



Consejo Superior de la Judicatura

Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico

JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO MIXTO DE BARRANQUILLA

IMPUGNACIÓN TUTELA

RADICACIÓN No.: 08-001-4053-012-2023-00324-01

ACCIONANTE: GLADYS ELVIRA MOLINA DE LUNA CC 22.367.528

ACCIONADO: SALUD TOTAL E.P.S.

DERECHO: SEGURIDAD SOCIAL.

Barranquilla, tres (03) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a decidir acerca de la impugnación a que fue sometido el fallo de tutela de fecha primero (01) de junio de dos mil veintitrés (2.023), proferido por EL JUZGADO DOCE (12) CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor OMAR ENRIQUE LUNA MOLINA, actuando en calidad de Agente oficioso, de su señora madre GLADYS ELVIRA MOLINA DE LUNA CC 22.367.528, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, salud, seguridad social y dignidad humana por parte de la entidad SALUD TOTAL E.P.S.; y en el cual se concedió el amparo solicitado.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la parte accionante, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. Aduce que, su madre GLADYS ELVIRA MOLINA DE LUNA, es una persona adulta mayor con 79 años de edad, se encuentra a filiada ante el SGSSS, en la E.P.S SALUDTOTAL, régimen contributivo, anexa la consulta efectuada en ADRES, para efectos de probar estas afirmaciones, copia de la cédula de ciudadanía de su madre, y captura de pantalla, de la consulta ante el ADRES.
2. Que, padece de múltiples patologías, entre ellas: TRANSTORNOS DE ANSIEDAD GENERALIZADA, DEMENCIA VASCULAR, TRANSTORNOS MENTALES DE COMPORTAMIENTO SINDROME DE DEPENDENCIA, OTROS TRANSTORNOS MENTALES ESPECIFICADOS DEBIDO A LESION Y DISFUNCION CEREBRAL Y A ENFERMEDAD FÍSICA, DIABETES, AFECTACION DE HOMBRO, RODILLAS, CADERA, ARTROSIS, HIPERTENSION, valorados y determinados por el médico Psiquiatra Libardo Muñoz Martínez, y demás médicos tratantes, adscritos a la red prestadora de servicios de la EPS SALUD TOTAL, tal como se puede observar en el análisis y diagnóstico que le han efectuado dichos galenos, al momento de efectuarle todas las respectivas valoraciones, anexas en tutela.
3. Por sus múltiples patologías, y dificultad de movilidad, que le impiden ser trasladada a los centros médicos, IPS, o médicos tratantes externos, su madre viene siendo tratada en el programa de MEDICO EN CASA, a través de la IPS HOGARSALUD; dentro de lo cual al observar la médica del programa médico en casa, bajo su

experticia técnica médica científica, valoró y determinó y prescribió que a su madre GLADYS ELVIRA MOLINA DE LUNA, se le asignara una persona cuidadora en casa, por el termino de ocho (8) horas. días, tal como se puede observar en la HISTORIA CLÍNICA DE EVOLUCION Y ANEXOS, que se aportan en calidad de prueba de este hecho.

4. Que, acudió a SALUDTOTAL EPS, a efectos que procedieran a emitir la orden o autorización, para que la IPS enviara la cuidadora a prestar los servicios a su madre, y no ha sido posible, toda vez que han negado emitir esa autorización, que solo le han expresado que “eso no se autoriza, ni siquiera le puedo recibir esa orden médica, solo se dan por medio de tutelas”, lo cual es totalmente ilógico e inhumano que se emita una respuesta de ese carácter, frente a una persona mayor adulta que presenta un cuadro clínico de múltiples patologías.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, la accionante pretende que se le amparen sus derechos depuestos y por consiguiente que *“...Una vez protegidos los derechos a mi madre GLADYS ELVIRA MOLINA DE LUNA, solicito se ordene al representante legal de EPS SALUDTOTAL, que proceda dentro del término de 48 horas, a ordenar o autorizar el servicio de cuidadora en casa o domiciliaria, por ocho (8) horas diarias, tal como se lo ordenó la médica tratante...”*

IV. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela se avocó el diecisiete (17) de mayo dos mil veintitrés (2023), por el JUZGADO DOCE (12) CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA, ordenó la notificación de la accionada y la vinculación de IPS HOGAR SALUD, para que se pronunciaran sobre los hechos relatados en el escrito de tutela.

SALUD TOTAL E.P.S., a través de YOLIMA RODRIGUEZ HINCAPIE, en su calidad de Representante Legal de SALUD TOTAL EPS-S S.A., rindió informe manifestando que: *“...SALUD TOTAL EPS-S S.A., se OPONE a las pretensiones de la acción de tutela que nos ocupa, no por capricho de la EPS-S, sino porque claramente lo solicitado no hace parte del Plan de Beneficios en Salud, razón por la cual no le corresponde solventar a mi representada lo pedido, precisamente por ser una tecnología excluida por el MINISTERIO DE SALUD que no está contemplada dentro del formato MIPRES, razón por la cual le corresponde al accionante o a su familia solventar dicho insumo, en virtud del principio de solidaridad familiar. Así mismo, téngase en cuenta que es IMPROCEDENTE que a esta EPS-S se le solicite el suministro de CUIDADOR, ya que esto sería condicionar a una entidad a cumplir con lo que le corresponde a los padres y núcleo más cercano, siendo servicios que no obedecen a una prestación en salud y que por el contrario buscan descentralizar y subrogar la responsabilidad de los padres en torno a sus hijos, en razón a que esto obedecería a desviar los recursos del sistema en pretensiones caprichosas, quienes buscar llevar a su dependencia judicial a que se incurra en un yerro, ya que la menor cuenta con RED de apoyo familiar. Una vez somos notificados de la presente acción de tutela, procedimos a realizar una auditoría del caso a través de nuestro EQUIPO MEDICO JURÍDICO en aras de dar mayor claridad al Despacho y ejercer nuestro derecho de defensa en debida forma; las resultados de dicho*

estudio nos permiten informar: Se realiza verificación completa y auditoria de la historia clínica en nuestra base de datos encontrando que a la protegida GLADYS ELVIRA MOLINA DE LUNA, ha recibido la atención integral por parte de los médicos tratantes de manera ADECUADA, OPORTUNA y PERTINENTE, en donde se le han brindado todas las atenciones que han requerido desde que inició su afiliación, bajo el criterio médico científico y de acuerdo a los parámetros establecidos en la Lex-Artis; sin que se hayan presentado barreras en el acceso a la salud, ya que todas las autorizaciones se les han venido generando sin trabas ni demoras. Y no terminaríamos de relacionar TODAS y cada una de las AUTORIZACIONES que hemos generado, porque ante todo somos el asegurador garante de la prestación de servicio que requiere nuestro afiliado protegido. Frente a esta solicitud le manifestamos que NO es procedente, ya que no hace parte de los servicios en salud. Frente al servicio de "Acompañante- Cuidador", el Ministerio expidió la Resolución 5928 del 30 de noviembre de 2016, mediante la que estableció los requisitos que deberán observar las entidades recobrantes como es lo propio de las EPS con miras a que se les efectúe el reconocimiento y pago del servicio que por tal concepto haya sido ordenado por fallo de tutela, resolución en la que sea del caso anotar, se dejó puntualmente establecido que se trata de un "servicio excepcional financiado con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud" y que al tenor del artículo 3º define que se entiende por cuidador así: (...) En resumen, el principio de solidaridad atribuye a los miembros de una sociedad el deber de ayudar, proteger y socorrer a sus parientes cuando se trata del goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Deber que a su vez contiene un mayor grado de fuerza y compromiso cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, debido a los padecimientos propios de su edad o a las enfermedades que los agobian, y que por tanto no están en capacidad de proveer su propio cuidado, requiriendo de alguien más que les brinde dicho cuidado permanente y principal, lo cual, al no constituir una prestación de salud, no puede ser una carga trasladada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues ello en principio constituye una función familiar, y subsidiariamente un deber en cabeza de la sociedad y el Estado, quienes deberán concurrir a su ayuda y protección cuando la competencia familiar sea de imposible observancia. Cabe mencionar que SALUD TOTAL EPS-S S.A., continuará prestando toda la atención médica que la protegida necesite para el tratamiento de su patología tales como exámenes, terapias, suministro de medicamentos y en general la atención que sus casos requieran y que no han sido negados por esta EPS-S, ya que la Entidad que represento siempre está en procura del bienestar de sus usuarios, autorizando los servicios que se encuentren dentro del Plan de Beneficios en Salud y aquellos que sin estar incluidos en el PBS se demuestra efectivamente por los médicos tratantes que cumplen con las condiciones determinadas por el Gobierno Nacional para ser aprobadas por medio de la plataforma MIPRES, según sea el caso. Dado lo anterior, solicitamos al Despacho se sirva DENEGAR la presente tutela, de acuerdo a lo arriba expuesto, estando por consiguiente frente a una clara inexistencia de vulneración de derechos fundamentales..."

INDUSTRIAS GENIO S.A.S., a pesar de ser debidamente notificada por el despacho de primera instancia no respondió a los hechos de tutela.

Posterior a ello, el primero (01) de junio de dos mil veintitrés (2.023), se profirió fallo de tutela, amparando los derechos depuestos, por lo que fue impugnada y por reparto correspondió su conocimiento a esta agencia judicial.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo proferido el día primero (01) de junio de dos mil veintitrés (2.023), por EL JUZGADO DOCE (12) CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA, decidió amparar los derechos depuestos por la parte accionante, en ocasión a que: *“... En este orden de ideas, el hecho de que aquello que disponga el médico tratante no esté incluido en el conjunto del denominado P. O. S. no lleva de forma necesaria a que la persona se le vea privada de lo requerido para la atención y tratamiento de su condición médica. En presencia de los mencionados presupuestos, se activa la protección constitucional de los servicios o medicamentos que, aunque descartadas del P. O. S., son indispensables para salvaguardar el ejercicio del derecho a la salud y una subsistencia en condiciones dignas, siendo un sujeto de especial protección constitucional. Ahora bien, respecto de la exigencia, según la cual el usuario del servicio de salud debe hallarse en imposibilidad económica de proveerse por sí mismo la prestación que requiere, la Corte ha establecido algunas pautas que permiten llegar a la conclusión de la persona verdaderamente se halla en esa situación, como en el caso presente, donde la actora cuenta con 79 años de edad, y cotiza para el servicio de salud en seguridad social. Con fundamento en lo anterior, se ampararán los derechos a la SALUD y VIDA DIGNA, que solicita la parte actora, bajo los lineamientos de T- 760-2008, T- 061 -2019 M.P. Alejandro Linares Cantillo, dado que la actora posee diagnóstico múltiple, diagnosticada por médico tratante adscrito a la accionada. En consecuencia, se ordenará a EPS SALUDTOTAL, que proceda tramitar a través del Comité Técnico Científico, la valoración médica que requiera, sobre la situación médica actual, en la que deberá participar su médico tratante, y se determine mediante la valoración técnica, científica y oportuna, si la paciente requiere con necesidad éstos servicios de ATENCIÓN MÉDICA DOMICILIARIA, ENFERMERA o CUIDADOR por 8 horas, y mediante el Comité Técnico se decida sobre la realización de la misma, en aras de amparar sus derechos fundamentales, y en caso de que la valoración del especialista determine que el suministro es necesario, y su prestación está excluido del P. O. S., la entidad no podrá sustraerse al cumplimiento de lo ordenado, pudiendo repetir en los términos de ley siempre y cuando dicho medicamento, insumos y/o servicios no se encuentren incluidos en el POS, contra el Estado, Ministerio de Salud, Fondo de Solidaridad y garantía de su-cuenta “Promoción Salud”, ADRES, por tanto, se ampararán sus derechos fundamentales en aras de no constituir barreras en los servicios que requiere y le han sido diagnosticados por la accionada EPS. ...”*

VI. IMPUGNACIÓN

La accionada SALUD TOTAL E.P.S., sostuvo en el escrito de impugnación que: *“...El sentenciador nos ordena la realización de Comité Técnico Científico; sin tener en cuenta el CTC (comité técnico científico); Son aquellos órganos de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), del régimen contributivo y subsidiado, así como de las Entidades Obligadas a Compensar (EOC), encargados de (i) analizar las solicitudes presentadas por los médicos tratantes para el suministro de medicamentos y tecnología por fuera del listado correspondiente al plan de beneficios en salud, regulada en su momento por la resolución NUMERO 5061 DE 1997. Por la cual se reglamentan los Comités Técnico Científicos dentro de la Entidades Promotoras de Salud, Administradoras del Régimen Subsidiado e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, y se dictan otras disposiciones; Siendo así esta resolución fue derogada posteriormente por la RESOLUCIÓN 1885 2018, en la cual se establece la herramienta MIPRES: la cual es una herramienta*

tecnológica que implementa el Ministerio de Salud y Protección Social para garantizar el acceso, reporte de prescripción, suministro verificación, control, pago y análisis de la información de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC1 y servicios complementarios. Por otra parte, al interior de las IPS se maneja el concepto de JUNTA MÉDICA, Entiéndase por junta médica, la interconsulta o la asesoría solicitada por el médico tratante a uno o más profesionales teniendo en cuenta las condiciones clínico-patológicas del paciente, y así determinar lo más conveniente para este, esto de acuerdo con lo establecido por el ministerio de salud mediante el Decreto 3380 de 1981. ...”

VII. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿La entidad accionada SALUD TOTAL E.P.S., ha vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, salud, seguridad social y dignidad humana de la señora GLADYS ELVIRA MOLINA DE LUNA, al no acceder al suministro de un cuidador?

¿Se encuentran reunidos los presupuestos jurídicos- facticos para modificar la sentencia proferida a fin de garantizar los supuestos el cumplimiento de la orden judicial estimatoria?

VIII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, por ser superior funcional del a-quo, este juzgado resulta competente para conocer de la impugnación al fallo de tutela en referencia.

IX. NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 48, 86 de la Constitución Política; Decreto 2591 de 1992, Declaración Americana de los Derechos de la Persona, Decreto 780 de 2016, Ley 1562 de 2015; sentencias C-1002 de 2004, T-777 de 2009, T400-2017, T-160A-2019, T-076-2019, entre otras.

X. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

El Estado colombiano, al ser un Estado Social de Derecho, cuenta con la obligación de asegurar la eficacia de los principios y derechos que se encuentran inmersos en la Carta Política. Este deber no solo se dirige a evitar la vulneración de derechos, sino también a tomar todas las medidas pertinentes que permitan la efectiva materialización y ejercicio de los mismos.

El derecho a la seguridad social *“surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos subjetivos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo”*.¹

De la lectura del artículo 48 de la Constitución Política, se logra inferir, que el derecho a la seguridad social denota una doble acepción. En primer lugar, como un *“servicio público de carácter obligatorio”* el cual su dirección, coordinación y control, estará a cargo del Estado, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y, en segundo lugar, como un derecho irrenunciable, garantizado a todos los habitantes del Estado.

El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona, establece que:

“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilidad física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.”

En Sentencia T-777 de 2009 la Corte Constitucional, determinó los objetivos de la seguridad social, en los siguientes términos:

¹ Sentencia T- 690 de 2014

“Los objetivos de la seguridad social que deben comprender a todo el conglomerado social, guardan necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales, promover las condiciones para una igualdad real y efectiva, adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político, donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación.”

La importancia de este derecho se basa en el *“principio de la dignidad humana y en la satisfacción real de los derechos humanos”*, puesto que las personas podrán asumir las situaciones difíciles que obstaculizan el desarrollo de actividades laborales y la recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos.

DERECHO A LA SALUD

En primer lugar, el artículo 49 de la Constitución se encuentra consagrada la obligación que recae sobre el Estado de garantizar a todas las personas el acceso a la salud, así como de organizar, dirigir, reglamentar y establecer los medios para asegurar a todas las personas su protección y recuperación. De ahí su doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y por otro, un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela.

Al efecto, la Corte, en sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, con M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud.”

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud, 1751 de 2015, claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho. En la sentencia C-313 de 2014 al respecto se dijo:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial

obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”

De este modo, la salvaguarda del derecho fundamental de la salud debe otorgarse de conformidad con los principios contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993 en los que se consagran como principios rectores y características del sistema, entre otros, accesibilidad, solidaridad, continuidad, libre escogencia, universalidad y obligatoriedad.

SU CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS.

En lo concerniente a la salud y su amplio alcance, en la sentencia T-659 de 2003 la Corte estimó que este no sólo tiene que ver con el estado de bienestar físico o funcional, sino también con el psicológico, emocional y social de una persona; ya que son todos esos aspectos los que viabilizan el desarrollo de una vida de calidad y también tienen incidencia en el desarrollo integral del ser humano. Por lo anterior, dicha corporación ha considerado que una decisión que afecte tanto el ámbito funcional como el psicológico, emocional y social sería vulneradora de los derechos fundamentales de la persona, tales como el de la integridad física, moral y psíquica y a una vida digna.

Ahora bien, la Corte también ha desarrollado un concepto amplio del derecho a la vida, pues ha considerado que este no sólo implica “la mera subsistencia biológica”, sino también “el reconocimiento y la búsqueda de una existencia digna.”²

En ese mismo sentido, se enfatizó en que el derecho a la vida digna “se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna”.³

De lo anterior y teniendo en consideración que el derecho fundamental a la vida ha sido consagrado y garantizado en el preámbulo y los artículos 1, 2 y 11 de la Constitución Política, se puede afirmar que éste no hace referencia exclusivamente a la existencia material, sino también a la posibilidad de ésta sea desarrollada de forma digna.

De este modo, la Corte ha hecho especial énfasis en la importancia que tiene que tanto la reglamentación como la aplicación del Plan de Beneficios en Salud no desconozcan los derechos fundamentales de las personas; situación que podría presentarse en los casos en que una entidad prestadora del servicio de salud hace una interpretación restrictiva de la reglamentación del Plan o cuando se abstiene de autorizar y practicar un procedimiento quirúrgico que tiene la capacidad de afectar directamente la dignidad o vida misma del paciente, argumentando indebidamente que se trata de una intervención excluida del Plan de Salud. Así, cuando una persona instaura una acción de tutela encaminada a lograr su

² Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

³ Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, reiterando la sentencia T-076 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-956 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, entre muchas otras

recuperación física y emocional, psicológica o mental, producto de un padecimiento por una afección física, aquella actuación también busca lograr la protección de sus derechos a la integridad personal y a una vida digna.⁴

De allí que pueda colegirse que la salud no sólo involucra el tener un estado de bienestar físico o funcional, pues también debe comprender un bienestar psíquico, emocional y social. Ello, toda vez que todos esos elementos permiten proporcionarle a una persona el desarrollo de su vida en condiciones dignas y de calidad. Es por esto que *“tanto el Estado como los particulares que intervienen en la prestación del servicio público de salud desconocen el derecho constitucional a la salud cuando adoptan una medida que no solo afecta el bienestar físico o funcional de las personas, sino que se proyecta de modo negativo en su bienestar psíquico, social y emocional.”*⁵

TRATAMIENTO INTEGRAL EN SALUD.

En virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, *“(...) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”*. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias.

Al mismo tiempo ha señalado la Corte Constitucional que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes.

Así, cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS encargada la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el médico tratante prescriba para que el paciente restablezca su salud y mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constante de acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ADULTOS MAYORES.

Los adultos mayores son un grupo vulnerable, por ello han sido catalogados como sujetos de especial protección constitucional en múltiples sentencias de esta Corporación. Desde el punto de vista teórico, esto puede obedecer a los tipos de opresión, maltrato o abandono a los que puede llegar a estar sometida la población mayor, dadas las condiciones, físicas, económicas o sociológicas, que la diferencian de los otros tipos de colectivos o sujetos.

La Constitución Política en sus artículos 13° y 46°, contempla la especial protección del Estado y la sociedad a las personas mayores, de acuerdo con el principio de solidaridad y los preceptos del Estado Social de Derecho que inspiran el ordenamiento superior. En especial, el artículo 46° pone en cabeza de las familias, la sociedad y el Estado mismo unos deberes de protección y asistencia en favor de los adultos mayores, que conlleven su integración en la vida comunitaria. Dicho precepto constitucional indica que:

“El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. | El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.”

En razón de tal disposición constitucional, la Corte Constitucional indicó en la sentencia C-503 de 2014 que *“el Estado debe propender por el cuidado de la vejez como parte del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales. Ello por cuanto a pesar de existir un especial deber de solidaridad en cabeza de la familia, el artículo 46 habla de una responsabilidad concurrente, y por tanto, el Estado no sólo puede sino que debe contar con una política pública de cuidado, protección e integración del adulto mayor, y adoptar las respectivas medidas para implementarlas”*.

LA ACCIÓN DE TUTELA Y EL CUBRIMIENTO DE SERVICIOS E INSUMOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (HOY PLAN DE BENEFICIOS).

En relación con el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), la Corte Constitucional, ha precisado⁶ que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.

⁶ Sentencias T-034 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-017 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Así, el efecto real de tales restricciones se traduce en la necesidad de que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinen a la satisfacción de los asuntos que resultan prioritarios, bajo el entendido de que progresivamente las personas deben disfrutar del nivel más alto posible de atención integral en salud. Bajo este supuesto, la Corte ha admitido que el PBS esté delimitado por las prioridades fijadas por los órganos competentes y así ha negado tutelas, que pretenden el reconocimiento de un servicio excluido del PBS, en la medida que dicha exclusión no atente contra los derechos fundamentales del interesado.

Con todo, las autoridades judiciales constantemente enfrentan el reto de resolver peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o procedimiento excluido del PBS. Este desafío consiste en determinar cuáles de esos reclamos ameritan la intervención del juez constitucional, es decir, en qué casos la entrega de un medicamento que está por fuera del plan de cubrimiento, y cuyo reconocimiento afecta el principio de estabilidad financiera del sistema de salud, es imperiosa a la luz de los principios de eficacia, universalidad e integralidad del derecho a la salud.

Por lo anterior, como lo resaltó la Sentencia T-017 de 2013⁷, de lo que se trata es de determinar en qué condiciones la negativa a suministrar una prestación por fuera del PBS afecta de manera decisiva el derecho a la salud de una persona, en sus dimensiones físicas, mentales o afectivas.

Para facilitar la labor de los jueces, la Sentencia T-760 de 2008⁸, resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurran las siguientes condiciones:

“(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”.

De hecho, esta sentencia puntualiza, además, que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el PBS, en un caso específico, no implica per se la modificación del Plan de Beneficios en Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que exista un goce efectivo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas.

⁷ Sentencia T-017 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del PBS, continuarán excluidos y su suministro sólo será autorizado en casos excepcionales, cuando el paciente cumpla con las condiciones anteriormente descritas. Esto, sin que eventualmente el órgano regulador incluya ese medicamento o servicio dentro del plan de beneficios.

Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección. Así, existen circunstancias en las que a pesar de no existir órdenes médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el PBS, en razón a que la patología que padece el actor es un hecho notorio del cual se desprende que su existencia es indigna, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece.

CASO OBJETO DE ESTUDIO

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que la señora GLADYS ELVIRA MOLINA DE LUNA, actuando a través de agente oficioso, inicio acción de tutela, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, salud, seguridad social y dignidad humana por parte de la entidad SALUD TOTAL E.P.S.

Lo anterior, en ocasión a que indica que, he presentado ante las oficinas de autorizaciones de SALUD TOTAL E.P.S., a efectos que procedieran a emitir la correspondiente orden o autorización, para que la IPS enviara una cuidadora por ocho (08) horas para prestar los servicios de salud a mi madre, y no ha sido posible, toda vez que han negado emitir esa autorización, y solo me han expresado que *“eso no se autoriza, ni siquiera le puedo recibir esa orden médica, solo se dan por medio de tutelas”*, lo cual es totalmente ilógico e inhumano que se emita una respuesta de ese carácter, frente a una persona mayor adulta que presenta un cuadro clínico de múltiples patologías.

Sin embargo, en razón a los ordenamientos de la referencia y a la negativa de SALUD TOTAL E.P.S. en asignar un prestador competente que suministrara la atención en casa, en consecuencia, no podían proceder a su autorización y asignación de prestador debidamente habilitado para suministrar los servicios, negando la atención en salud ocasionando una clara barrera de acceso a los servicios de salud de los cuales su madre tiene derecho.

Al respecto, SALUD TOTAL E.P.S., señaló en su informe con relación a los servicios que, en el caso de la paciente GLADYS ELVIRA MOLINA DE LUNA, se ha venido suministrando una atención médica adecuada, oportuna, pertinente y con el máximo apego a los protocolos médicos, poniendo nuestro mejor esfuerzo en el restablecimiento de la salud de nuestro paciente, así lo demuestran los registros de historia Clínica, que nos permitimos aportar con este instrumento, en los cuales se da fe el tratamiento oportuno y diligente que se ha suministrado por parte de nuestro equipo de salud,

conformado por diversos especialistas con la plena capacidad e idoneidad para tratar los diagnósticos que ocasionan su manejo interinstitucional.

Es preciso manifestar que las pretensiones que motivaron la demanda de tutela, no son de injerencia por parte de, señalando que el único encargado de autorizar los tratamientos que sean definidos a la paciente, solicitando entonces, la DESVINCULACION del trámite constitucional de la referencia, indicando que su representada no ha dejado de proporcionar servicios médicos que han sido requeridos por la agenciada, suministrando una atención oportuna, diligente y pertinente, alejados de vulneraciones a los derechos fundamentales, por lo que reiteramos nuestra petición para que frente a SALUD TOTAL E.P.S., la presente acción de amparo, sea DENEGADA EN SU TOTALIDAD.

Así mismo, indica SALUD TOTAL E.P.S., solicita no acceder a las pretensiones de la parte de la accionante declarando la improcedencia de la acción de tutela contra SALUD TOTAL E.P.S., toda vez que la solicitud es importante indicar al despacho que lo solicitado no está contenido en las coberturas del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC. El PBS procura dar cobertura a los servicios y tecnologías necesarios para la protección efectiva del derecho a la salud y excluye de forma expresa aquellos a los que les aplicaron los criterios establecidos en la norma en mención.

Por otra parte, si bien la accionante en calidad de representación de su madre, no especificó que no cuenta con los medios económicos para sufragar los gastos que genera PLAN DE ATENCIÓN DOMICILIARIA con cuidador y/o enfermera EN CASA 08 HORAS ordenados por el médico tratante; la entidad encartada, sostuvo que, se encuentra en el régimen contributivo y por tal razón, se encuentra en capacidad para adquirir dicho plan, al respecto, no puede perder de vista esta agencia judicial, que nos encontramos frente a una persona de la tercera edad, la cual es sujeto de especial protección constitucional y que es un hecho cierto y notorio, que con la edad que esta posee, las personas sufren una serie de quebrantos en su salud, que ameritan un tratamiento especial, tanto en cuidados físicos, como emocionales, incluyendo la alimentación, y otros aspectos, por lo que no se considera como ingresos excesivos el dinero devengado, y por el contrario es una suma, manejable, empero, la entidad encartada que tiene la obligación de desvirtuar la presunta incapacidad económica, no aportó prueba alguna en medio de este trámite tutelar.

Ahora bien, al observar las pruebas aportadas por las partes en este trámite tutelar, se tiene que la señora GLADYS ELVIRA MOLINA DE LUNA, es una persona de la tercera edad, debido a que cuenta con 79 años, como se prueba, a través, de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio seis (06) del escrito de tutela, además de ello, según lo expuesto en la historia clínica, se encuentra diagnosticada con: TRANSTORNOS DE ANSIEDAD GENERALIZADA, DEMENCIA VASCULAR, TRANSTORNOS MENTALES DE COMPORTAMIENTO SINDROME DE DEPENDENCIA, OTROS TRANSTORNOS MENTALES ESPECIFICADOS DEBIDO A

LESION Y DISFUNCION CEREBRAL Y A ENFERMEDAD FÍSICA, DIABETES, AFECTACION DE HOMBRO, RODILLAS, CADERA, ARTROSIS, HIPERTENSION.

Puntualizando en el tratamiento integral, la Corte Constitucional en sentencias T307 de 2007, T-016 de 2007 y en la T- 081- 2019, precisó las subreglas del tratamiento integral en materia de salud, de la siguiente manera:

“Tratamiento integral en salud. En virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, “(...) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias.

Al mismo tiempo ha señalado la Corte que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes.”

En el presente caso, la EPS, en la atención médica del adulto mayor GLADYS ELVIRA MOLINA DE LUNA, al ser un paciente con diagnóstico de TRANSTORNOS DE ANSIEDAD GENERALIZADA, DEMENCIA VASCULAR, TRANSTORNOS MENTALES DE COMPORTAMIENTO SÍNDROME DE DEPENDENCIA, OTROS TRANSTORNOS MENTALES ESPECIFICADOS DEBIDO A LESIÓN Y DISFUNCIÓN CEREBRAL Y A ENFERMEDAD FÍSICA, DIABETES, AFECTACIÓN DE HOMBRO, RODILLAS, CADERA, ARTROSIS, HIPERTENSIÓN, en atención a las múltiples patologías que padece, al que no se le podría brindar una atención médica oportuna, evidenciada en las negaciones a las autorizaciones en los servicios para garantizar su atención médica, lo que avizora que la paciente necesita la intervención del juez constitucional para que se le proporcione el tratamiento que requiera, teniendo en cuenta la condición que padece y con esto brindarle una calidad de vida, pese a las dificultades que de por sí ya tiene.

Ahora bien, en su escrito de impugnación la entidad encartada indico que “...El sentenciador nos ordena la realización de Comité Técnico Científico; sin tener en cuenta el CTC (comité técnico científico); Son aquellos órganos de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), del

régimen contributivo y subsidiado, así como de las Entidades Obligadas a Compensar (EOC), encargados de (i) analizar las solicitudes presentadas por los médicos tratantes para el suministro de medicamentos y tecnología por fuera del listado correspondiente al plan de beneficios en salud, regulada en su momento por la resolución NUMERO 5061 DE 1997. Por la cual se reglamentan los Comités Técnico Científicos dentro de la Entidades Promotoras de Salud, Administradoras del Régimen Subsidiado e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, y se dictan otras disposiciones; Siendo así esta resolución fue derogada posteriormente por la RESOLUCIÓN 1885 2018, en la cual se establece la herramienta MIPRES: la cual es una herramienta tecnológica que implementa el Ministerio de Salud y Protección Social para garantizar el acceso, reporte de prescripción, suministro verificación, control, pago y análisis de la información de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC1 y servicios complementarios. Por otra parte, al interior de las IPS se maneja el concepto de JUNTA MÉDICA, Entiéndase por junta médica, la interconsulta o la asesoría solicitada por el médico tratante a uno o más profesionales teniendo en cuenta las condiciones clínico-patológicas del paciente, y así determinar lo más conveniente para este, esto de acuerdo con lo establecido por el ministerio de salud mediante el Decreto 3380 de 1981...”

Estudiada la orden y teniendo como referente las pruebas recaudadas se advierte que se vulnera el derecho al diagnóstico, por ende a un tratamiento adecuado, en el caso particular, a acceder a cuidados paliativos para mejorar la calidad de vida de la paciente.

El contenido de la Resolución 1885 de 2018, define la Junta de Profesionales de la Salud: grupo de profesionales de la salud, los cuales se reúnen para analizar la pertinencia y la necesidad de utilizar una tecnología en salud o servicio complementario de soporte nutricional ambulatorio o medicamento incluido en el listado temporal de usos no incluidos en registro sanitario, prescritos por el profesional de la salud, es este el órgano llamado a cumplir la orden emitida.

Es imperativo modificar la orden impartida para cesar la vulneración o amenazas del derecho fundamental de una persona que ha reclamado su protección, para asegurar el goce efectivo del derecho invocado.

En suma, este despacho judicial modificará la decisión adoptada en primera instancia en su defecto y amparará de manera integral los derechos del adulto mayor.

XI. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de los hechos y argumentaciones esbozadas anteriormente, procederá el juzgado ha amparar los derechos depuestos por la parte accionante, en consideración a que, al no emitir las autorizaciones requerida, se coloca en riesgo la salud del adulto mayor, el cual requiere un tratamiento integral derivado de la condición médica que padece.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito Mixto de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CONFIRMAR los numerales primero, tercero y cuarto de la sentencia calendada primero (01) de junio de dos mil veintitrés (2.023), emitida por el JUZGADO DOCE (12) CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por OMAR ENRIQUE LUNA MOLINA, actuando calidad de Agente oficioso, de su señora madre GLADYS ELVIRA MOLINA DE LUNA CC 22.367.528, contra SALUD TOTAL E.P.S.
2. MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primero (01) de junio de dos mil veintitrés (2.023), EL JUZGADO DOCE (12) CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por OMAR ENRIQUE LUNA MOLINA, actuando calidad de Agente oficioso, de su señora madre GLADYS ELVIRA MOLINA DE LUNA CC 22.367.528, contra SALUD TOTAL E.P.S., el cual quedara así:

2-En consecuencia, se ordenará al Representante legal y/o quien haga sus veces de la EPS SALUDTOTAL, para que proceda a tramitar mediante valoración de junta médica, que requiera el paciente, se sirva ORDENAR y/o autorizar y/o programar, dentro de los cinco (5) días siguientes, la valoración sobre la situación de salud de la señora GLADYS ELVIRA MOLINA DE LUNA, en la que deberá participar su médico tratante, y se determine mediante la valoración técnica, científica y oportuna, del especialista adscrito, si la paciente requiere con necesidad, servicios de CUIDADORA EN CASA O DOMICILIARIA, POR OCHO (8) HORAS DIARIAS, de acuerdo a lo diagnosticado y/o estipulado por especialistas tratantes, para su tratamiento, en aras de amparar sus derechos fundamentales; Y en caso de que la valoración del especialista determine que el suministro invocado es necesario, y la prestación requerida está excluida del P. O. S., la entidad EPS, no podrá sustraerse al cumplimiento de lo ordenado, pudiendo repetir en los términos de ley siempre y cuando dicho medicamento, insumos y/o servicios no se encuentren incluidos en el POS, contra el Estado, Ministerio de Salud, Fondo de Solidaridad y garantía de su-cuenta "Promoción Salud", ADRES, a objeto de cumplir con el diagnóstico que requiere y que le fueron diagnosticados, al actor por la accionada, siendo éste sujeto de especial protección constitucional, por tanto, se ampararán sus derechos fundamentales en aras de no constituir barreras en los servicios que requiere y le han sido diagnosticados por la accionada EPS, así las cosas, la tutela surge imperiosa para proteger los derechos fundamentales del accionante..."

3. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
4. ENVÍESE a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Lineth Margaritha Corzo Coba

LINETH MARGARITA CORZO COBA

JUEZA