octubre de 2018, puesto que se demostró una vulneración parcial de los derechos fundamentales a la vida y salud de la señora PERCEVERANDA HERNÁNDEZ WATTS; en cuanto al medio de transporte para movilizarse teniendo en cuenta su condición médica y la visita por médico general que ya ha venido siendo autorizada por la entidad prestadora de salud, y se encontró demostrado la necesidad de un cuidador domiciliario por un término de 8 horas diarias.

Sin embargo, no se evidencia en el expediente orden del médico tratante para la autorización de los demás servicios aquí solicitados, teniendo en cuenta las condiciones físicas y médicas de la accionante. Por lo que no podría esta magistratura ordenar su prescripción si no ha sido valorado por el galeno.



13-001-33-33-005-2018-00233-01

Para arribar a la conclusión anterior, abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela; (ii) Acción de tutela como mecanismo transitorio; (iii) Derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional; (iv) Los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas; (v) El servicio de transporte como un medio de acceso al servicio de salud, (vi) Requisitos para que las entidades prestadoras de salud autoricen servicios e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, y caso concreto.

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 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.



13-001-33-33-005-2018-00233-01

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- 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 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

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.



13-001-33-33-005-2018-00233-01

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 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

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

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.



13-001-33-33-005-2018-00233-01

afrontar, además de sus complejas enfermedades, una serie de situaciones que atentan contra su dignidad humana.

8.4.5 El servicio de transporte como un medio de acceso al servicio de salud

La Corte Constitucional en sentencia T-309 de 2018, se pronunció acerca del transporte necesario para garantizar el derecho a la salud, mencionando que, en un comienzo, el servicio de transporte de pacientes no se trataba en el hoy llamado PBS; sin embargo el artículo 2 de la Resolución 5261 de 1994¹⁴, contemplo la posibilidad del transporte en los casos de urgencia debidamente certificada.

Mencionando que, con la implementación del Acuerdo 08 de 2009 expedido por la Comisión de reglamentación en salud, se reglamentó el transporte y se incluyó en el Plan Obligatorio de Salud, en los siguientes casos:

"ARTÍCULO 33. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, de los pacientes remitidos, según las condiciones de cada régimen y teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

El servicio de traslado de pacientes cubrirá el medio de transporte adecuado y disponible en el medio geográfico donde se encuentre, con base en el estado de salud del paciente, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión y de conformidad con las normas del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad de la Atención en Salud.

PARÁGRAFO 1o. Si en concepto del médico tratante, el paciente puede ser atendido en un prestador de menor nivel de atención el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del POS o POS-S según el caso. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria, en los eventos en que el paciente siga estando bajo la responsabilidad del respectivo prestador.

¹⁴ Artículo 2 de la Resolución 5261 de 1994 señalaba que, "(...) cuando en el municipio de residencia del paciente no cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con él. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria



13-001-33-33-005-2018-00233-01

PARÁGRAFO 2o. Si realizado el traslado, el prestador del servicio, encuentra casos de cobertura parcial o total, por seguros de accidente de tránsito, seguros escolares y similares, el valor del transporte deberá ser asumido por ellos antes del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes, en los términos de la cobertura del seguro y la normatividad vigente."

Sin embargo, con la aplicación del Acuerdo 029 de 2011, derogó el acuerdo la anterior regulación eliminando el segundo párrafo y añadiendo el siguiente artículo:

"Artículo 43. Transporte del paciente ambulatorio. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional de las Unidades de Pago por Capitación respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión".

Con la aplicación del artículo 126 de la Resolución 6408 de 2016, dispuso que el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación cubría el traslado acuático, aéreo y terrestre ya sea en ambulancia básica o medicalizada en los siguientes supuestos:

"Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles.

- Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente, para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.*

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

Asimismo, se cubre el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe".

Actualmente, el artículo 121 de la Resolución n.º 5269 del 22 de diciembre de 2017 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social "Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)" establece que el servicio de transporte en un medio



13-001-33-33-005-2018-00233-01

diferente a la ambulancia se efectuará en los siguientes casos: (i) en los eventos de patologías de urgencia, desde el lugar donde ocurrió la misma hasta una institución hospitalaria, (ii) cuando el paciente deba trasladarse entre instituciones prestadoras del servicio de salud -IPS- dentro del territorio nacional, a fin de recibir la atención médica pertinente no disponible en la institución remitora; esto aplica independientemente de si en el municipio la Entidad Promotora de Salud -EPS- o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial o (iii) en caso de requerirse atención domiciliaria, según lo prescrito por el médico tratante.

8.4.6 Requisitos para que las entidades prestadoras de salud autoricen servicios e insumos excluidos del Plan Obligatorio 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 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



13-001-33-33-005-2018-00233-01

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 su autorización 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.

8.4.7. Autorización de servicios e insumos reclamados sin orden médica, cuya necesidad configura un hecho notorio.

La Corte Constitucional en sentencia T-014/17 sostuvo que "por regla general, las entidades prestadoras de salud solo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional adscrito a su red de prestadores de servicios médicos. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, ante la inexistencia de una orden o cualquier otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, resulta imperiosa la intervención del juez constitucional con miras a impartir un mandato en el sentido que corresponda".

Dentro de esas posibilidades se encuentran los pacientes cuyas patologías conllevan síntomas, efectos y tratamientos que configuran hechos notorios; tal es el caso de quienes han sido diagnosticados con pérdida del control de sus esfínteres. Las reglas de la experiencia han demostrado que, generalmente, estos se ven expuestos a cuadros de incontinencia urinaria o fecal. Ante esa eventualidad, la solución suele ser paliativa y se circunscribe al uso de pañales desechables, con el fin de hacer menos gravosa una perturbación funcional, difícilmente reversible.

Al analizar un caso similar la Corte Constitucional adujo que "si bien los pañales no fueron ordenados por el médico tratante, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que la necesidad de los mismos para quien padece incontinencia, 'es un hecho notorio' que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro".



13-001-33-33-005-2018-00233-01

De lo anterior se desprende, claramente, que hay situaciones en las que el juez constitucional debe prescindir de la prescripción médica para procurarle a un paciente el acceso a una prestación que necesita, pues, salta a la vista que, de no proveérsele, las consecuencias negativas para este serían apenas obvias; principalmente, en situaciones en las que el riesgo de sufrirlas se potencializa en razón de factores socioeconómicos, cuando los recursos de los que dispone –él, o su núcleo familiar– carecen de la entidad suficiente para mitigar el daño ocasionado por la ausencia del elemento pretendido, tenga o no carácter medicinal.

8.5.-Caso concreto.

En el presente asunto, la parte accionante MARTHA LUZ ALMENTERO HERNÁNDEZ quien actúa como agente oficioso de su madre PERCEVERANDA HERNÁNDEZ WATTS, solicita en la impugnación de tutela, que se protejan sus derechos fundamentales tuteladas en el fallo del treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018), proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena.

8.6.- Hechos Relevantes Probados

- Declaración con fines extraprocesales rendida en la Notaria séptima del Circuito de Cartagena por parte del señor Luis Herrera Sola, en el que manifiesta que la accionante depende de su hija Martha Luz Armentero Hernández¹⁵.
- Solicitud médica de la atención mensual domiciliaria con tratamiento definido para la accionante¹⁶.
- Plan de manejo domiciliario¹⁷
- Historia clínica de todos y cada uno de los procedimientos y patologías que presenta la señora Hernández¹⁸.

¹⁵ Fol.12-13 Cdno 1

¹⁶ Fol. 25 Cdno1

¹⁷ Fol.26-27 Cdno1

¹⁸ Fol.14-24;28-40 Cdno1



13-001-33-33-005-2018-00233-01

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

En el caso bajo estudio, la señora Martha Luz Almentero Hernández, actúa como agente oficioso de la Señora PERCEVERANDA HERNÁNDEZ WATTS, solicitando mediante esta acción que se amparen los derechos a la dignidad humana, vida y salud y se ordene a la NUEVA EPS, la prestación de servicio domiciliario de médico especialista, una ambulancia, silla de ruedas, enfermera 24 horas y la autorización del medicamento glucerna, bajo el argumento de no estar en condiciones económicas, para satisfacer las necesidades sanitarias que acarrea la paciente.

En relación con lo anterior, el Juez de primera instancia, tuteló los derechos incoados en la acción constitucional, por considerar que se encontraba demostrado la negativa de la entidad accionada en suministrar algún medicamento, tratamiento o terapia incluidos en el Plan Obligatorio de Salud; a su vez no se demostró por parte del tutelante, la existencia de alguna orden impartida por el médico tratante que no haya sido desatendida por la accionada.

Así las cosas, el problema jurídico se circunscribe a determinar si es procedente acceder a las pretensiones del señora Martha Luz Almentero, y ordenar a la entidad accionada la prestación de servicio domiciliario de médico especialista, una ambulancia, silla de ruedas, enfermera 24 horas y la autorización del medicamento glucerna.

En primer lugar, se encuentra demostrado por medio de la historia clínica aportada que la paciente padece de cáncer de mama, diabetes, alzheimer, asma y es hipertensa¹⁹. De igual forma, presenta fractura de cadera derecha traumática sufrida el 9 de abril de 2018, a la fecha ya le fueron retirados los puntos y se encuentra realizando sesión de terapias²⁰.

Se encuentra demostrado que le fue autorizado visita domiciliaria por médico general, sin embargo no se registra fecha de la misma. En dicha valoración se concluye que la señora Hernández Watts es dependiente para comer, lavarse,

¹⁹ Fol. 14

²⁰ Fol. 52



13-001-33-33-005-2018-00233-01

vestirse, arreglarse, para hacer sus deposiciones diarias y calificadas con un grado de dependencia total.

Por otro lado, del resultado de la valoración médica cuidado en casa de fecha 02 de mayo de 2018, le fue ordenado valoración por nutrición domiciliaria cada 3 meses al igual que otros servicios²¹.

Teniendo cuenta lo anterior, advierte la Sala que en el expediente existen pruebas que soportan las atenciones domiciliarias realizadas por el médico general, mediante la historia clínica y los controles médicos realizados; por esto se da por entendido que la parte accionada no ha incumplido con el tratamiento y visitas domiciliarias por parte de medicina general.

En cuanto al servicio de ambulancia artículo 2 de la Resolución No 5261 de 1994²², contempló la posibilidad del transporte en los casos de urgencia debidamente certificada, tal y como quedó demostrado con la condición de la paciente, al considerarla dependiente en su totalidad por sus familiares en sus necesidades básicas. De igual forma el Acuerdo 08 de 2009 expedido por la Comisión de reglamentación en salud, reglamentó el transporte y se incluyó en el Plan Obligatorio de Salud, por lo que el mismo no puede ser denegado por la entidad, y debido, a que se trata de una urgencia manifiesta por tratarse de una persona de especial condición y protección constitucional, será ordenada por esta magistratura, estas decisiones fueron tomadas con fundamento apoyados en la Resolución N° 5269 del 22 de diciembre de 2017²³.

Con relación al médico especialista señala esta Sala que, en primer lugar la paciente recibe atención domiciliaria por médico general, el mismo según las pruebas obrantes en el expediente no ha autorizado la atención domiciliaria del especialista, por lo que no encuentra esta Corporación razones suficientes para su autorización. Sin embargo, a folio 21 del expediente se evidencia la

²¹ Fol. 64.

²² Artículo 2 de la Resolución 5261 de 1994 señalaba que, "(...) cuando en el municipio de residencia del paciente no cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con él. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria

²³ Resolución 5269 de 2017 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social "Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)"



13-001-33-33-005-2018-00233-01

orden dada por el médico tratante para valoración por nutrición cada 3 meses, no obstante no existe prueba en el plenario de su cumplimiento. En tal sentido se confirmará lo ordenado por el juez A-quo en lo pertinente al mismo. Respecto al servicio de enfermería 24 horas, esta Sala decidirá no ordenarlo conforme a lo expuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia T- 065/2018 en el que establece las diferencias entre servicios de enfermería y cuidador domiciliario:

"Esta Corporación ha destacado que, en específico, el auxilio que se presta por concepto de "servicio de enfermería" constituye una especie o clase de "atención domiciliaria" que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente.

De conformidad con esto, debe entenderse que se trata de un servicio médico que debé ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado y que su suministro depende de unos criterios técnicos-científicos propios de la profesión que no pueden ser obviados por el juez constitucional, por tratarse de una función que le resulta completamente ajena.

En relación con la atención de cuidador, es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud".

En ese orden de ideas, considera la Sala que, en el presente caso, se encuentran configurados los requisitos referidos para que la obligación de procurar los cuidados básicos de un paciente se traslade al Estado, teniendo en cuenta que la señora Martha Almentero (hija de la paciente) es quien se encuentra bajo su cuidado, afirmación no fue controvertida por la EPS. Por otro lado, se encontró demostrado su nivel de dependencia total a folios 26-27 y 54-55. Por tal motivo, esta Corporación ordenará al servicio de cuidador domiciliario por el término de 8 horas diarias.

Sobre la petición de la silla de ruedas considera este despacho que debe confirmarse lo decidido por el juez de primera instancia, debido a que, tal como lo expone actualmente la paciente se encuentra en recuperación de su fractura de cadera en etapa de sesiones de terapia y sin recomendación de la



13-001-33-33-005-2018-00233-01

misma por parte de su ortopedista, por otro lado se trata de una servicio excluido del PBS, por lo que esta corporación no accederá a su autorización.

Por último, respecto a la petición de la formula especializada para diabéticos se confirmará lo dicho por el a-quo, debido a que se requiere de autorización de un médico especializado, la misma no ha sido ordenada conforme a la historia clínica allegada y no hay indicios de su necesidad. Sin embargo y como a folio 63 se señala la valoración por nutrición domiciliaria cada 3 meses se dejará en firme la orden dada en primera instancia con relación a esta petición.

Por las razones anteriormente señaladas, esta Sala **MODIFICARÁ** el fallo de primera instancia, en el sentido de ordenar además del servicio de ambulancia y valoración por nutrición domiciliaria, se agregará el servicio de cuidador domiciliar por el término 8 horas diarias. Sin embargo le corresponde a la NUEVA EPS continuar con el seguimiento a la labor que dicho cuidador realice, con el fin de verificar periódicamente la calidad y aptitud del cuidado.

8.9. - Conclusión

La respuesta al problema jurídico inicialmente planteado es positiva de manera parcial, debido a que, si bien se encuentra demostrado la necesidad de un servicio de ambulancia, cuidador domiciliar y valoración por nutrición domiciliar por las condiciones físicas y médicas de la paciente, confirmados por la entidad accionada mediante la historia clínica y los datos en ella consignados. Sin embargo, en cuanto a la necesidad de la formula especializada para diabéticos y el servicio de sillas de ruedas no se encontró probado los mismos.

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: MODIFÍQUESE la sentencia proferida el 30 de octubre de 2018, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la



13-001-33-33-005-2018-00233-01

cual el A-quo denegó parcialmente la protección de los derechos fundamentales alegados por la accionante. En su lugar:

ORDENAR a la Nueva Eps autorizar el servicio de cuidador domiciliario por el término de 8 horas diarias a la señora PERCEVERANDA HERNÁNDEZ WATTS.

SEGUNDO: CONFIRMAR lo demás acorde a la decisión de primera instancia conforme a lo expuesto en esta providencia.

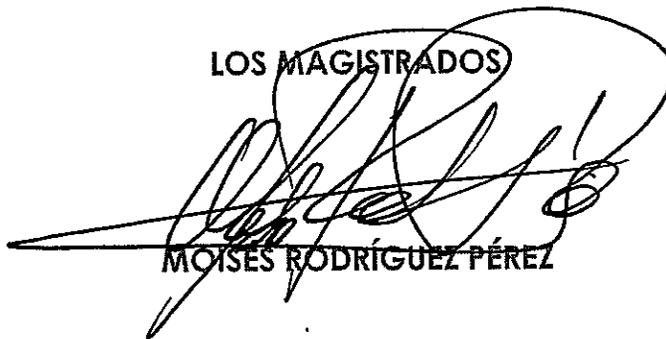
TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

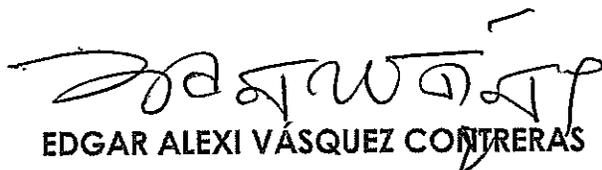
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 004 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

| | |
|--------------------|--------------------------------|
| Acción | IMPUGNACIÓN DE TUTELA. |
| Radicado | 13-001-33-33-005-2018-00233-01 |
| Accionante | PERCEVERANDA HERNÁNDEZ WATTS |
| Accionado | NUEVA EPS |
| Magistrado Ponente | MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ |
| Tema | Derecho a la vida y salud. |

