



ACCIÓN DE TUTELA

Rad. 08001405301420200040402

ACCIONANTE: ADRIANA BERNARDA GARCIA ESCANDAR, actuando como agente oficioso de su señora madre **ELVIRA ESKANDAR DE GARCIA**

ACCIONADO: SANITAS E.P.S

JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO. BARRANQUILLA, MARZO CINCO (05) DEL DOS MIL VEINTIUNO (2021).

ASUNTO A TRATAR

Dentro del término previsto procede el despacho a decidir la impugnación impetrada por **SANITAS E.P.S.** contra el fallo de primera instancia de fecha veintisiete (27) de noviembre de Dos Mil Veinte (2020), proferido por el JUZGADO CATORCE CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela presentada por la señora **ADRIANA BERNARDA GARCIA ESCANDAR**, actuando como agente oficioso de su señora madre **ELVIRA ESKANDAR DE GARCIA**, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al **DERECHO A LA SALUD EN CONEXIDAD CON LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA VIDA, A LA IGUALDAD y DIGNIDAD HUMANA.**

ANTECEDENTES

La accionante expresa como fundamento de la presente acción constitucional, los hechos que se resumen a continuación:

“1. La señora **ELVIRA ESKANDAR DE GARCIA**, de 86 años de edad, se encuentra afiliada actualmente a la entidad **SANITAS E.P.S** en calidad de **COTIZANTE**.

“2. La paciente **ELVIRA ESKANDAR DE GARCIA** presenta antecedentes de secuelas de **ACV ISQUEMICO**, enfermedad cerebral, multiinfarto y otros, secuelas de fractura de cadera derecha, hipertensión arterial, hipotiroidismo, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, no camina, no controla tronco, no controla esfínteres, alimentación enteral por sonda gástrica funcional, paciente epoc, arritmias cardíacas, requiere de uso de oxígeno, la administración continua de medicamentos y alimentación parenteral, pérdida de visión del ojo derecho, hemiplejia derecha, por todo lo anterior se le debe cambiar de posiciones diferentes con el fin de evitar la aparición de escaras y daños en su piel.

“3. La paciente **ELVIRA ESKANDAR DE GARCIA** se encontraba afiliada a **MEDIMAS EPS**, sin embargo, para acatar decisión judicial, de acuerdo a la Resolución 2379/2020 fue asignada a **EPS SANITAS S.A.**, por lo que se ha hecho necesario realizar la visita médica inicial para llevar a cabo continuidad en el tratamiento, visita que fue realizada el día 10 de junio de 2020.

“4. Cabe señalar que, debido al cambio de **EPS**, la paciente señora **ELVIRA ESKANDAR DE GARCIA** fue ingresada según visita realizada el día 10 de junio de 2020 al **PLAN DE ATENCION DOMICILIARIA** de **Sanitas EPS** por la doctora **MARIA ALEJANDRA MALDONADO HERNANDEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No.1.045.670.462 bajo Registro Médico 1045670462.

“5. La señora **ELVIRA ESKANDAR DE GARCIA**, se encontraba gozando del derecho de **PLAN DE ATENCION DOMICILIARIO**, suministrada por **MEDIMAS EPS** lo cual incluía el servicio de enfermería las 24 horas del día, el cual se considera esencial para el respectivo cambio de posición, alimentación dependiente e ingesta de medicamentos por sonda gástrica, servicio el cual fue retirado por la médico autorizado para su atención, indicando

que no se requiere servicio de enfermería, lo cual es contradictorio al Diagnostico expuesto en el plan de visita y seguimiento médico, causando detrimento en la atención que requiere mi señora madre.

“6. La paciente cuenta con un apoyo secundario, señora YSEL PARRA persona de confianza, que permanece a cargo de sus cuidados relacionados con la preparación de alimentos y apoyo al personal de enfermería que se requiera, sin embargo, no cuenta con los conocimientos propios de una enfermera, cuidados que se hacen necesarios para evitar detrimento en la salud de la señora Elvira Eskandar de García.

“7. Es importante indicar que, con el cambio efectuado respecto a la entidad prestadora de salud, no ha habido una entrega razonable de las condiciones de la paciente, la cual quedo en el aire y por compromiso propio de las enfermeras salientes, hubo la necesidad de darles un auxilio de transporte para su desplazamiento, ya que se encuentran preocupadas por la paciente en mención y más debido al aislamiento social obligatorio por la pandemia del COVID-19.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El A-quo a través de sentencia de fecha veintisiete (27) de noviembre de 2020, tutea los derechos a la accionante y ORDENAR a la EPS SANITAS, que dentro del término de cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a realizar un Comité Técnico Científico a fin de que se determine el estado de salud de la petente ELVIRA ESKANDAR DE GARCIA atendiendo la historia clínica de los servicios prescritos y suministrados por la EPS anterior, a fin de que se refrende el servicio: Enfermera 24 horas a la Sra. ELVIRA ESKANDAR DE GARCIA, de conformidad a los hechos expuestos. Además, ORDENAR al ADRES que cubra el 100% de los gastos que ocasiona el costo de los gastos de la autorización de la Enfermera

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

La entidad accionada por medio de su gerente regional la señora MARÍA ROSA LACOUTURE PEÑALOZA impugna el fallo de tutela considerando que, EPS Sanitas S.A.S., ha realizado las gestiones necesarias para brindar todos y cada uno de los servicios médicos requeridos por la señora ELVIRA ESKANDAR DE GARCIA, de acuerdo a las coberturas del PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD, y brinda los servicios no cubiertos Plan de Beneficios en Salud que han sido ordenados y autorizados por el médico tratante o junta médica por medio de la plataforma web, de acuerdo con la documental que se aportó con la contestación de la acción de tutela. consideran importante resaltar que jamás han tenido intención alguna de incumplir con las obligaciones impuestas por la Ley y mucho menos han adelantado actuaciones que coloquen en riesgo los derechos fundamentales.

Sustentan el escrito de impugnación en una solicitud de adición que se le hace al juez de primera instancia para que adicione al numeral segundo lo siguiente: “Una vez finalizada la junta y en caso de que la junta determine la no pertinencia del servicio de enfermera, Eps Sanitas S.A.S., quedaría eximida de suministrar dicho servicio. Por otro lado, y de llegarse a determinar pertinencia de CUIDADOR EN SALUD, se debe suministrar de acuerdo la cantidad y periodicidad que indique su médico tratante, adscrito a la red y con orden vigente y así mismo podrá recobrase dicho servicio frente al ADRESS.”

Argumentando que el dictamen del médico tratante es necesario, pues si no se cuenta con él, no es posible que el juez de tutela, directamente, imparta la orden, así otros médicos lo hayan señalado, o estén dispuestos a hacerlo. De no provenir la prescripción del médico que ostente tal calidad, el juez de tutela no puede dar órdenes a la E.P.S., encaminadas a la realización de tratamientos QUE NO HAN SIDO ORDENADOS POR MÉDICO ALGUNO.

LA ACCIÓN DE TUTELA Y SU PROCEDENCIA

El artículo 86 de Nuestra Carta Política consagra: *“Que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quién actué a su nombre, la protección inmediata de los derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública...”*

Conjuntamente se tiene lo señalado por el decreto 2591 de 1991, en su artículo 10, donde se dicta 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. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”* (Subrayado fuera de texto)

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Problema jurídico.

Se trata en esta oportunidad de establecer si debe modificarse o no la sentencia de primera instancia proferida en fecha veintisiete (27) de noviembre de Dos Mil Veinte (2020), proferido por el JUZGADO CATORCE CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA, para lo cual deberá analizarse si en este caso hubo o no vulneración de los derechos fundamentales constitucionales atinentes al derecho a la salud en conexidad con la seguridad social, a la vida, a la igualdad y dignidad humana. Por parte de la E.P.S. SANITAS, y si es procedente decretar el amparo de dichos derechos.

Tomando como normativa principal lo establecido en la Constitución Política, norma de normas, se establece que el derecho a la vida es inviolable y con carácter fundamental, al igual que el derecho a la salud, declarado este último como fin declarado a garantizar por parte del estado, como Estado Social De Derecho; tal como lo indica el artículo 366 ibídem, *“El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.”* (Subrayado fuera de texto)

Por otro lado, dentro de los señalamientos de la Corte Constitucional en su sentencia T-243 de 2013, expresa que *“... en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela. Lo anterior sobre mayor importancia cuando se trata de sujetos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, como es el caso de los niños o de las personas de la tercera edad, puesto que, sumado a la prestación de un servicio de calidad y un tratamiento eficiente e integral para la enfermedad que se padezca, estos merecen una especial protección del Estado”.*

CASO CONCRETO.

Dado el caso la entidad accionada al descorrer el traslado de la tutela sostiene que la paciente ELVIRA ESKANDAR DE GARCIA, actualmente se encuentra activo en la EPS Sanitas S.A.S. y se le brindan los servicios médico asistenciales que ha requerido y que se encuentran dentro de las coberturas del PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD. Que se le ha brindado las prestaciones médico – asistenciales que ha requerido de acuerdo con su estado de salud, a través de un equipo multidisciplinario, y según las respectivas prescripciones emitidas por sus médicos tratantes.

Señalan que lo pretendido por la accionante es una enfermera 24 horas permanente para el cuidado de su madre es necesario aclarar que la cobertura del servicio de enfermería está dada sólo para el ámbito de la salud y no abarca recursos humanos con finalidad de

asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores o acompañantes. Lo que requiere la señora ELVIRA es la intervención de acompañante familiar para el cuidado de actividades básicas de la vida diaria.

La señora ELVIRA se encuentra en el programa de atención domiciliaria el cual proporciona la atención médica mensual y prioritaria. Coordina los servicios ordenados por médicos como terapias físicas, ocupacionales y/o del lenguaje, cambios de ostomias y curaciones que se requieran, toma de laboratorios clínicos. Traslado en el caso que sea necesario para cumplimiento de servicios ambulatorios, seguimiento por trabajo social cuando se requiere.

Sin embargo, la accionante manifiesta que, La señora ELVIRA ESKANDAR DE GARCIA, se encontraba gozando del derecho de PLAN DE ATENCION DOMICILIARIO, suministrada por MEDIMAS EPS lo cual incluía el servicio de enfermería las 24 horas del día, el cual se considera esencial para el respectivo cambio de posición, alimentación dependiente e ingesta de medicamentos por sonda gástrica, servicio el cual fue retirado por la médico adscrita a la EPS SANITAS S.A, autorizado para su atención, indicando que no se requiere servicio de enfermería, lo cual es contradictorio al Diagnostico expuesto en el plan de visita y seguimiento médico, causando detrimento en la atención que requiere su señora madre.

Es el caso que la parte accionante no presentó prueba alguna que acredite su dicho, es decir, que se le había reconocido el servicio de enfermería 24 horas por su anterior EPS, MEDIMAS. Acerca de la necesidad de respaldar las peticiones en tutela con el debido soporte probatorio, la Corte Constitucional en sentencia T 601 de 2009, nos dice:

“De esta forma, la libertad probatoria en sede de tutela es amplia, pero esto no significa que no exista una carga mínima de la prueba en cabeza de quien alega la vulneración de algún derecho fundamental, ya que las reglas probatorias generales aplican también para la acción de tutela. Es decir, si bien es cierto que basta al juez tener la convicción de la vulneración del derecho constitucional fundamental para ampararlo, también lo es que debe acreditarse en el expediente su transgresión, para que dicha protección constitucional se pueda obtener. Para ello el juez dispone, además, de amplios poderes oficiosos, los cuales a su turno también se encuentran limitados por la idoneidad en su utilización. Así, en principio, quien invoca un hecho tiene el deber de aportar los medios para convencer a la autoridad judicial de que en efecto ha sucedido o de aportar los elementos necesarios que sugieran razonablemente al juez la utilización idónea de sus poderes oficiosos en la prueba o le generen un convencimiento sobre la veracidad del mismo,”

En el mismo sentido es pronuncio el alto tribunal en la sentencia T 131 de 2007.- Ahora bien, ello no significa que la situación puesta de presente por la tutelante no amerite un reexamen. Sin duda alguna que se necesita un pronunciamiento de sus médicos tratantes para que determinen si debe haber lugar o no ha esa prestación. Por ello, como lo entendió la juez ad-quo, es necesario que se estudie la situación de la accionante por el cuerpo médico para que sean estos, en sus conocimientos médicos-científicos sobre el particular, dictaminen si hay lugar o no a la prestación pedida. Esto es desarrollo del denominado “Derecho al Diagnostico”, amparo por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que se ha pronunciado sobre el mismo en la sentencia T-020/2013 manifestando lo siguiente:

“Derecho al diagnóstico como componente integral del derecho a la salud.

La jurisprudencia constitucional ha entendido el derecho al diagnóstico como un aspecto integrante del derecho a la salud por cuanto es indispensable para lograr la recuperación definitiva ya que la salud “es un estado de completo bienestar físico, mental y social, el Estado debe implementar todas las políticas necesarias para procurar alcanzar dicha condición en cada ser humano[22]”.

En el mismo sentido la Corte Constitucional ha definido el derecho al diagnóstico como “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la

presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad[23]. Este derecho se encuentra conformado por los siguientes aspectos: “(i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles[24]”.

Entonces, corresponde a los profesionales de la salud ya sean del régimen subsidiado o contributivo, proferir un diagnóstico e implementar un plan de recuperación basado en tratamientos, medicamentos para que este nivel de salud encuentre su máximo nivel de disfrute.

En conclusión el derecho al diagnóstico es un aspecto integrante del derecho a la salud por cuanto es indispensable para lograr la recuperación definitiva de una enfermedad y por lo tanto el aplazamiento injustificado de la prestación del servicio de salud que requiere una persona para determinar su diagnóstico, le genera una prolongación del dolor e impide que una persona pueda vivir dignamente.”

En lo que no estamos de acuerdo con la jueza ad-quo, es que condicione el pronunciamiento de cuerpo médico, determinando que estos procedan a refrendar la orden por ella impartida sin tener pronunciamiento médico previo alguno. El fallo será modificado para que sean los médicos tratantes de la accionante, con la sola atadura de sus conocimientos y el examen de la paciente y su historia clínica, los que determinen si hay lugar o no a que se ordene la atención de enfermera 24 horas. -

El fallo también debe ser modificado, en cuanto a revocar la orden de recobro al ADRES, por las razones que pasan a darse.

Inicialmente, la entidad para tramitar los recobros presentados por parte de las EPS era el FOSYGA, en éste sentido resulta pertinente citar lo manifestado por la H. Corte Constitucional¹ en Sentencia T-786 de 30 de septiembre de 2010, Corporación que señaló lo siguiente:

“... el FOSYGA se crea como una subcuenta de compensación sobre la cual puede repetir las Entidades Prestadoras de Salud que asuman obligaciones que exceden las estipuladas contractual y legalmente. Por tanto, la posibilidad de recobro se encuentra supeditada a que las entidades obligadas a compensar estén en un escenario en el que la prestación requerida esté expresamente excluida del Plan Obligatorio de Salud.

(...)

Posteriormente, mediante el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, fue creada la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES, en reemplazo del FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA – FOSYGA, cuyas obligaciones y competencias pasaron a formar parte de la ADRES desde el día de su creación.

La ADRES es una entidad adscrita al Ministerio de Salud y de la Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, que comenzó sus operaciones el 1º de agosto de 2017.

¹ Corte Constitucional Sentencia T – 786 de 30 de septiembre de 2010. Magistrado Ponente LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Encuentra el despacho que la presentación y radicación de los recobros por tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios en Salud (PBS) por parte de las EPS, y de las reclamaciones por prestaciones de salud ocasionadas por accidentes de tránsito y eventos catastróficos y terroristas, por parte de las IPS, personas naturales y personas jurídicas con cargo al FOSYGA a partir del primero de agosto de 2017 quedaron a cargo de la ADRES.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 – PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2018 – 2022, se dispuso que los servicios de tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serían gestionados por las EPS, quienes los financiarían con cargo al techo ó presupuesto máximo que les transfiriera para tal efecto la ADRES, y se precisó, que las EPS considerarían la regulación de precios, aplicarían valores máximos por tecnologías o servicios que definiera el Ministerio de Salud, y remitirían la información que dicho ministerio requiriera, precisando que en ningún caso el cumplimiento del presupuesto máximo por parte de las EPS, debería afectar la prestación del servicio.

Dicha ley facultó al Ministerio de Salud para definir la metodología para establecer el techo ó presupuesto máximo anual por EPS, y considerará incentivos al uso eficiente de los recursos.

Por otra parte, la Ley 1966 de 2019 estableció que ningún caso la ADRES podría reconocer y pagar servicios y tecnologías en salud no financiadas con los recursos de la UPC, cuando éstos sean superiores a los techos máximos establecidos por el Ministerio de Salud y de la Protección Social a través de una metodología que tenga en cuenta los valores recobrados o cobrados y el establecimiento de incentivos con el fin de promover el uso eficiente de los recursos.

A través de la Resolución No. 205 de 2020, el Ministerio de Salud estableció disposiciones en relación con el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación – UPC y no excluidos de financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, y se adoptó la metodología para definir el presupuesto máximo.

Vale la pena recordar, que el presupuesto máximo transferido a cada EPS o EOC financiará los medicamentos, APME, procedimientos y servicios complementarios no UPC asociados a una condición de salud que se encuentren autorizadas por una autoridad competente y que no estén excluidos y cumplan ciertas condiciones.

Así mismo, el artículo 14 de la Resolución No. 205 de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y de la Protección Social estableció que la ADRES transfiriera a las EPS, EOC el 100% de los recursos del presupuesto máximo dentro de la vigencia fiscal respectiva, considerando los ajustes al presupuesto máximo según corresponda. Dicha transferencia debe realizarse de forma mensual y proporcional dentro de los 10 primeros días del respectivo mes.

En éste entendido, la Resolución No. 206 de 2020, fijó el presupuesto máximo a transferir a cada una de las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, y entidades obligadas a compensar para la vigencia 2020.

Entonces, resulta diáfano para el despacho que en la actualidad no opera la facultad de recobro, sino que a cada EPS se le otorga un presupuesto máximo limitado para atender el pago de servicios y las tecnologías no financiadas con UPC y el cubrimiento de los medicamentos para tratamientos de enfermedades huérfanas, presupuesto cuya metodología será definida por el Ministerio de Salud y de la Protección Social.

Por tal motivo este despacho modificará las órdenes impartidas en el fallo de tutela emitido por el JUZGADO CATORCE CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA, el veintisiete (27) de noviembre de 2020.

En consecuencia, con base a lo anterior EL JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE BARRANQUILLA, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el numeral 1° de la parte resolutive del fallo de primera instancia de fecha veintisiete (27) de noviembre de 2020 proferido por el Juzgado Catorce Civil Municipal De Barranquilla.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 2°, de la parte resolutive del fallo impugnado el cual quedará así:

“ORDENAR a la EPS SANITAS, que dentro del término de cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a realizar un Comité Técnico Científico a fin de que se determine el estado de salud de la tutelante ELVIRA ESKANDAR DE GARCIA atendiendo su condición de salud, la historia clínica de los servicios prescritos y suministrados por la EPS anterior MEDIMAS, y la historia clínica actual, a fin de que DETERMINE si la Sra. ELVIRA ESKANDAR DE GARCIA, debe contar con el servicio de ENFERMERIA 24 HORAS..

TERCERO: REVOCAR lo dispuesto en el numeral 3º.del fallo impugnado.

CUARTO. Notifíquese a las partes por el medio más expedito.

QUINTO: REMITIR la presente acción de tutela a la CORTE CONSTITUCIONAL, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.

Firmado Por:

**JAVIER VELASQUEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 004 CIVIL DEL CIRCUITO BARRANQUILLA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

593e71e3cbe0daf5c71ba641c43a7cd722aea8534a44dbdf5752e17dfe18dc73

Documento generado en 05/03/2021 07:57:37 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**