



Cartagena de Indias D.T. y C., Septiembre veintitrés (23) de dos mil dieciséis (2016)

Acción	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-013-2016-00151-01
Demandante	ELVIA MUÑOZ BUELVAS EN CALIDAD DE AGENTE OFICIOSA DE LA SEÑORA AYDA MUÑOZ BUELVAS
Demandado	NUEVA EPS
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Procedencia de la acción de tutela – Persona de especial protección - Prestación de servicio de enfermería 24 horas, prescrito por médico tratante.</i>

I. ASUNTO A DECIDIR

Le corresponde a esta Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la entidad accionada, **NUEVA EPS**, contra el fallo de fecha 22 de agosto de 2016, dictado por el Juzgado Décimo Tercero Oral Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio del cual se decidió amparar los derechos de la señora **AYDA MUÑOZ BUELVAS**, quien constituye la parte accionante en esta tutela.

II. ANTECEDENTES

2.2. Demanda

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

"1. Tutelar los derechos a la salud, la vida y la seguridad social de la señora AYDA MUÑOZ BUELVAS, identificada con la cedula de ciudadanía número 22.760.172 de Cartagena (Bol.)

2. Ordenar a la empresa NUEVA EPS, que por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, a que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la providencia que dicte, autorice y haga suministrar a la agenciada AYDA MUÑOZ BUELVAS la asistencia de enfermería domiciliaria las 24 horas conforme los dispuso el internista tratante de esa Empresa".

2.3. Hechos

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



- 1) La señora Ayda Muñoz Buelvas, es cotizante del régimen contributivo de la entidad Nueva EPS.
- 2) La actora, nació el 12 de abril de 1928, y en la actualidad su edad es de 88 años.
- 3) El internista adscrito a la entidad hoy accionada, Dr. José Dennis González Castro, el día 20 de abril de 2016, expidió orden médica a nombre de la señora Ayda Muñoz Buelvas, a fin que se le suministrara médico domiciliario: enfermería 24 horas, medicina general y terapia física para cuidado en casa.
- 4) El fundamento de la orden radicó, en que estuvo hospitalizada por diabetes no controlada por Alzheimer dada la condición actual que limita la movilidad, tal como se demuestra en la historia clínica y el índice de Barthel.
- 5) Nuevamente el día 15 de junio de 2016, el internista solicitó los servicios médicos domiciliarios, fundamentado en la patología anterior.
- 6) La entidad de salud, en sesión número 31114 del pasado 16 de junio del año en curso, no autorizó el denominado paquete diario de cuidado personal y domiciliario 24 horas, porque se requería soporte adicional de la historia clínica, la cual debía ampliar la justificación del medicamento, que carece de la indicación del Invima para dicha patología. (SIC)

2.4. Contestación

2.4.1. NUEVA EPS

La entidad referenciada, allegó informe dentro de la oportunidad señalada para la contestación de la Acción de Tutela¹.

Precisó, que la accionante se encuentra afiliada como cotizante independiente en el régimen contributivo en estado activo, en el sistema de salud de la NUEVA EPS.

Así mismo, resaltó lo autorizado mediante el código EPS: E985111, consistente en el paquete de atención domiciliario a paciente crónico con terapias mensual, como lo demuestra la autorización de servicio N° 60537397

¹Folio 30 - 40



SENTENCIA No. 48 /2016

direccionada por la prestadora de servicio domiciliario INNOVAR SALUD IPS S.A.S.

En cuanto a la enfermera 24 horas, se hacen las siguientes manifestaciones, se requiere de un profesional de salud para acceder a este servicio, que haya conocido y estudiado la condición clínica del usuario y determine la necesidad de este, mas no una solicitud de un familiar u otro personal diferente al área de salud, por lo que considera que el afiliado debe estar incluido en un plan de atención domiciliaria con la asistencia de su red de salud, teniendo en cuenta que el servicio prestado está excluido del plan de beneficios pos vigente, y estos no corresponde a los servicio de salud, lo cual no será cubierto con los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

En ese orden de ideas, solicitó no acceder a las pretensiones del accionante declarando la improcedencia de la acción de tutela, por encontrarse ante un hecho superado lo prescrito por el galeno.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia de 22 de agosto de 2016, el Juzgado Décimo Tercero Oral Administrativo del Circuito de Cartagena, decidió tutelar los derechos presentado por la señora Ayda Muñoz Buelvas contra la NUEVA EPS.

Como sustento de lo anterior, la Juez A quo expuso lo siguiente:

Frente a las terapias físicas, medicina general, y enfermería 24 horas.

Consideró un hecho superado, visita médica mensual, toma de muestra de laboratorio, curaciones y auxiliar de enfermería, toda vez que la entidad prestadora de salud anexó orden que autorizó paquete de atención domiciliaria 3 veces por semana, pero no se evidencia el servicio autorizado por el médico tratante referente a la enfermera 24 horas.

En ese sentido, resaltó la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el que señaló, las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad.

Por lo anterior, ordenó que el servicio de atención integral requerido, debe ser brindado y suministrado por la entidad, no solo en lo que se refiere a la atención médica, este implica de igual forma garantizar las condiciones de salud, de vida digna, quien padece la falta de atención oportuna, se encuentre o no en el plan obligatorio de salud.



SENTENCIA No. 48 /2016

Por lo expuesto, amparó los derechos fundamentales de la señora Ayda Muñoz Buelvas.

IV. IMPUGNACIÓN

4.1 NUEVA EPS

Presentó escrito de impugnación², a fin de que se revoque o se modifique la sentencia de tutela de fecha 22 de agosto de 2016.

Manifiesta la accionada, de acuerdo a lo expuesto, a la afiliada se le está brindando el servicio de atención domiciliaria, de acuerdo lo autorizado mediante el código EPS: E985111, consistente en el paquete de atención domiciliaria a paciente crónico con terapias mensual, como lo demuestra la autorización de servicio N° 60537397 direccionada por la prestadora de servicio domiciliaria INNOVAR SALUD IPS S.A.S.

Agrega, según historia clínica de la afiliada, lo solicitado es un cuidador domiciliaria 24 horas para que realice las labores de un familiar en el cuidado del paciente.

Concluye que, lo solicitado no es parte del tratamiento, y lo pretendido es reemplazar al cuidador del paciente por la asistencia permanente de la enfermera, ya que necesita ayuda en sus actividades cotidianas.

En ese sentido, solicitó revocar el fallo de tutela, y el caso de considerar que están siendo violados los derechos de la accionante, modificar lo referente a la enfermera de 24 horas y ordenar cuidador domiciliaria, facultando el recobro al FOSYGA.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

El Juzgado de origen, por auto de 16 de agosto de 2016³, concedió la impugnación, cuyo conocimiento fue asignado a esta Corporación, de conformidad con el reparto efectuado el 31 de agosto de 2016⁴.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia

Este Despacho es competente para conocer en segunda instancia de la demanda de tutela de la referencia, según lo establecido por los artículos 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del decreto 2591 de 1991.

² Folio 52 - 53

³Folio 60

⁴Folio 3 Cuaderno de impugnación

6.2. Problema Jurídico

Atendiendo los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿Se vulnera el derecho a la salud por la Nueva EPS, al no autorizar suministro domiciliario del servicio auxiliar de enfermería 24 horas, prescrito por el médico tratante?

Para desarrollar el interrogante anterior se desarrollara el siguiente temario: (i) procedencia de la acción de tutela interpuesta por agente oficioso. Reiteración de la Jurisprudencia; (ii) derecho a la atención integral en salud a las personas de la tercera edad; (iii) prevalencia de la orden del médico tratante para establecer si se requiere un servicio de salud; (iv) la imposición de barreras administrativas y la violación del derecho a la salud; y (v) caso en concreto.

6.3. Tesis de la Sala

La Sala en su decisión procederá a confirmar la sentencia de 22 de agosto de 2016, razón por la cual se encuentra vulnerado el derecho fundamental a la salud de la señora Ayda Muñoz Buelvas, razón que se fundamenta en el derecho que tiene el usuario a tener el acceso efectivo a los servicios que requiera con necesidad, ordenados por el médico tratante, es decir, servicios indispensables para conservar su salud, integridad y la vida en condiciones dignas, como garantía de la protección a la salud y los trámites administrativos no pueden perturbar este derecho a personas de especial protección constitucional.

6.4. Procedencia de la acción de tutela interpuesta por agente oficioso. Reiteración de la Jurisprudencia.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política cualquier persona puede promover la acción de tutela por sí misma o a través de otra que actúe en su nombre. En desarrollo de esa norma superior, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, además de la facultad de interposición directa por el afectado, previó la posibilidad que un tercero agencie los derechos del afectado y solicite su protección "*cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa*".

De este modo, existen eventos en los cuales se reconoce legitimidad en la causa por activa en la acción tutela, aunque quien promueva la acción no sea el titular de los derechos cuyo amparo se solicita: i) El ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces



SENTENCIA No. 48 /2016

absolutos, los interdictos y las personas jurídicas); ii) mediante apoderado judicial, y iii) la actuación de agente oficioso.

De acuerdo con las circunstancias del caso sometido a impugnación, la Sala solo se pronunciará respecto de la interposición de acción de tutela a través del representante legal de los agentes oficiosos.

Actuación por Agente oficioso: Esta figura tiene sustento en el artículo 86 Superior que consagra: *"toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, (...) por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales."*, el cual luego fue desarrollado en el Decreto 2591 de 1991, que reglamentó la acción de tutela, y en su artículo 10° indica que la *"La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. (...) También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa"*.

La validez de la agencia oficiosa se fundamenta en tres principios constitucionales: (i) el principio de la eficacia de los derechos fundamentales, que impone a la administración la ampliación de mecanismos institucionales, con el fin de realizar efectivamente este tipo de derechos; (ii) prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; que impide, que por circunstancias meramente procedimentales, se vulnere los derechos fundamentales; y finalmente (iii) el principio de solidaridad, que obliga a la sociedad a velar por la protección y efectividad de los derechos ajenos, cuando ellos por sí mismos no pueden promover su defensa⁵.

La agencia oficiosa requiere que concurren dos elementos: i) la manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal y ii) que se revele por lo señalado en el escrito de tutela o de los elementos de juicio allegados a éste, que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa.

No es obligatorio que el agente oficioso demuestre incapacidad física o mental que impide al afectado promover su propia defensa para que sea admisible la agencia oficiosa, si de los hechos probados en el proceso advierte el juez de tutela que el titular del derecho no se encuentra gozando de todas las condiciones físicas, síquicas, intelectuales, culturales y sociales para interponer la acción por su propia cuenta. Ante ese acaecimiento fáctico, no le queda otra vía al juez que admitir la acción por debida

⁵ Sentencia T-531 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



legitimación activa y fallarla de fondo con el fin de proteger los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

En los eventos en que el titular del derecho afectado, sea sujeto de especial protección constitucional, *"el juez de tutela tiene el deber de identificar las razones y los motivos que conducen al actor a impetrar la acción en nombre de otro"*⁶; pues exigir la demostración de la incapacidad física o mental del sujeto procesal titular de los derechos fundamentales presuntamente violados o amenazados, puede ser una carga desmedida y desproporcionada en cuanto a la interpretación de los requisitos para la configuración de la agencia oficiosa de un ciudadano afectado.

6.5. Derecho a la atención integral en salud a las personas de la tercera edad.

Con fundamento en los artículos 13 y 46 de la Constitución política, este Tribunal ha enfatizado que los adultos mayores necesitan una protección preferente, debido a las especiales condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran, por lo cual el Estado debe garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención oportuna en salud.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General No. 14 *"reafirma la importancia del enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atención y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad"*.

Dado que las personas de la tercera edad, tienen derecho a una protección reforzada en salud y las entidades prestadoras de salud están obligadas a prestarles la atención médica que requieran, la Corte⁷, ha considerado que una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona de la tercera edad cuando niega un servicio, medicamento o tratamiento incluido o excluido del POS, cuya necesidad ha sido determinada por un médico o por la patología que padece resulta evidente. En efecto, la protección reforzada se materializa con la garantía de una prestación continua, permanente y

⁶ Sentencia T-388 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Preciso que el juez constitucional debe interpretar de forma extensiva la demanda promovida por otra persona distinta al titular de los derechos afectados o vulnerados, cuando éste sea un sujeto de especial protección constitucional, de modo que propenda por la protección efectiva de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados.

⁷ Sentencias T-760 de 2008, T 365 de 2009 y T-554 de 2003.

eficiente de los servicios de salud que el usuario requiera, lo cual implica, de ser necesario el suministro de medicamentos, insumos o prestación de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud⁸.

En este sentido, en la sentencia T-091 de 2011, señaló la Corte que el principio de integralidad en la prestación del servicio de salud en los adultos mayores,

"implica el deber de brindar la atención completa en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios. Lo anterior es reforzado por el mandato constitucional de una mayor protección al derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad y la obligación del Estado de garantizar la prestación del derecho a la seguridad social (Art. 13 y 46 CP)."

La prestación de atención en salud en pacientes de la tercera edad igualmente impone dar aplicabilidad al principio de continuidad, en tanto su inobservancia en personas de avanzada edad con afectación de la salud puede poner en riesgo la vida. La Corte al examinar un caso en que la EPS retiró el plan de atención domiciliaria a una paciente de 81 años de edad⁹, amparó el derecho a la salud que había sido vulnerado con la suspensión abrupta e injustificada del tratamiento, ignorando que fue prescrito por el médico tratante, y en sentencia T-111 de 2013, determinó la violación del derecho a la salud por la eliminación del servicio de enfermera domiciliaria por cuanto la atención a ese grupo poblacional debe suministrarse de forma integral y continua, debido a que el servicio de salud no se puede suspender.

6.6. Principio de Atención Integral

Teniendo en cuenta la importancia para la debida prestación del servicio a la salud, la Corte Constitucional ha mostrado gran relevancia para que ese derecho se preste en atención al principio de atención Integral, exponiendo lo siguiente:

"El ordenamiento jurídico colombiano ha prescrito que el derecho a la salud debe prestarse conforme con el principio de atención integral. En primer lugar, podemos mencionar la sentencia T 760 de 2008 en la que se estableció lo siguiente:

"(...) De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los

⁸ Por ello en la sentencia T-905 de 2010, al considerar "que la aplicación del Plan Obligatorio de Salud no puede desconocer derechos constitucionales fundamentales, lo cual ocurre cuando una EPS interpreta y aplica la reglamentación y excluye la práctica de procedimientos o intervenciones y el suministro de insumos o medicinas, directamente relacionados con la vida de los pacientes o su dignidad, con el argumento exegético de que se encuentran excluidos del POS"

⁹ Sentencia T-581 de 2009.

SENTENCIA No. 48 /2016

servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.

Así, desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera 'con necesidad' (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un estado social de derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere.

Existe pues, una división entre los servicios de salud que se requieren y estén por fuera del plan de servicios: medicamentos no incluidos, por una parte, y todos los demás, procedimientos, actividades e intervenciones, por otra parte. En el primer caso, existe un procedimiento para acceder al servicio (solicitud del médico tratante al Comité Técnico Científico), en tanto que en el segundo caso no; el único camino hasta antes de la presente sentencia ha sido la acción de tutela.

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.¹⁰ (Subrayas pertenecientes a la Sentencia No. 097 de 2015 M.P.: Dr. Moisés Rodríguez Pérez - Tribunal Administrativo de Sucre)

Este concepto del principio de atención integral, ha sido tomado por la Corte, en el entendido de que no solo se atiende a lo preceptuado por la norma superior sino que se ha regulado en conjunto con las normas de la seguridad social, tales como el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, la que enuncia el principio en estudio, de la siguiente manera:

"El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información, fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-212 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez



SENTENCIA No. 48 /2016

cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud".

De igual forma, el literal C del artículo 156 de la misma ley dispone:

"Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud."

En igual sentido, desarrolla el principio en estudio, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, así:

"Artículo 8°. 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."

Es así como para la guardiana de la Constitución este principio, es de vital importancia a la hora de aplicarlo con relación al derecho a la salud.

En concordancia con todo esto, el máximo intérprete constitucional aplica de manera explícita y recalca de manera directa la importancia no solo de la cobertura del derecho fundamental a la salud, sino que este se haga efectivo a través del principio de atención integral, como quiera que cuando se ampare por los fallos constitucionales no quede nada al azar que se convierta en un obstáculo para su materialización¹¹.

No obstante lo anterior, es menester aclarar que el principio de atención integral debe ser aplicado por las EPS por obligación constitucional y legal, pero las órdenes emanadas de los jueces de tutela, deben contar con el correspondiente soporte fáctico de donde se desprenda la certeza de la vulneración o amenaza del derecho fundamental pretendido, y en caso de que carezcan de ello, no puede expedirse una protección concreta de un servicio que es hipotético o eventual.

¹¹ Ver sentencia T-576 de 2008. M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

6.7. Prevalencia de la orden del médico tratante para establecer si se requiere un servicio de salud.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que en el Sistema de Salud, la persona idónea para decidir si un paciente requiere algún servicio médico es el médico tratante, pues es éste quien cuenta con criterios médico-científicos y conoce ampliamente el estado de salud de su paciente, así como los requerimientos especiales para el manejo de su enfermedad.

Igualmente ha manifestado, que el concepto del médico tratante es vinculante para la entidad promotora de salud cuando se reúnen los siguientes requisitos: (i) cuando se autorice un servicio y/o tratamiento basado en información científica, (ii) cuando se tuvo en cuenta la historia clínica particular de la persona para autorizarlo, y (iii) cuando se ha valorado adecuadamente a la persona, y ha sido sometida a consideración de los especialistas en el manejo de dicha patología¹².

También ha considerado, que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, obligan a una EPS cuando ésta ha admitido a dicho profesional como "*médico tratante*" y quien provee las recomendaciones de carácter médico que requiere el paciente. Esas recomendaciones no pueden ser objetadas por la EPS, cuando aquella tuvo noticias de dicha opinión médica, pero no la contravirtió con base en criterios científicos; o bien sea porque el Comité Científico de la entidad valoró inadecuadamente la historia clínica del paciente y no sometieron el padecimiento de éste al estudio de un especialista"¹³.

6.8. La imposición de barreras administrativas y la violación del derecho a la salud.

En la Constitución de 1991 el derecho a la salud está regulado en el capítulo que versa sobre los derechos económicos, sociales y culturales. A su vez, en el artículo 44 de este capítulo, el constituyente consagró la salud y la seguridad social como un derecho fundamental.

La Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la salud debe ser prestado en términos de eficiencia, oportunidad y calidad, es decir que las entidades prestadoras del servicio de salud vulneran este derecho cuando le imponen al usuario cumplir con excesivos trámites administrativos los cuales postergan la adecuada prestación del servicio sin justificación

¹² Ver sentencias T-378 de 2000 MP. Alejandro Martínez Caballero; T-741 de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-476 de 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹³ Sentencia T-760/2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa

SENTENCIA No. 48 /2016

constitucionalmente razonable. En este sentido la sentencia T-246 de 2010 cita la regla jurisprudencial establecida en la sentencia T-760 de 2008, así:

"(...) que la prestación del servicio de salud debe ser eficiente, oportuna y con calidad. Primordialmente, este componente del derecho se desconoce cuando la negación para la autorización de un servicio incluido o no en el POS es justificada por parte de la EPS, debido a la falta de realización de trámites administrativos que, desde una perspectiva constitucional, carecen de razonabilidad puesto que son excesivos, demorados y engorrosos. Si bien puede exigirse llevar a cabo algunas formalidades administrativas, estas no pueden llegar al punto de obstaculizar y amenazar el goce de la vida y la integridad personal de quien requiere el servicio".

A lo anterior, es razonable que para la prestación de algún servicio médico el paciente tenga que cumplir con algunos trámites administrativos, dichos trámites no debe ser excesivamente demorado y que además le impongan una carga al usuario que no está en condiciones y que no le corresponde asumir, al respecto la Corte¹⁴ ha dicho:

"La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta. Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, irrespetan el derecho a la salud de las personas.

Expresamente, la regulación ha señalado que "(...) los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente". En especial, se ha considerado que se irrespeta el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, 'la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico'.

En ese sentido, la jurisprudencia al analizar las diferentes vulneraciones al derecho a la salud, ha evidenciado que los usuarios se tienen que enfrentar a múltiples trabas administrativas para poder acceder a la prestación del servicio de salud.

En síntesis, la imposición de barreras administrativas y burocráticas, que impiden la prestación pronta, adecuada y efectiva del servicio de salud, generan consecuencias perjudiciales en la salud de las personas, lo que les

¹⁴ T-188 de 2013 M.S. Mauricio González Cuervo

SENTENCIA No. 48 /2016

implicaría una erogación económica mayor a la inicialmente requerida de haberse prestado el servicio de manera oportuna y con calidad.

6.9. Caso Concreto

La señora Elvira Muñoz Buelvas, actuando como agente oficioso de la señora Ayda Muñoz Buelvas, presentó acción de tutela contra la Nueva EPS, a fin que se le autorice el servicio de enfermería las 24 horas, como lo ordenó el médico tratante de la entidad accionada, por su condición actual que limita la movilidad.

El Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de tutela de fecha del 22 de agosto de 2016, tuteló los derechos invocados como vulnerados por el accionante, en ese sentido, ordenó en un plazo máximo de 48 horas, asignar enfermera 24 horas para cuidado en casa.

La entidad Nueva EPS, impugnó la sentencia de primera instancia, debido que la historia clínica de la afiliada, solicitó un cuidador domiciliario 24 horas y no la asistencia permanente de la enfermera, con el objeto de realizar las labores de un familiar en el cuidado del paciente.

A los anteriores hechos, se anexa como pruebas por el accionante, copias

- Cédula de Ciudadanía de la señora Ayda Muñoz Buelvas¹⁵
- Orden médica¹⁶
- Índice de Barthel¹⁷
- Historia Clínica¹⁸
- Formato de negociación de servicio de salud y/o medicamentos¹⁹
- Solicitud de medicamentos, procedimientos y suministros no POS, ordenado por el médico tratante²⁰

Reposan en el expediente de la acción de tutela las siguientes:

Aportadas por la Nueva EPS, copias:

- Autorización de servicio – Paquete de atención domiciliaria paciente crónico con terapias (mensual)²¹

¹⁵ Folio 5

¹⁶ Folio 6 - 7

¹⁷ Folio 8 - 9

¹⁸ Folio 10 - 17

¹⁹ Folio 23

²⁰ Folio 24

²¹ Folio 31



SENTENCIA No. 48 /2016

En revisión a los distintos fundamentos jurídicos expuestos con anterioridad, procede analizar las circunstancias del caso. La parte accionante por agente oficioso, alega la afectación de su derecho fundamental a la vida, seguridad social y derechos de las personas de la tercera edad.

Lo anterior, aunando que la actora se encuentra afiliada a Nueva EPS, en calidad de cotizante independiente en el régimen contributivo, en estado activo²²; se advierte que obra en el expediente pruebas de las cuales se derivan que la actora es persona de la tercera edad, pues tiene 88 años²³; en el proceso de la referencia, obra historia clínica, la cual revela su patología y resultado de Índice de Barthel²⁴, indicando las condiciones de la accionante y, el plan de manejo domiciliario, prescrito en diagnóstico de fecha 15 de junio de 2016²⁵, obra orden del médico tratante, en el que determinó suministrar, los servicios médicos domiciliarios "Home Care", como lo es enfermería 24 horas, medicina general y terapias físicas para cuidados en casa; mediante formato de negación de servicios de salud y medicamentos, el Comité Técnico Científico²⁶, negó el paquete diario asistente de cuidado personal y domiciliario 24 horas, razón por la cual, solicitó ampliar la justificación del medicamento; el médico tratante, por medio de solicitud²⁷ de medicamentos, procedimientos y suministros No POS, motivó la justificación del medicamento y descripción del caso clínico.

En caso sub examine, se evidencia que la señora Ayda Muñoz, es persona de especial protección constitucional, expresamente regulado en la Constitución Política y que ha encontrado reiterada protección a través de la jurisprudencia, quien se encuentra con limitaciones en su cuerpo para sus movimientos y no controla esfínteres debido, principalmente, su patología, como es, Alzheimer, Diabetes, Hipertensa con constante infecciones urinarias.

Que si bien la Nueva EPS, ha autorizado de manera tardía y parcial los servicios de salud requeridos²⁸, la polémica surge a partir del desconocimiento de la prestación del servicio auxiliar de enfermería domiciliaria 24 horas, prescritos por el médico tratante, adscrito a dicha entidad.

Lo aludido, da cuenta que la acción de tutela, está dirigida a proveer el servicio de enfermería domiciliaria, en primer lugar, la Sala entrara determinar si la decisión del juez de primera instancia, se ajustó a derecho.

²² Folio 30

²³ Folio 5

²⁴ Folio 17

²⁵ Folio 22

²⁶ Folio 23

²⁷ Folio 24

²⁸ Folio 31



En lineamiento con lo dispuesto por la Resolución 5522 de 2015, la atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional *"está cubierta en los casos que se consideren pertinentes por el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Dicha cobertura está dada solo para el ámbito de la salud y no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores, aunque dichos servicios sean prestados por personal de salud"*. Además de ello, también se evidencia que dicho servicio está incluido en la cobertura de beneficios del POS, y por tanto debe ser garantizado por las Entidades Promotoras de Salud con cargo a los recursos que perciben para tal fin, en todas las fases de la atención, para todas las patologías y condiciones clínicas del afiliado.

En ese orden, constituye una modalidad de prestación de salud incluida en la cobertura de beneficios del POS, que debe ser garantizada por la Nueva EPS sin adelantar ningún trámite administrativo dispendioso, y mucho menos judicial, orden del médico tratante de la señora Ayda Muñoz Buelvas, en la que, con el suficiente *"grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología"*²⁹, permite evidenciar la necesidad del servicio requerido, que buscaría asegurar un estado de salud aceptable a la persona, ya que sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso.

El proceder anterior, no solo vulnera el derecho a la salud, a la vida, la seguridad social, el mínimo vital, sino también la atención integral, siendo este de especial protección constitucional debe garantizar el servicio de salud en términos de eficiencia, oportunidad y calidad; presentándose la vulneración cuando le impide acceder a los servicios médicos domiciliarios de enfermería 24 horas, para obtener la rehabilitación y recuperación de la señora Ayda Muñoz Buelvas, prescrita orden del médico tratante; no obstante, es quien tiene el control de su patología, asimismo tiene el conocimiento científico, y su contacto con el enfermo para establecer el tratamiento más eficaz e idóneo, con el objeto de aliviar y superar sus síntomas, bajo los criterios de necesidad, especialidad y responsabilidad.

En razón de lo expuesto, procede la Sala a confirmar la decisión adoptada por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, el 22 de agosto de 2016, cuando tuteló los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida digna de la señora Ayda Muñoz Buelvas, ordenando a Nueva EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho

²⁹ Sentencia T-274 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



(48) horas siguientes a la notificación de este fallo autorice y suministre a la accionante, el tratamiento sugerido por el médico tratante.

En este caso, la prescripción del 15 de junio de 2016, implica, enfermería 24 horas, medicina general y terapias físicas para cuidados en casa. Y finalmente, se le aclarará a la entidad accionada que las otras terapias que en este momento se le están suministrando a la representada, tales como toma de muestra de laboratorio, curaciones, deben continuar de conformidad con el protocolo del plan domiciliario de la IPS que las ordenó o por indicación del médico tratante respectivo.

Lo concerniente al servicio de enfermería 24 horas, se dispondrá por la entidad prestadora de salud, la rotación de los auxiliares de enfermería, en el sentido de establecer los horarios y turnos, correspondientes para la prestación del servicio.

6.9. Conclusión

Colofón, la respuesta al problema jurídico planteado, es positivo, existe eminente violación al derecho fundamental a la salud de la señora Ayda Muñoz Buelvas, teniendo en cuenta, que es persona de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud y las entidades prestadoras de salud están obligadas a prestarles la atención médica que requieran, en efecto, una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona de la tercera edad cuando niega un servicio, medicamento o tratamiento incluido o excluido del POS, cuya necesidad ha sido determinada por un médico o por la patología que padece resulta evidente.

La vulneración descrita, se presenta porque la accionada sin causa justificada, no autorizó, el servicio de enfermería prescrito por el médico tratante adscrito a la Nueva EPS que viene tratando actora, quien es persona de especial protección, resquebrajando el principio de atención integral, que es uno de los aspectos en que se refleja el derecho a la salud, prestación oportuna del servicio.

VII. DECISIÓN

Por lo expuesto, el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,



SENTENCIA No. 48 /2016

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, el 22 de agosto de 2016, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: LÍBRESE por Secretaría la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

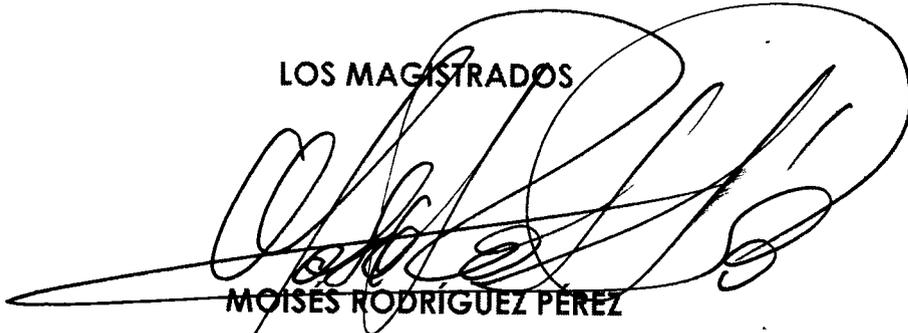
TERCERO: Ejecutoriado este fallo, remitir dentro de los 10 días siguientes el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

CUARTO: Comuníquese esta decisión al Juzgado de origen.

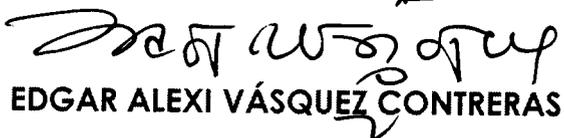
El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala en sesión extraordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta de Sala No. 23

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



LUIS MIGUEL VILLÁLOBOS ÁLVAREZ

