



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Tercero de Familia Oral de Barranquilla

RAD. 080013110003-2023-00262-00

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA

ACCIONANTE: ANA MATILDE PEREZ BARRETO

ACCIONADA: LA NUEVA E.P.S.

JUZGADO TERCERO DE FAMILIA ORAL DE BARRANQUILLA, JULIO DOCE (12) DE DOS MIL VEINTITRES (2023).

ANTECEDENTES

Procede el Despacho a resolver la presente acción de tutela instaurada por la señora ANA MATILDE PEREZ BARRETO en nombre propio contra LA NUEVA E.P.S.

La petente fundamenta su petición en los hechos que seguidamente se sintetizan,

HECHOS

Manifiesta la accionante ANA MATILDE PEREZ BARRETO que tiene 100 años de edad, diagnosticada con cáncer de piel, Alzheimer, hipertensión, hipotiroidismo, recibe su alimentación vía sonda gástrica, tiene laceraciones en el cuerpo producto de estar acostada todo el día y se encuentra vulnerable económicamente. El día 28 de Abril de 2022 estuvo hospitalizada en la Clínica General del Norte, actualmente está en su residencia atendida por sus hijas, quienes también tienen edades avanzadas. Asegura que solicitó a la NUEVA E.P.S. una cama hospitalaria especial, un ayudante que se encargue de su cuidado diariamente, guantes y cremas especiales para las escaras en la piel, y a la fecha dicha entidad no le responde. Que debido a su vulnerabilidad económica ella no puede asumir la compra de dichos insumos y la cama en la que está actualmente le fue prestada por unos vecinos, que están pidiendo su devolución. Por todo ello considera le están siendo vulnerados sus derechos fundamentales A LA SALUD, VIDA DIGNA E INTEGRIDAD PERSONAL.

PRETENSIONES

Atendiendo los supuestos fácticos antes anotados, la accionante solicitó



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Tercero de Familia Oral de Barranquilla

ordenar a la NUEVA E.P.S. que le suministre una cama especial hospitalaria para su óptimo cuidado, un ayudante o enfermero en casa, y guantes y cremas especiales para el cuidado de su piel.

ACTUACIÓN PROCESAL

La tutela fue admitida con auto de fecha 27 de Junio de 2023 y se le dió el trámite consagrado en el Decreto 2591 de 1991 y sureglamentario el 306 de 1992, ordenándose la notificación y el traslado respectivo a LA NUEVA EPS, lo cual se cumplió.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIONADA

La parte accionada no hizo uso de su derecho de contradicción pues no contestó la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO

A partir de las circunstancias que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela, el problema jurídico consiste en determinar si LA NUEVA E.P.S. le está violando los derechos fundamentales A LA SALUD, VIDA DIGNA E INTEGRIDAD PERSONAL a la señora ANA MATILDE PEREZ BARRETO al no autorizar la entrega de una cama especial hospitalaria para su óptimo cuidado, un ayudante o enfermero en casa, y guantes y cremas especiales para el cuidado de su piel?.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, cualquier persona es titular de la acción de tutela cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o excepcionalmente, por un particular.

Respecto de lo anterior, la Corte Constitucional, mediante Sentencia SU -377 de 2014, se ocupó de establecer algunas reglas en relación con la legitimación por activa, para lo cual precisó, en términos generales, que (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar "*por sí misma o por quien actúe a su nombre*"; (ii) no es necesario, que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe, sin



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Tercero de Familia Oral de Barranquilla

embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos, b) agente oficioso, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal.

En complemento de lo anterior, la Corte, en reiterada jurisprudencia, se ha referido a las hipótesis bajo las cuales se puede instaurar la acción de tutela, a saber:

“(a) ejercicio directo, cuando quien interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (b) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (c) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo; y finalmente, (d) por medio de agente oficioso”.

Sobre la posibilidad de interponer la acción de tutela mediante agente oficioso, la Corte Constitucional ha establecido algunos requisitos para determinar si el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa. Tales requisitos son:

“que el agente manifieste actuar en esa calidad y, por otro lado, que el titular de los derechos presuntamente conculcados no esté en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa. Dicha manifestación, en todo caso, puede ser explícita o inferida de la demanda de tutela, lo que quiere decir que la exigencia se cumple bien sea porque el agente afirme desempeñarse en cuanto tal o porque los hechos puestos de presente o las pruebas revelen que es a través de ese mecanismo que se quiso dirigir la acción. Y, de otra parte, la imposibilidad del titular de los derechos supuestamente lesionados puede ser físico, mental o derivado de circunstancias socioeconómicas, tales como el aislamiento geográfico, la situación de especial marginación o las circunstancias de indefensión en que se encuentre el representado, de ahí que la verificación de que el agenciado no le era razonablemente posible reclamar la protección de sus derechos dependa siempre de la apreciación de los elementos del caso”

El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que *“la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.*



En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional y concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015 le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares el "(...) *trato a la persona conforme con su humana condición(...)*".

Respecto de lo anterior, es preciso señalar que referida Ley Estatutaria 1751 de 2015 fue objeto de control constitucional, que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que "*la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano*". Bajo la misma línea, la Corte resaltó que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía "*pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente*".

LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA ACCEDER AL SUMINISTRO DE INSUMOS, SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD.

Como bien se anotó, la Ley 1751 de 2015 desarrolló los principios de continuidad e integralidad que habían sido inicialmente reconocidos por la Ley 100 de 1993 para la prestación del servicio de salud en el territorio nacional. Sin embargo, la referida ley estableció en su artículo 15 criterios de exclusión, que restringen la financiación de algunos servicios y tecnologías con recursos públicos.

De acuerdo con los parámetros previstos en el mencionado artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, el Ministerio de Salud y Protección Social diseñó el nuevo Plan de



Beneficios en Salud PBS – anteriormente conocido como Plan Obligatorio de Salud (POS) – y mediante las Resoluciones 5269 y 5267 del 22 de diciembre de 2017 definió expresamente los servicios y tecnologías excluidos y no excluidos del mismo.

En lo que corresponde a las exclusiones contempladas en las precitadas resoluciones, es preciso señalar que las mismas, no son de ninguna manera absolutas, en efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, mediante sentencia C-313/14, se refirió categóricamente a la posibilidad de inaplicar las disposiciones normativas que regulan la materia. Sobre este punto, precisó que cuando se trate de aquellos elementos excluidos del plan de beneficios, deben verificarse los criterios que han orientado a esta Corporación para resolver su aplicabilidad o inaplicabilidad. En palabras de la Corte:

"(...) el juez constitucional, en su calidad de garante de la integridad de dichos derechos (Art. 2º C.P.), está en la obligación de inaplicar las normas del sistema y ordenar el suministro del procedimiento o fármaco correspondiente, siempre y cuando concurran las siguientes condiciones:

a. *Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.*

b. *Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.*

c. *Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.*

d. *Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.[105]"* —

e. Sobre estos criterios se empezó a



hablar en la sentencia SU- 480 de 1997, seguidamente, mediante sentencia T- 237 de 2003 se fueron desarrollando de manera autónoma, para posteriormente seguir siendo utilizados por la Jurisprudencia de esta Corporación en materia de acceso a, medicamentos, servicios e insumos en salud.

En este sentido, mediante el precitado fallo de constitucionalidad, la Corte matizó las exclusiones previstas dentro del nuevo Plan de Beneficios en Salud, en tanto le atribuyó al juez constitucional la facultad de aplicar o inaplicar, debido a los criterios desarrollados por la jurisprudencia, las normas que proscriben el suministro de determinado servicio o tecnología.

EL SUMINISTRO DOMICILIARIO DEL SERVICIO DE ENFERMERÍA EN EL NUEVO PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD.

La Resolución 5269 de 2017, en el numeral 6 del artículo 8, se refiere a la atención domiciliaria como una *“modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia”*. De manera puntual el artículo 26 de la misma Resolución establece que esta atención podrá estar financiada con *recursos de la UPC* siempre que el médico tratante así lo ordene para asuntos directamente relacionados con la salud del paciente. Por el contrario, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud no tiene la obligación de asumir dichos gastos. Textualmente, el artículo en comento dispone que:

“Atención domiciliaria. La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está financiada con recursos de la UPC en los casos que considere pertinente el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Esta financiación está dada solo para el ámbito de la salud.

PARÁGRAFO: *En sustitución de la hospitalización institucional, conforme con la recomendación médica, las EPS o las entidades que hagan sus veces, serán responsables de garantizar que las condiciones en el domicilio para esta modalidad de atención, sean las adecuadas según lo dispuesto en las normas vigentes”*



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Tercero de Familia Oral de Barranquilla

En consecuencia, la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, el cual debe ser asumido por las EPS, siempre que: (i) medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente, y (ii) de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar.

En cuanto al primer presupuesto para que las EPS asuman la prestación de la atención domiciliaria, la corte constitucional ha sido clara en señalar que *“sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso”*. Así las cosas, el juez de tutela no puede arrogarse estas facultades para el ejercicio de funciones que le resultan por completo ajenas en su calidad de autoridad judicial y que, por la materia, están sujetas al respeto de la *lex artis*.

CASO CONCRETO

En el presente asunto persigue la accionante la protección de sus derechos fundamentales A LA SALUD, VIDA DIGNA E INTEGRIDAD PERSONAL, presuntamente vulnerados por la accionada NUEVA E.P.S., al no autorizar la entrega de una cama especial hospitalaria para su óptimo cuidado, un ayudante o enfermero en casa, y guantes y cremas especiales para el cuidado de su piel.

Por su parte, la accionada NUEVA E.P.S., no hizo uso de su derecho de contradicción pues no contestó esta acción constitucional.

A pesar de las patologías que dice padecer la accionante y de su avanzada edad, este Despacho se encuentra atado de manos pues la actora con su escrito de tutela no aportó constancia de ser afiliada o beneficiaria de la NUEVA E.P.S., no aportó las prescripciones médicas expedidas por su médico tratante donde se le ordenó el suministro de una cama especial hospitalaria para su óptimo cuidado, un ayudante o enfermero en casa, y guantes y cremas especiales para el cuidado de su piel; tampoco aportó copia del escrito donde solicitó a la NUEVA E.P.S. el suministro de lo antes citado; por tanto no tenemos las bases para concluir que en efecto se está dando una vulneración de derechos fundamentales por parte de la accionada NUEVA E.P.S. por lo que a todas luces es improcedente entrar a tutelar derecho alguno.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero de Familia Oral de Barranquilla administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y la Constitución,

R E S U E L V E



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Tercero de Familia Oral de Barranquilla

- 1.- NO TUTELAR los derechos fundamentales A LA SALUD, VIDA DIGNA E INTEGRIDAD PERSONAL invocados como vulnerados por la señora ANA MATILDE PEREZ BARRETO en nombre propio contra LA NUEVA E.P.S., por improcedente, conforme a las motivaciones que anteceden.
- 2.- NOTIFICAR el presente fallo por el medio más expedito de conformidad con lo ordenado en el art. 30 del Decreto 2591 de 1.991.
- 3.- REMITIR a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnado el presente fallo.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

EL JUEZ

GUSTAVO ANTONIO SAADE MARCOS

m.o.a.

Jul.12/23

Juzgado Tercero de Familia Oral de Barranquilla

Estado No. 120

Fecha: 13 de Julio de 2023

Notifico auto anterior de fecha
12 de Julio de 2023

Firmado Por:

Gustavo Antonio Saade Marcos

Juez
Juzgado De Circuito
Familia 003 Oral
Barranquilla - Atlántico

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: **3ab1a5ce5c46a5c36e33e1ec89526f0b90cb9a1e4b094bbc3504899514494489**

Documento generado en 12/07/2023 01:12:32 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>