



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja

Tunja veintiuno (21) de julio de dos mil quince (2015)

Demandante: Leidy Viviana Panqueva Ávila
Demandado : CAPRECOM EPS
Radicación : 15001333011201500143-00
Acción de tutela

Decide el Despacho en primera instancia sobre la acción de tutela instaurada por Leidy Viviana Panqueva Ávila, contra la CAPRECOM EPS.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Leidy Viviana Panqueva Ávila, solicita que se tutelen los derechos fundamentales a la dignidad humana, salud, vida digna e integridad personal de la señora Martha Cecilia Ávila González.

Como consecuencia de lo anterior solicita que se ordene al Ente tutelados que, en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, realice las gestiones administrativas tendientes a otorgar los servicios de una auxiliar de enfermería durante las 24 horas diarias a la señora Martha Cecilia Ávila González.

2. Hechos

Refiere la demandante que la señora Martha Cecilia Ávila González fue diagnosticada el 27 de septiembre de 2007 con Esclerosis Lateral Amiotrófica y que el 5 de julio de 2014 fue sometida a estudio por parte de la Junta Regional de Invalidez, la cual certificó que posee una minusvalía equivalente al 27,25%.

Afirma que el 5 de junio de 2015 en virtud de un análisis a la paciente, se le ordenó el acompañamiento de una auxiliar de enfermería durante un lapso de 12 horas diarias, “...debido a su dependencia funcional total para ABC Y ADV por lo que requiere a una persona capacitada...” (f. 1). Agrega que la señora Ana Beatriz Pirachicán, actuando en nombre de la señora Martha Cecilia Ávila González, elevó solicitud el día 22 de mayo de 2015, solicitando una enfermera provisional para que la asista y que el 27 de mayo de 2015 el Director de CAPRECOM EPS,S, mediante radicado 2967 dio respuesta negando la autorización de acompañamiento de la auxiliar, bajo el argumento que dicho servicio no está incorporado en el Plan Obligatorio de Salud (POS).

Expresa que la Entidad accionada señaló que la solicitud debe ser analizada por el Comité Científico de la Entidad y que para ello se requería una documentación, la cual fue presentada el 10 de junio de 2015. Agrega que el Comité Científico de CAPRECOM EPS'S, mediante acta de 18 de junio de 2015, decidió no aprobar el servicio, sin que medie justificación alguna para dicha negativa.

3. Fundamentos de derecho

Manifiesta la actora que actúa en representación de la señora Martha Cecilia Ávila González, quien es su progenitora, según lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

Refiere que la falta de cobertura de la atención de una enfermera durante doce (12) horas diarias, en estos momentos, debido a la enfermedad de la paciente, constituye una grave violación a los derechos fundamentales, en atención a que según lo ha determinado el médico tratante padece de Esclerosis Lateral Amiotrófica, con una minusvalía del 27,25% de una máxima posible del 30%.

Explica que cuando la negación del derecho a la salud pone en riesgo el derecho fundamental a la vida o a la vida en condiciones dignas, es posible reclamar a través de la acción de tutela la protección de los derechos, pues así lo señala la sentencia T-202 de 2002, en la cual se señala que si el diagnóstico,

el tratamiento recomendado o la cirugía ordenada no se han llevado a cabo, deben efectuarse y proteger tutelarmente los derechos fundamentales.

Cita la sentencia T-444 de 1999 y aduce que en relación con los medicamentos y los tratamientos excluidos por el POS, la Corte Constitucional ha establecido unos criterios para la procedencia de la acción de tutela, los cuales se reúnen en el presente caso, “...*toda vez que aunque el comité técnico científico negó la aprobación para la atención de enfermería 12 horas al día acepta que existe un riesgo inminente para la vida o salud de la paciente demostrable y que consta en la historia clínica respectiva...*” (f. 3).

Concluye que la negación de la accionada para suministrar el servicio solicitado, bajo el argumento que no está incluido en el POS, constituye una violación evidente a los derechos fundamentales cuyo amparo se solicita, además que rompe con el principio de integralidad del sistema de seguridad social, en los términos de las sentencias C-674 de 2001 y T-760 de 2008.

4. Contestación de la tutela

El apoderado de la Entidad accionada contestó la acción de tutela en los siguientes términos (f. 30 s.):

Aduce que la señora Martha Cecilia Ávila González se encuentra afiliada a CAPRECOM EPS'S y que todo lo que ha requerido la paciente, que se encuentre dentro del POS, le ha sido autorizado para las IPS'S, con las que se tiene contrato.

Expresa que la enfermera permanente solicitada por la accionante, con fines de asistencia o protección social, no se encuentra incluida en el POS, sino que por el contrario, se encuentra excluida específicamente del mismo. Cita el artículo 29 de la Resolución 5521 de 2013 emanada del Ministerio de la Protección Social y agrega que mientras la EPS garantice la continuidad, integralidad, eficacia, eficiencia y calidad en la prestación del servicio, no puede aducirse en su contra “...*ninguna clase de violación del derecho de libre escogencia (sic), por el mero hecho de que el contrato con la institución prestadora de aquél servicio no haya decidido prorrogarse...*” (f. 30).

Manifiesta que CAPRECOM EPS'S no es prestador del servicio de salud, sino asegurador y que el trámite realizado por la Entidad constituye plena garantía y protección de los derechos fundamentales que se invocan, "*...para lo cual establecemos de esta manera que los argumentos que aquí se alegan demuestran HECHO SUPERADO por parte de CAPRECOM y por consiguiente el objeto de este escrito admisorio de tutela en ninguna oportunidad le ha sido negado por CAPRECOM, razón por la cual se encuentra como hecho cumplido, EN CUANTO A LA REALIZACIÓN EFECTIVA DE LO AUTORIZADO CORRESPONDE A LA IPS DE REMISIÓN...*" (f. 30).

Finalmente cita la sentencia T-155 de 2008 y resalta que cuando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, el amparo constitucional pierde toda razón de ser, lo cual descarta de plano cualquier pronunciamiento de fondo en relación con el asunto, "*...por cuanto se concluye que los hechos que originaron la presente acción han sido superados y en consecuencia, se encuentra satisfecha la pretensión invocada en la demanda...*" (f. 31).

II. CONSIDERACIONES

Procede el Despacho a adoptar la decisión que en derecho corresponda, previo el análisis de los elementos probatorios allegados de la siguiente manera.

1. De la competencia

El Despacho advierte que asumirá la competencia del proceso de la referencia en los términos esbozados por la jurisprudencia pacífica de la Corte Constitucional, que señala que debe asumir competencia el Juzgado al cual sea repartida la solicitud de tutela. Tal criterio puede observarse en Auto 033/14 en el cual se precisó que "*...los únicos conflictos de competencia existentes en tutela son los relacionados con el factor territorial y los que se presentan en acciones dirigidas contra medios de comunicación, de conformidad con el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991. En eventos como el presentado en esta oportunidad, el*

funcionario judicial a quien correspondió en primer lugar el conocimiento de la acción de tutela debe tramitarla o decidir su impugnación, según sea el caso... ”.

2. Problema jurídico

Corresponde al Despacho establecer si la entidad accionada está vulnerando los derechos fundamentales a la dignidad humana, salud, vida digna e integridad personal de la señora Martha Cecilia Ávila González.

Para desatar el problema jurídico, el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

3. De la agencia oficiosa

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante y que *“...También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa...”*, circunstancia que *“...deberá manifestarse en la solicitud...”*.

Frente al tema de la agencia de derechos de terceros, ha manifestado la jurisprudencia constitucional que De conformidad con el artículo precitado, *“...la acción de tutela, al ser un mecanismo que primordialmente busca la defensa de los derechos fundamentales, puede ser interpuesta no solo por el titular del derecho, sino también por otra persona que actúe en su nombre y representación. Por ejemplo, un agente oficioso...”* (Negrilla fuera de texto).¹

Explicó la Corte Constitucional en el precitado pronunciamiento que la agencia oficiosa busca proteger a quien temporal o definitivamente no puede defenderse y que su sentido se encuentra en la eficiencia de los derechos fundamentales, pues en muchos, los titulares de un derecho no cuentan con posibilidades fácticas para interponer una acción de tutela. *“...Por ejemplo, por tratarse de menores de edad, interdictos, personas con afectaciones graves en su salud,*

¹ SENTENCIA T-129 DE 2014.

o sencillamente porque carecen de posibilidades para acudir a un abogado...". Según decantó la corte, en esos casos, "...Previendo la supremacía de los derechos fundamentales, el artículo 86 Superior permitió que un tercero actuara en este trámite constitucional para defender los derechos de quien no puede hacerlo. Si fuera de otra forma, los derechos de abundantes personas con impedimentos para acudir ante los jueces, carecerían de contenido material...".

En este caso, la señora Leidy Viviana Panqueva Ávila acudió en ejercicio del mecanismo constitucional, agenciando los derechos de la señora Martha Cecilia Ávila González, de quien si bien es cierto no se probó el parentesco en el primer grado de consanguinidad ascendente, esto es, la relación madre e hija, si se tiene el cumplimiento de la exigencia contenida en el artículo 10 precitado, pues en el escrito de tutela de manera expresa en el acápite de fundamentos de derecho se manifestó que la acción se presenta según lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 (f. 2).

Ahora bien, la incapacidad que tiene la señora Martha Cecilia Ávila González para acudir directamente en defensa de sus derechos se encuentra debidamente demostrada pues acorde con la historia clínica allegada, la tutelante está postrada completamente en cama desde hace seis (6) años aproximadamente (f. 9), de manera que, valiéndose de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en sentencia T-659 de 2014, en la cual se analizó un caso de similares contornos al presente, dirá el Despacho que se verifica que la persona por quien fue promovida la acción de tutela, está amparada bajo los supuestos de salvaguarda constitucional. Al respecto señaló la Corte en el caso análogo:

"...15. En tal sentido, esta Sala verifica que la persona por quien fue promovida la acción de tutela en esta sentencia, está amparada bajo los supuestos de salvaguarda constitucional anteriormente mencionada. En efecto, el señor Fernando Delgado Hincapié está postrado en una cama, lo que hace que dependa en un 100% de quienes cuidan de él[44]. En consecuencia, el accionante no está en condiciones para promover su propia defensa, por lo que requiere que un tercero lo haga en su nombre, en este caso su hermana; hecho que no fue controvertido ni desvirtuado por las entidades accionadas. Lo que conlleva a que la acción de tutela sea procedente, teniendo

*en cuenta el deber del Estado de otorgar protección especial a quienes están en circunstancias de indefensión y debilidad... ”.*²

Encontrándose cumplida entonces la exigencia contenida en el inciso segundo del artículo 2591 de 1991, es procedente analizar el fondo del asunto.

4. Protección constitucional del derecho fundamental a la salud, la seguridad social y la dignidad humana

La Corte Constitucional ha creado una abundante línea jurisprudencial en torno a la protección del derecho a la salud por intermedio de la acción de tutela, en la cual se ha indicado que el derecho a la salud es de raigambre fundamental³, de tal forma que le corresponde al Estado, tanto como a los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho.⁴

El derecho fundamental a la salud, ha sido definido como “...*la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser....*”⁵. Esta definición responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones de dignidad, toda vez que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales.

Así, la jurisprudencia de la precitada Corporación ha establecido que es procedente el amparo por vía de tutela de este derecho cuando se verifica alguno de los siguientes puntos: “...*(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la*

² SENTENCIA T-659 DE 2014.

³ Ver, entre otras, sentencias T-016/07, Humberto Antonio Sierra Porto; T-173/08 M.P. : Humberto Antonio Sierra Porto; T-760/08, M.P. : Manuel José Cepeda Espinosa, T-820/08, M.P. : Jaime Araujo Rentería; T-999/08, M.P. : M.P. Humberto Antania Sierra Porto; T-566/10, M.P. : Luis Ernesto Vargas Silva

⁴ Sentencia T-999/08, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ Sentencia T-597/93, M.P. Jaime Araujo Rentería, reiterada en la sentencias T-454/08, M.P.: Jaime Córdoba Triviño T-566/10 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios... ”⁶.

Según lo ha expresado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁷ las personas tienen derecho a que se les presten los servicios –requeridos- que hacen parte del POS y la negativa de la entidad supone una vulneración de su derecho fundamental, en otras palabras “...no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud...”.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los criterios que se deben tener en cuenta para acceder a tratamientos y medicamentos que requieren los pacientes cuando éstos no se encuentran en el POS, es del caso señalar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ido evolucionando. Tomando como punto de partida la sentencia T-760 de 2008 en la cual la Corporación circunscribió a cuatro (4) los criterios que debía tener en cuenta el Juez para establecer si las pretensiones en tales casos, se encontraban llamadas a prosperar, siguiendo con la sentencia T-940 de 2012, en la cual se incluyeron algunos cambios para concluir con la sentencia T-160 de 2014 en la cual se precisó que “...debido a diversas situaciones, especialmente frente a la necesidad de cumplimiento adecuado de la Constitución y protección integral del derecho a la salud de los habitantes del territorio nacional, dichas subreglas han recibido algunas precisiones, a fin de acompañarlas aún más al espíritu de salvaguarda constitucional... ”; subreglas que fueron decantadas en dicho pronunciamiento así:

“...Acorde con todo lo hasta aquí consignado, debe entonces examinarse, en cada caso específico, si el paciente cumple esas condiciones jurídicas y fácticas, de acuerdo a lo estipulado normativamente y por la jurisprudencia, para que sean amparados los derechos a la salud, la vida en condiciones dignas y la integridad personal, a saber:

(i) La falta del servicio, intervención, procedimiento, medicina o elemento, vulnera o pone en riesgo los derechos a la salud, la vida, la integridad personal y/o de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava o no atenúa la

⁶ Sentencia T-999/08. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷ Sentencia; T 838 de 2009, MP.; María Victoria Calle Correa

afectación de la salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas.

(ii) El servicio, intervención, procedimiento medicina o elemento no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido, con el mismo nivel de calidad y efectividad.

(iii) El servicio, intervención, procedimiento, medicina o elemento ha sido dispuesto por un médico, adscrito a la EPS o no, o puede inferirse claramente de historias clínicas, recomendaciones o conceptos médicos que el paciente lo necesita, siendo palmario que si existe controversia entre el concepto del médico tratante y el CTC, en principio prevalece el primero.

(iv) Se colija la falta de capacidad económica del peticionario o de su familia para costear el servicio requerido, dejando claro que, por el principio de buena fe y la protección especial que debe darse a quienes se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, se presumen ciertas las afirmaciones realizadas por los accionantes, corriendo sobre las entidades prestadoras del servicio de salud la carga de probar en contrario”.

El respeto al derecho fundamental a la salud no solo incluye el reconocimiento de la prestación del servicio que se requiere (POS y no POS); sino también su acceso oportuno, eficiente y de calidad.

La prestación del servicio en salud es **oportuna** cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. De forma similar, es **eficiente** cuando los trámites administrativos a los que está sujeto son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir.⁸ Así mismo, el servicio se reputa **de calidad** cuando los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas contribuyen, en la medida de las posibilidades, a mejorar la condición del paciente⁹. Cabe resaltar que recientes disposiciones sobre la supresión de trámites innecesarios, en lo que atañe a las autorizaciones para servicio de salud se estableció¹⁰:

“ARTICULO 125. Autorizaciones de servicios de salud. Las Entidades Promotoras de Salud, EPS, tendrán la obligación de

⁸ Sentencia T-760 de 2008, M.P: José Manuel Cepeda Espinoza

⁹ Sentencia T 922/09, M.P: Jorge Iván Palacia Palacia

¹⁰ Decreto 019 de 19 de enero de 2012

contar con sistemas no presenciales para autorizar los servicios de salud, de tal forma que el afiliado no tenga que presentarse nuevamente para recibir la misma. En ningún caso las autorizaciones podrán exceder los cinco (5) días hábiles contados a partir de la solicitud de la autorización. De igual forma, las EPS contarán con sistemas de evaluación y seguimiento de los tiempos de autorización que deberán reportarse a la Superintendencia Nacional de Salud y publicarse periódicamente en medios masivos de comunicación. El incumplimiento de esta disposición acarreará las sanciones previstas en la ley.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de integralidad impone su prestación continua, la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud. La determinación y previsión de los servicios requeridos para la plena eficacia del derecho a la salud, como reiteradamente se ha señalado, no corresponde al usuario, sino al médico tratante adscrito a la EPS, de la siguiente manera:

“La atención y tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”¹¹

Así, la integralidad en la prestación del servicio de salud está encaminada a (i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología¹².

En consecuencia, una EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de una persona cuando presta un servicio de salud fraccionado, pues tal como lo ha decantado la jurisprudencia, no importa si algunos de los servicios en salud

¹¹ Sentencia T-1059 de 2006; M.P: Clara Inés Vargas Hernández

¹² Sentencia T-103 de 2009, M.P: Clara Inés Vargas Hernández

son POS y otros no lo son, pues *"...las entidades e instituciones de salud son solidarias entre sí, sin perjuicio de las reglas que indiquen quién debe asumir el costo y del reconocimiento de los servicios adicionales en que haya incurrido una entidad que garantizó la prestación del servicio de salud, pese a no corresponderle..."*¹³.

La Resolución 5521 de 2013, por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS), prevé entre los principios generales para la aplicación del POS en el artículo 3 el de calidad, que incluye la continuidad en la prestación de los servicios. Así mismo en las definiciones previstas en el artículo 8 numeral 30 de referencia y contrareferencia se precisa que los mismos se desarrollaran *"garantizando la calidad, accesibilidad, oportunidad, continuidad e integralidad de los servicios"*.

El Despacho advierte que cuando las Entidades que prestan el servicio a la salud incurren en omisiones que impiden el acceso a éste en forma eficiente, también afectan el derecho a la dignidad humana el cual se encuentra profundamente ligado al derecho a la salud, tal como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia T-1271 de diciembre 18 de 2008 en la que se señaló:

"...Ha de advertirse que la protección constitucional del derecho a la salud no se circunscribe a los eventos en los que el derecho a la vida o a la integridad física se encuentren directamente comprometidos. El concepto de vida no se restringe a la existencia biológica del ser, ya que incorpora el valor de la dignidad. Por ello, resulta inaceptable someter a una persona que ve vulnerados sus derechos, entre ellos el de la salud, a tener que tolerar graves afecciones, o a soportar dolores insufribles, al impedirle por un tiempo prolongado e indefinido el acceso efectivo y oportuno a los medios que aseguren una mejoría en su existencia... La materialización del derecho a la salud supone una atención integral, que se inicia con los cuidados y atenciones básicas requeridas por la persona enferma, pasando por el suministro de medicamentos, realización de intervenciones quirúrgicas, práctica de procesos de rehabilitación, toma de exámenes de diagnóstico, hasta el seguimiento médico pertinente, y todo ello en procura del pleno restablecimiento de la salud del paciente. Ahora bien, si por alguna causa la patología que afecta al enfermo no es susceptible de mejorarse, se deben adoptar las medidas médicas necesarias para mitigar tales síntomas..."

¹³ Sentencia T-760 de 2008, M.P: José Manuel Cepeda Espinoza

Igual ocurre con el derecho a la seguridad social cuyo alcance fue fijado por la Corte Constitucional en sentencia T-848 de 2013 así:

“El derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral. Tal como se indicó, el artículo 48 de la Carta indica que el sistema de seguridad social debe orientarse por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”.

De lo expuesto, se concluye que la violación al derecho a la salud conlleva implícito la vulneración a los derechos a la dignidad humana y de seguridad social por cuanto el ser humano no debe ser sometido a dolores y afecciones que puedan ser tratados en forma oportuna.

5. Del caso concreto

En el *sub lite*, solicita la parte actora que se condene a la Entidad accionada a realizar las gestiones administrativas tendientes a otorgar los servicios de una auxiliar de enfermería durante las veinticuatro (24) horas del día para la señora Martha Cecilia Ávila González, los cuales fueron autorizados por los médicos tratantes.

Acorde con la documental allegada, la tutelante fue diagnosticada con Esclerosis Lateral Amiotrófica y presenta las siguientes condiciones de salud acorde con la historia clínica:

IDENTIFICACIÓN

- Paciente en regular estado general
- Severa hipotrofia muscular generalizada
- Marcada desnutrición
- Ama (sic) limitados por dolor en hombros, caderas y rodillas
- Retracciones musculares de isquiotibiales, aductores de cadera
- FM: MMSS:0/T
- MMII:1/5

- No logra sostén cefálico
- Habla disartrica
- Reflejo nauseoso ausente, ascenso laríngeo débil
- RMT: +/+++

IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA/DIAGNÓSTICO

- Esclerosis lateral amiotrófica
- Cuadriplejia flácida
- TTNO deglutorio severo

ANAMNESIS

- Paciente con historia de ELA hace 11 años.
- Diagnosticada desde hace siete años.
- Paciente que no camina hace seis años.
- Paciente con pérdida progresiva de actividad motora no logra agarres manuales gruesos ni finos, sin sostén cefálico, hace cuatro años.
- Logra control de esfínteres
- No cuenta con silla de ruedas
- Paciente con atoramiento con saliva, marcada disartria

ADHERENCIA AL TRATAMIENTO NUTRICIONAL RECOMENDADO

- Paciente de 53 años de edad quien no asiste debido a dificultades para trasladarla por su condición general y requerimiento de oxígeno, actualmente manejo domiciliario la ha visto fisioterapia le prescribe terapia física y del lenguaje, neumología: prescribe O2 2 litros 12 horas día pendiente espirometría para definir conducta y gastroenterología lo cual coincide que se debe realizar gastronomía **pero está en espera de que le sea autorizado cuidador de 12 horas en casa (f. 14).**
- Presenta nuevamente ciclos menstruales irregulares
- Paciente que presenta decaimiento, dificultad en la movilidad
- Actualmente solo recibe líquidos
- Desnutrición proteico-calórica severa, no especificada.

Acorde con lo consignado en el formato de solicitud y justificación de medicamentos no incluidos en el POS, se reitera que la enfermedad que aqueja a la señora Martha Cecilia Ávila González, la tiene con postración completa hace seis (6) años con dependencia funcional total para ABC y AVD, “...*QUIEN REQUIERE DISPOSITIVO DE TRASLADO Y AUXILIAR DE ENFERMERÍA PERMANENTE...*” (f. 9), según solicitud y justificación de medicamentos no incluidos en el POS, suscrita por la Dra. Maritza Angulo Buitrago, como médico tratante del Hospital San Rafael de Tunja.

En cuanto a la descripción del servicio solicitado por la médico tratante, se especifica que es de uso permanente (f. 9) y de duración indefinida cuya indicación terapéutica refiere “DEPENDENCIA FUNCIONAL”, aclarando que el servicio solicitado no tiene homólogo o sustituto en el POS, además que se agotaron las posibilidades terapéuticas del listado del POS. De igual forma, se especifica en la solicitud suscrita por la Profesional de la Salud, que la no administración del servicio puede degenerar en deformidad articular para la paciente, aspectos que pueden evidenciarse a folio 9 del presente expediente de tutela.

Vista la jurisprudencia constitucional, encuentra el Despacho que la Corte Constitucional en sentencia T-659 de 2014 abordó el análisis de un caso con similares contornos, el cual fue resuelto con base la sentencia T-760 de 2008, citada en precedencia, en la cual la Corte definió y sistematizó subreglas precisas que el Juez de tutela debe observar, “...*cuando frente a medicamentos, elementos, procedimientos, intervenciones y servicios indispensables en la preservación o recuperación de la salud de los pacientes o su vida digna, deba aplicar directamente la Constitución. En él, se concluyó que debe ordenarse la provisión de los medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del POS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren una serie de condiciones, a saber, (i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un*

médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado... ”.

Pues bien, en este caso, según se consignó en precedencia, es claro que la falta del servicio afecta la integridad física de la persona, pues según se indicó no solo se requiere la asistencia para llevar a cabo actividades rutinarias, sino procedimientos médicos y terapéuticos a fin de evitar que la salud de la paciente se siga deteriorando, aspectos que el Despacho no puede entrar a discutir en el presente asunto, en atención a que la prescripción del tratamiento obedece a los conocimientos científicos y a las circunstancias especiales del caso, los cuales fueron establecidos por la profesional de la salud que los prescribió, sin que se cuente con elementos que permita desvirtuarlos, además que según se indicó, el servicio no puede ser sustituido por otro que está incluido por el POS y fue ordenado por una médico de la IPS asignada, que en este caso es la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Tunja, según se colige de la historia clínica (f. 9 s.) y del histórico de autorizaciones expedidas por CAPRECOM EPS'S (f. 32 s.).

Ahora bien, no pasa por alto el Despacho que en el formato de Comité Técnico Científico (f. 8), a través del cual se negó la autorización solicitada, se consignó que “...no se documenta en la historia clínica requerimiento de actividades asistenciales en salud por parte de enfermería, los controles por enfermería se pueden hacer domiciliarios por el primer nivel, no requiere asistencia de enfermera permanente...” (f. 8). Sin embargo, vista la historia clínica, es evidente que el servicio solicitado si se requiere para la realización de tratamientos médicos y evitar que la salud de la accionante se siga deteriorando, circunstancia que fue definida expresamente por la médica tratante, quien indicó que la falta del servicio, “...pone en riesgo inminente la vida y salud del paciente. Defínala: DEFORMIDAD ARTÍCULAR...”. De igual forma, se consignó en la historia clínica que la falta de la auxiliar permanente ha impedido la práctica del tratamiento nutricional recomendado así:

“...Paciente de 53 años de edad quien no asiste debido a dificultades para trasladarla por su condición general y requerimiento de oxígeno, actualmente manejo domiciliario la ha visto fisiatría le prescribe terapia física y del lenguaje, neumología: prescribe O2 2 litros 12 horas día pendiente espirometría para definir conducta y gastroenterología lo

cual coincide que se debe realizar gastronomía pero está en espera de que le sea autorizado cuidador de 12 horas en casa (f. 14).

Luego no es cierto entonces, que el servicio ordenado por los médicos tratantes no implique la asistencia de servicios de salud, pues contrario a ello, la historia clínica evidencia la necesidad de la asistencia permanente durante doce (12) horas de un auxiliar de enfermería que pueda suministrar y/o adelantar los tratamientos médicos prescritos, por lo que debe reiterarse que en el *sub lite*, la falta del servicio afecta la integridad física, la salud y la dignidad de la persona.

En lo que respecta a la capacidad económica de la paciente la Corte señaló en el precitado pronunciamiento:

“...Además, la negativa por parte de las entidades accionadas se presenta incluso cuando los servicios fueron autorizados por el médico tratante. Igualmente, se aprecia que el accionante está inscrito en el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud[45], por lo que se encuentra exento del pago de copagos y cuotas moderadoras. Esto, evidencia que el accionante no cuenta con los recursos para sufragar todos los servicios, medicamentos y elementos que requiere para su tratamiento. Sumado a esto, el peticionario se encuentra en completo estado de dependencia de un tercero por lo que no puede laborar ni conseguir los recursos por sí mismo...”

En el caso *sub examine*, se allegó copia del carné de afiliación de la paciente, el cual se consigna que pertenece al nivel uno (1) del régimen subsidiado, por lo que se encuentra exenta del pago de copagos y cuotas moderadoras, aspecto que evidencia que la accionante no cuenta con los recursos para sufragar todos los servicios, medicamentos y elementos que requiere para su tratamiento, además que como se anotó, se encuentra postrada en cama desde hace aproximadamente seis (6) años y en completo estado de dependencia de un tercero, por lo que es claro que no puede laborar ni conseguir los recursos para procurarse siquiera su propio sostenimiento.

Al igual que ocurrió con el caso analizado por la Corte Constitucional en la precitada sentencia T-659 de 2014, en el *sub lite* se observa que se cumplen los requisitos para que el servicio de auxiliar de enfermería sea ordenado, a pesar de estar excluido del POS, pues “...(i) las condiciones médicas del accionante implican el requerimiento de un profesional para garantizar su integridad

y trato digno, (ii) dado el estado de incapacidad extrema del accionante, no existe otro servicio dentro del POS que pueda sustituir el requerido con las mismas condiciones de calidad y efectividad, (iii) la necesidad de la prestación del servicio es evidente dado su estado de salud, como se aprecia en la historia clínica, y (iv) las condiciones económicas del accionante le impiden pagar una enfermera que cuide de él por 12 horas al día... ”.

No obstante, es claro que no es posible acceder a las pretensiones en la forma solicitada en la demanda, esto es, la asistencia de una auxiliar durante las veinticuatro (24) horas del día, pues el servicio ordenado por los médicos tratantes solamente se requiere por doce (12) horas diarias, circunstancia que se aviene a la jurisprudencia, pues como se indicó en sentencia T-905 de 2014, en el que se analizó un caso en el cual los médicos prescribieron la asistencia de un auxiliar de enfermería para una paciente, durante el lapso de seis (6) horas diarias y no de veinticuatro (24), se decantó que “...atendiendo a la condición de salud de la agenciada, los cuidados no médicos podían ser asumidos por un familiar o por alguna persona capacitada para dichos efectos por el médico domiciliario. Sumado a lo anterior, el Consejo de Estado advirtió sobre el imperante deber de cuidado y auxilio que tiene la familia y, por ende, los hijos de la señora (...), de colaborar en los cuidados no médicos que se deriven de su condición...”, pronunciamiento que sirve como punto de referencia, para ordenar la asistencia en los términos ordenados por los médicos tratantes, pues son ellos quienes cuentan con los conocimientos necesarios para establecer no solo el tratamiento, sino el término de duración y de asistencia que requiere la paciente.

En este sentido, se ordenará la atención por parte de enfermera o auxiliar de enfermería en casa por doce horas diarias, por el término que los médicos tratantes prescribieron en la solicitud y justificación de medicamentos y tratamientos NO POS (f. 9), esto es, de carácter indefinido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

FALLA:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la dignidad humana, salud, vida digna e integridad personal de la señora Martha Cecilia Ávila González, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENASE a CAPRECOM EPS'S Territorial Boyacá, que en un término **no mayor a cuarenta y ocho (48) horas**, contadas a partir de la notificación del presente fallo, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, autorice y cubra los costos tendientes a brindar a la señora Martha Cecilia Ávila González, el servicio de auxiliar de enfermería por un lapso de doce (12) horas diarias, por el tiempo que la condición médica de la accionante lo requiera.

TERCERO: NOTIFÍQUESE la presente decisión en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: El presente fallo podrá ser impugnado, que de interponerse legítima y oportunamente se surtirá ante el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá.

QUINTO: En el evento de no ser objeto de impugnación esta decisión, remítase ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, dejándose las correspondientes constancias.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.


PATRICIA SALAMANCA GALLO
Juez