

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

MAGISTRADO PONENTE. CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

Ibagué, once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación: No. 73001-33-33-008-2021-00193-01
Interno: No. 00311-2021
Acción: TUTELA - IMPUGNACIÓN
Accionante: ISLENA MARÍA MONTAÑO LÓPEZ, actuando como agente oficiosa del señor JORGE MONTAÑO BELTRÁN
Accionados: NUEVA EPS
Asunto: Impugnación Sentencia de Tutela – Derecho a la vida, salud y dignidad humana.

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Se encuentran las presentes diligencias en esta Corporación a efectos de resolver la impugnación oportunamente interpuesta por la NUEVA E.P.S., contra la sentencia proferida el 11 de octubre de 2021, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio del cual, resolvió acceder al amparo de los derechos fundamentales del accionante en la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. El escrito de tutela¹

La señora ISLENA MONTAÑO BELTRÁN, actuando como agente oficiosa del señor JORGE MONTAÑO BELTRÁN, interpuso acción de tutela contra la Nueva E.P.S., por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida, salud y dignidad humana, vulneración que sustenta en los siguientes:

HECHOS²

Como sustento fáctico, la parte accionante relaciona los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

“1. Jorge Montaña Beltrán es un paciente de 89 años de edad con discapacidad física y funcional a causa de una patología oncológica terminal, manejada con paliativos.

¹ Ver anexo 002 del expediente digital juzgado.

² Visto en la pag. 1 del anexo 002 del expediente digital juzgado.

2. El día 13 de agosto de 2021, el doctor Sebastián Gutiérrez, le ordena la asignación de un auxiliar de enfermería por 24 horas a domicilio, misma orden es negada por la EPS.
3. El día 8 de septiembre de 2021, la doctora Adriana Lizeth Segovia, le ordena una enfermera por 8 horas al día de lunes a viernes.
4. Misma solicitud que la EPS aún no contesta, situación que es insostenible, dadas las condiciones precarias del Señor Jorge Montaña.
5. Se le están suministrando pañales, debido a su incontinencia. Sin embargo, estos no son de la capacidad necesaria, lo que conlleva a que constantemente se enfrente a situaciones poco saludables.”

PRETENSIONES³

El señor JORGE MONTAÑO BELTRÁN, solicitó:

“Primero: Tutelar los derechos fundamentales, a la vida, la salud y la dignidad humana.

Segundo: Ordenar a la NUEVA EPS, la prestación pronta del servicio de enfermería a domicilio.

Tercero: Ordenar a la NUEVA EPS, el suministro de pañales adecuados, talla M, teniendo de presente, que ocupa cuatro unidades al día, en promedio 120 al mes.

Cuarto: Ordenar a la NUEVA EPS, brindar los suministros adecuados y un tratamiento integral según las necesidades que presenta Jorge Montaña.”

1.2. Actuación procesal en primera instancia

Mediante auto fechado el 28 de septiembre del año que avanza⁴, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, admitió la acción constitucional de la referencia y ordenó notificar dicha decisión a la entidad accionada, para que en el término improrrogable de dos (2) días, rindiera un informe sobre las razones de hecho y derecho que sustentaron la acción interpuesta.

II. INFORME RENDIDO

2.1. Nueva EPS⁵

EDNA ROCIO MARTINEZ GUTIERREZ quien actúa como apoderada especial de la NUEVA E.P.S., presenta contestación mencionando los siguientes argumentos defensivos:

*“Tal como se evidencia en el escrito de tutela y conforme a los soportes aportados por la parte accionante **no cuenta con orden médica** en la que se ordene la entrega de insumos pañales en la cantidad requerida.*

Señor Juez, es preciso indicar que, la pertinencia de la formulación está radicada únicamente en el profesional de la salud, es él el idóneo y experto en determinar los requerimientos conforme la valoración realizada y contacto con el paciente según

³ Visto en la pag. 14 del anexo 001 del expediente digital juzgado.

⁴ Ver del anexo 003 del expediente digital juzgado.

⁵ Ver anexo 005 del expediente digital juzgado.

su diagnóstico médico, lo anterior conforme la Ley Estatutaria de la Salud, Ley 1751 de 2015 en su Artículo 17.

(...)

- a. Es importante aclarar ante el Despacho y ante los accionantes, que en Colombia la práctica médica esta normativizada y tiene establecido que el plan de manejo médico de un paciente ya sea farmacológico, quirúrgico, rehabilitación o cualquier intervención, lo DEFINE el equipo médico tratante del paciente en NINGÚN MOMENTO le ha dado esta potestad a los familiares, al propio usuario o a los jueces de tutela.

Reiteramos, en Colombia solamente están autorizados para ORDENAR PLANES DE MANEJO médico los profesionales en medicina debidamente autorizados por la (sic) secretarías de salud y el Ministerio de la Protección Social mediante el Registro médico, pues son estos quienes definirán si el paciente requiere un manejo médico diferente al que hasta ahora se le ha venido brindando.

(...)

Como evidencia lo anterior, no existe orden medica en la que se ordene servicio requerido, por lo cual se trae a colación lo indicado por La Corte Constitucional quien ha resaltado que en el Sistema de Salud, **quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos** y por ser quien conoce de manera detallada la condición de salud del paciente. La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.

Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, **luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos. Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.**

(...)

En atención a los anteriores argumentos considero que mi representada EPS NUEVA, no ha incurrido en acciones u omisiones que vulneren de manera alguna los derechos invocados por el accionante en su escrito de tutela, toda vez que la misma aduce que se le están prestando los servicios de salud correspondientes y de manera pertinente para el tratamiento de sus patologías.

Es preciso que el Despacho tenga presente el ineludible hecho de que el accionante, viene recibiendo todos los servicios y beneficios del Plan Obligatorio de Salud a través nuestro, afirmación totalmente demostrable mediante los registros existentes en nuestra base de datos, los cuales están a disposición del Despacho.

Conforme lo anterior, solo el medico determina un plan de manejo, pues es ese el que requiere clínicamente, Señor Juez, el médico tratante es el único idóneo en determinar el plan de manejo médico, esta función no puede recaer ni puede ser arrebatada por alguno de los familiares, quien activan el aparato judicial para pedirle al Juez que se le ordene al profesional de la salud generar un ordenamiento de servicios si ellos no lo considera (sic).

(...)

*Señor juez el accionante recurre al mecanismo tutelar, con la finalidad que NUEVA EPS apruebe el servicio de **CUIDADOR O ENFERMERÍA**, para realizar tareas de acompañamiento, suministro de alimentos y curaciones básicas para la parte accionante, referente a este punto queremos manifestar que el grupo familiar de la accionante es quien debe hacerse a cargo de estas funciones, no obra prueba alguna en el traslado de tutela que la accionante requiera **servicios de salud** domiciliarios.*

No se puede desconocer la obligación que le asiste a los familiares, el descargar esa responsabilidad en la entidad que represento atenta directamente con los recursos de la salud, es de recordar señor juez que debemos garantizar la adecuada destinación de estos recursos públicos.

(...)

Reiteramos que esta Entidad no encuentra demostrada la pertinencia medica de la autorización de CUIDADOR, como prestación de servicios de salud, que solicita de la presente acción, teniendo en cuenta el principio de SOLIDARIDAD que rige el Sistema de Seguridad Social en Salud, y el principio de CORRESPONSABILIDAD que llama al uso RACIONAL de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Reiteramos Señor Juez , que no debe desconocerse que la esencia del PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, es que los afiliados usen racionalmente los recursos del Sistema, y si ellos no cuentan con la capacidad de pago, deben acudir a sus familiares, colaborando de esta manera con los usuarios de escasos recursos económicos que si se encuentra catalogados dentro de la población pobre o vulnerable y a que el Sistema tenga un mayor cubrimiento y cumpla con la finalidad social para la cual fue creado por el legislador.

Ante este caso particular, le solicitamos a su Honorable Señoría, aplique tanto el principio de SOLIDARIDAD como el de CORRESPONSABILIDAD que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

*Estamos frente el caso de un paciente adulto mayor quien requiere del apoyo de terceros para la realización de sus actividades cotidianas tales como: baño, cambio de ropa, soporte en la alimentación, y acompañamiento. Recordamos respetuosamente el despacho que **ES LA FAMILIA EL NUCLEO PRIMARIO DE ATENCION** llamado a suministrarle este tipo de apoyo.*
(...)

*Como EPS reconocemos el estado de postración del paciente adulto mayor, quien requiere del apoyo permanente de un **CUIDADOR PRIMARIO**, no de una enfermera ni de personal con entrenamiento en salud y **ESTA ATENCIÓN Y ACOMPAÑAMIENTO DEBE SER GARANTIZADO POR LA FAMILIA MISMA.***
(...)

*Ahora bien, debe precisarse que la orden de brindar **un tratamiento integral**, futuro e incierto a la Afiliada está limitada a la prestación de tecnologías en salud. Por tecnologías en salud se entiende: “38. Tecnología en salud: Actividades, intervenciones, insumos, medicamentos, dispositivos, servicios y procedimientos usados en la prestación de servicios de salud, así como los sistemas organizativos y de soporte con los que se presta esta atención.”*

De otra parte, en atención al artículo 154 de la Ley del Plan No. 1450 de 2011 los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud –SGSSS- no pueden financiar prestaciones: suntuarias, exclusivamente cosméticas, las experimentales sin evidencia científica, aquellas que se ofrezcan fuera del territorio de la salud y las que no sean propias del ámbito de la salud.

Conforme a lo expuesto, en las normas citadas la orden de tutelar un servicio indeterminado, futuro e integral en ningún caso, significa que deben cubrirse por cuenta de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud servicios que la ley prohíbe se asuman con recursos de la salud y si el Despacho así lo determina deberá ordenar en forma expresa en el fallo de tutela.
(...)

Por su parte, con un tratamiento integral se tutelan hechos futuros e inciertos, exámenes que todavía no se han requerido, o tratamientos o medicamentos que no han sido ordenados. Adicionalmente, con un tratamiento de este tipo se deja de lado que la situación económica, social y de entorno de la Afiliada puede variar, y se desconocerían los lineamientos jurisprudenciales, en el sentido de que únicamente se amparan procedimientos o medicamentos claramente probados que requiere la Afiliada, ordenados por el médico, según la evolución del estado patológico.

NUEVA EPS en atención a las normas legales vigentes aludidas anteriormente y a la jurisprudencia de las altas Cortes, atendiendo a los mandatos y directrices trazadas por el Ministerio de Salud y Protección Social y en calidad de aseguradoras, tiene claro que los recursos destinados a salud, solamente pueden y deben ser utilizados en servicios de salud, y que estos servicios deben

de ser suministrados a los pacientes toda vez que la iniciativa o mandato nazca del concepto del médico tratante por ser este el conocedor del estado clínico del paciente, y aun así siempre se le brindará al médico el apoyo científico de otros especialistas de las mismas calidades a fin de garantizar la alta efectividad y la calidad de los tratamientos médicos.

El bien jurídicamente tutelado es la salud, los servicios de salud tienen como finalidad la prevención de la enfermedad, la recuperación de la salud del paciente a través de los tratamientos médicos. Se debe entender que los recursos económicos de la salud se utilizan en aquellos servicios de salud que cumplen una función directa en el tratamiento médico, un servicio de salud cuyas funciones producen efectos en la parte funcional de tal forma que estabiliza el funcionamiento del organismo o previene que este se vea afectado por patologías que pongan en riesgo su vida y su integridad física.

Como consecuencia de lo anterior, hablar de servicios médicos futuros suministro de todo tratamiento que requiera por los hechos de violencia, sería tanto como hablar de tutelar derechos por amenazas futuras e inciertas, por hechos que no han ocurrido y que, por lo mismo, no se pueden hacer consideraciones sobre ellos, pues en tal caso, se estaría violando el debido proceso en la medida en que para el momento en que se genere la orden la EPS ya no tendría la posibilidad de esgrimir nuevos argumentos de defensa o nuevas pruebas que surjan.”

III. SENTENCIA IMPUGNADA⁶

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué mediante sentencia emitida el 11 de octubre de 2021, resolvió:

“PRIMERO. - AMPARAR el derecho fundamental a la salud del señor **JORGE MONTAÑO BELTRÁN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.392.209, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. - ORDENAR a la **NUEVA E.P.S.:** **I.** Que entregue de forma inmediata al señor **JORGE MONTAÑO BELTRÁN** el insumo de pañales desechables talla M en cantidad de 120 unidades al mes, durante el tiempo que los necesite para el manejo de las patologías “**CÁNCER DE PROSTATA EN FASE TERMINAL, METASTASIS OSEAS, HIPERTENSIÓN ARTERIAL CRÓNICA, INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL, DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA**”, **II.** Que autorice y brinde el servicio de auxiliar de enfermería a domicilio por ocho horas de lunes a viernes para el señor **JORGE MONTAÑO BELTRÁN**, durante seis meses, según le fue ordenado por la médica Adriana Lizeth Segovia y **III.** Que brinde el tratamiento integral que requiera el afiliado **JORGE MONTAÑO BELTRÁN** para el manejo adecuado de las patologías “**CÁNCER DE PROSTATA EN FASE TERMINAL, METASTASIS OSEAS, HIPERTENSIÓN ARTERIAL CRÓNICA, INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL, DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA**”, **de acuerdo con las prescripciones médicas que profieran sus médicos tratantes adscritos a la red de servicios de la entidad prestadora del servicio, incluyendo los medicamentos, tratamientos, procedimientos, insumos, y en general, cualquier servicio, incluido o no en el Plan de**

⁶ Ver anexo 006 del expediente digital juzgado.

Beneficios de Salud-P.B.S., pudiendo recobrar al ADRES los valores respectivos, en caso de no corresponder al U.P.C.

TERCERO. - Notificar esta decisión a las partes por el medio más expedito.

CUARTO. - Si el presente fallo no fuere impugnado, envíese el expediente a la Corte Constitucional en el término señalado en el artículo 31 del Decreto Ley 2591 de 1991, para su eventual revisión.”

Para llegar a la anterior decisión el a quo consideró:

“[...]”

“Revisadas las pruebas documentales aportadas con el escrito de tutela, se observa que el señor JORGE MONTAÑO BELTRÁN es un adulto mayor de 89 años, quien padece de “CÁNCER DE PROSTATA EN FASE TERMINAL, METASTASIS OSEAS, HIPERTENSIÓN ARTERIAL CRÓNICA, INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL, DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA” y que su médica tratante, Adriana Lizeth Segovia, adscrita a la I.P.S. Health and Life, registró en evolución médica del paciente que el mismo requiere de pañal desechable y que se realizó el MIPRES de dicho insumo.

Siento (sic) eso así, en amparo del derecho a la salud, este despacho emitirá una orden de tutela a fin de que NUEVA E.P.S. entregue al señor JORGE MONTAÑO BELTRÁN los pañales desechables requeridos, teniendo en cuenta que: i. en virtud de la informalidad que caracteriza esta acción por su naturaleza, no pueden hacerse exigencias sacramentales que puedan desnaturalizar el sentido material de protección que la propia Constitución quiere brindar a los derechos fundamentales de las personas por conducto de los jueces, ii. los pañales son insumos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, iii. cuando sea necesario el suministro de pañales en cantidad inferior a 120 añales por mes, no es necesario el análisis de la junta de profesionales de la salud, iv. las personas de la tercera edad tienen una protección reforzada en materia de salud, y por lo tanto es necesario que se garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios de salud que necesitan, v. la Corte Constitucional ha considerado que, si no existe prescripción del médico tratante, pero se puede inferir de alguno de los documentos aportado al expediente, ya sea la historia clínica o algún concepto del médico, la obligación de acceder a la prestación del servicio requerido, el juez constitucional debe fallar en dicho sentido, vi. dentro de los casos en que la Corte ha ordenado la entrega de un insumo incluso sin orden médica, por ser evidente la necesidad del paciente, se encuentran los relacionados con pacientes diagnosticados con malformaciones en el aparato urinario e incontinencia y vii. si bien en el sub lite no se aportó una orden médica concreta sobre los pañales desechables, sí se advierte el concepto de la médica tratante del afiliado JORGE MONTAÑO BELTRÁN, respecto a la necesidad que este tiene sobre dicho insumo, y se encuentra la mención de la misma profesional de la salud en la historia clínica del paciente, frente a la realización de un registro sobre los pañales desechables en el sistema MIPRES, el cual funciona para el reporte de las prescripciones de los galenos a sus pacientes.

(...)

En valoración de la documentación allegada por la parte accionante, se logró evidenciar que al señor JORGE MONTAÑO BELTRÁN le fue ordenado el 8 de septiembre de 2021 por la médica Adriana Lizeth Segovia, adscrita a la I.P.S. Health and Life, apoyo por auxiliar de enfermería 8 horas diarias de lunes a viernes durante seis meses para toma de signos vitales, administración de medicamentos y vigilancia

neuroológica y que el paciente es beneficiario del plan de atención domiciliaria con el fin de evitar mayor deterioro funcional.

(...)

Corolario, advirtiéndose una orden médica concreta en la que le fue prescrito al señor JORGE MONTAÑO BELTRÁN el servicio de auxiliar de enfermería para atención en salud domiciliaria, y previendo que son los médicos tratantes los capacitados para definir sobre los tratamientos médicos que requieran los pacientes para promover, recuperar o proteger su salud y, tratándose del concepto de los médicos tratantes adscritos a las E.P.S., este resulta primordial por obedecer a una competencia prima facie⁶, este despacho concluye que NUEVA E.P.S. está vulnerando el derecho a la salud del paciente al negarle la prestación del servicio que le fue ordenado por la profesional médica que lleva su caso y el cual se encuentra incluido dentro del P.B.S., según la normatividad que se acaba de mencionar; en consecuencia, habrá que impartirse una orden en cabeza de la entidad tutelada a fin de que cese la vulneración advertida.

(...)

En el sub lite, según lo aportado por la parte accionante, tal y como se expuso con antelación, se evidencia que JORGE MONTAÑO BELTRÁN, quien es persona de la tercera edad y padece de “CÁNCER DE PROSTATA EN FASE TERMINAL, METASTASIS OSEAS, HIPERTENSIÓN ARTERIAL CRÓNICA, INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL, DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA”, y que por parte de su médica tratante le fue ordenado el servicio de auxiliar de enfermería por 8 horas de lunes a viernes durante seis meses para toma de signos vitales, administración de medicamentos y vigilancia neurológica, el cual no fue autorizado por NUEVA E.P.S., entidad que se negó a la prestación de tal servicio de forma injustificada, según se consideró previamente; ante este panorama, se concluye que la demandada NUEVA E.P.S. ha actuado con negligencia al no prestarle al afiliado un servicio requerido por este, el cual cuenta con orden médica, y, por lo tanto, se evidencia una omisión por parte de aquella entidad en la prestación del servicio de salud al agenciado JORGE MONTAÑO BELTRÁN.

En consecuencia, hallándose acreditados los requisitos para que resulte procedente una orden a cargo de NUEVA E.P.S., encaminada a la prestación de un tratamiento integral en salud, se ordenará a dicha entidad que brinde el tratamiento integral que requiera el afiliado JORGE MONTAÑO BELTRÁN para el manejo adecuado de las patologías “CÁNCER DE PROSTATA EN FASE TERMINAL, METASTASIS OSEAS, HIPERTENSIÓN ARTERIAL CRÓNICA, INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL, DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA”, **de acuerdo con las prescripciones médicas que profieran sus médicos tratantes adscritos a la red de servicios de la entidad prestadora del servicio, incluyendo los medicamentos, tratamientos, procedimientos, insumos, y en general, cualquier servicio, incluido o no en el Plan de Beneficios de Salud-P.B.S., pudiendo recobrar al ADRES los valores respectivos, en caso de no corresponder al U.P.C.**”

IV. LA IMPUGNACIÓN⁷

La entidad accionada, impugnó el fallo de tutela de primera instancia fechado el 11 de octubre de 2021, con el fin de que se ordene a la entidad accionada asumir los

⁷ Ver anexo 009 del expediente digital juzgado.

gastos en que se incurra por concepto de asumir la cobertura de tratamiento integral, para lo cual esgrimió las siguientes censuras:

“Por su parte, con un tratamiento integral se tutelan hechos futuros e inciertos, exámenes que todavía no se han requerido, o tratamientos o medicamentos que no han sido ordenados. Adicionalmente, con un tratamiento de este tipo se deja de lado que la situación económica, social y de entorno de la Afiliada puede variar, y se desconocerían los lineamientos jurisprudenciales, en el sentido de que únicamente se amparan procedimientos o medicamentos claramente probados que requiere la Afiliada, ordenados por el médico, según la evolución del estado patológico.

NUEVA EPS en atención a las normas legales vigentes aludidas anteriormente y a la jurisprudencia de las altas Cortes, atendiendo a los mandatos y directrices trazadas por el Ministerio de Salud y Protección Social y en calidad de aseguradoras, tiene claro que los recursos destinados a salud, solamente pueden y deben ser utilizados en servicios de salud, y que estos servicios deben de ser suministrados a los pacientes toda vez que la iniciativa o mandato nazca del concepto del médico tratante por ser este el conocedor del estado clínico del paciente, y aun así siempre se le brindará al médico el apoyo científico de otros especialistas de las mismas calidades a fin de garantizar la alta efectividad y la calidad de los tratamientos médicos.

El bien jurídicamente tutelado es la salud, los servicios de salud tienen como finalidad la prevención de la enfermedad, la recuperación de la salud del paciente a través de los tratamientos médicos. Se debe entender que los recursos económicos de la salud se utilizan en aquellos servicios de salud que cumplen una función directa en el tratamiento médico, un servicio de salud cuyas funciones producen efectos en la parte funcional de tal forma que estabiliza el funcionamiento del organismo o previene que este se vea afectado por patologías que pongan en riesgo su vida y su integridad física.

Como consecuencia de lo anterior, hablar de servicios médicos futuros suministro de todo tratamiento que requiera, sería tanto como hablar de tutelar derechos por amenazas futuras e inciertas, por hechos que no han ocurrido y que, por lo mismo, no se pueden hacer consideraciones sobre ellos, pues en tal caso, se estaría violando el debido proceso en la medida en que para el momento en que se genere la orden la EPS ya no tendría la posibilidad de esgrimir nuevos argumentos de defensa o nuevas pruebas que surjan. Anudado a lo anterior, al tratarse de hechos futuros e inciertos no existen órdenes médicas sobre las cuales se deba garantizar la prestación del servicio de salud y del cual se presuma el incumplimiento por parte de la entidad de la salud.”

V. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante proveído fechado el 22 de octubre de 2021⁸, el Magistrado ponente avocó el conocimiento de la impugnación formulada por la NUEVA EPS, para lo cual se ordenó notificar a las partes, y libradas las comunicaciones del caso, ingresó al Despacho para resolver.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SEGUNDA INSTANCIA

6.1 Precisiones preliminares

⁸ Ver anexo 005 del expediente digital tribunal.

6.1.1. Marco jurídico de las acciones de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política expresa que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar mediante un procedimiento breve y sumario, por sí misma o quien actúe en su nombre la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública.

El inciso tercero de la anterior disposición igualmente dice que esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial, salvo que aquella se autorice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 prescribe que la tutela procede como mecanismo transitorio aun cuando el afectado disponga de otro medio judicial para evitar un perjuicio irremediable, esto es, cuando el daño no sea irreparable jurídicamente, o cuando al interpretarse en el sentido de que los efectos del acto durante su ejecución sean físicamente irreparables.

A su vez, la Corte ha interpretado las normas sobre procedencia de la acción de tutela concluyendo que dicha acción es de carácter subsidiario y por tanto, no supe los mecanismos procesales establecidos por el ordenamiento jurídico para defender los intereses de los particulares. Frente a este tema, ha Indicado:

“Reitera la Corte que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario cuyo objeto específico es la protección de los derechos fundamentales violados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública o de una persona o entidad privada cuando la circunstancia encaja en lo previsto por la Carta, pero en modo alguno se constituye en vía adecuada para sustituir al sistema jurídico ordinario ni para reemplazar los procedimientos judiciales expresamente contemplados para solucionar determinadas situaciones o para desatar ciertas controversias.” (T-293 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

6.1.2. De la competencia

Vale aclarar que la jurisprudencia constitucional ha indicado que las únicas normas que determinan competencia en materia de tutela, son el artículo 86 de la Constitución que señala que ésta se puede interponer *ante cualquier juez*, y el artículo 37 de Decreto 2591 de 1991, que establece la competencia territorial y la correspondiente a las acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación, la cual es asignada a los jueces del circuito.

En este sentido, al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, dispone:

“Art. 37. — Primera instancia. Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud...” (Negrilla fuera de texto original.)

Ahora bien, teniendo en cuenta los derechos invocados en la presente acción por parte del tutelante, la Sala resolverá el presente caso de la siguiente forma: **(i)** se pronunciará respecto de la protección de derecho a la salud por vía de acción de tutela, **(ii)** hará mención a los aspectos generales del derecho fundamental a la salud y, finalmente, **(iii)** se abordará el examen del caso concreto.

6.1.3. Del problema jurídico a resolver

Le corresponde a la Sala de Decisión determinar si en el presente caso, la entidad accionada vulneró o no los derechos fundamentales a la vida, salud y dignidad humana del señor JORGE MONTAÑO BELTRÁN, en razón a la no entrega de los insumos necesarios para tratar su enfermedad terminal, al no autorizar y prestar el servicio de auxiliar de enfermería 8 horas de lunes a viernes durante seis meses y a la no prestación del servicio médico integral.

6.2. Análisis sustancial

6.2.1. Protección por vía de acción de tutela al derecho fundamental a la salud

La consistente y reiterada jurisprudencia emitida por la Honorable Corte Constitucional, ha dispuesto que el derecho a la salud, aunque es considerado como un servicio público, igualmente **es un derecho fundamental de carácter autónomo**⁹.

El artículo 49 de la Constitución Política señala que: *"corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes y (...) establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control."* Esta facultad que la Constitución le otorga de manera amplia a las instituciones estatales y a los particulares comprometidos con la garantía de prestación del servicio de salud, está conectada con la realización misma del Estado social de derecho y con los propósitos derivados del artículo 2º de la Constitución:

"Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo."

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y

⁹ Ver sentencias T-760 de 2008 T-650 de 2009. En esta providencia se dijo: *"...la salud es un derecho fundamental autónomo cuando se concreta en una garantía subjetiva o individual derivada de la dignidad humana, entendida esta última como uno de los elementos que le da sentido al uso de la expresión 'derechos fundamentales', alcance efectuado adicionalmente en armonía con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano (Art. 93 C.P.)"*

libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la salud se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional. Son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la salud¹⁰. El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en su párrafo 1º que *‘toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios’*.¹¹

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud. En su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen que: *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.’*¹²

La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fundamento en la cual el Comité fijó el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones derivados del Pacto, dispuso que: *“la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.”*¹³

Igualmente dentro del marco jurídico colombiano vigente, si bien la Carta Política de 1991 no catalogó como de primera generación el derecho a la salud, y que éste fue por mucho tiempo exigible únicamente mediante la vía tutelar en conexidad con aspectos como la vida y la dignidad humana de los pacientes, es claro que el legislador dada su relevancia le dio el alcance de derecho fundamental, al expedir la Ley Estatutaria 1751 del 16 de febrero de 2015, la cual en su artículo 2º determinó:

10 Ver sentencia T-1182 de 2008 que cita: “El derecho a la salud se reconoce en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el párrafo f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.”

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibidem.*

“Artículo 2°. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud.
El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

Además de lo anterior, la máxima instancia constitucional ha considerado que el servicio a la salud debe prestarse de manera oportuna, eficaz y con calidad, pues solo así existe una verdadera protección del derecho.

6.2.2. Suministro de pañales

En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional se ha manifestado en lo que tiene que ver con ordenar el suministro de pañales a pacientes que lo requieren para poder tratar patologías en donde no se puede controlar la orina o materia fecal, pese a encontrarse por fuera del P.O.S., para el efecto, a través de sentencia T-1589 del 17 de noviembre de 2000, dentro del expediente con número T-344 832, en la acción de tutela instaurada por Blanca Miriam Giraldo, por intermedio de apoderado contra la E.P.S. Servicio Occidental de Salud S.O.S., y cuya ponencia la tuvo el Magistrado FABIO MORON DIAZ, se indicó:

“Sin embargo, en la sentencia que se revisa, de segunda instancia, el ad-quem no examinó un aspecto que adquiere especial importancia: la relación entre lo pedido y la dignidad humana. No examinó que se trata de una persona con problemas de incontinencia urinaria y fecal y que la situación económica no le permite suministrarse los artículos de aseo que su situación especial requiere. Y requiere tales pañales, precisamente por la enfermedad que padece. Es decir, existe una relación directa entre la dolencia (no controla esfínteres) y lo pedido.”
(...)

“Por ello, se reiterará la jurisprudencia de esta Corporación, en un asunto similar. En esa oportunidad, la Corte dijo:

“En este caso específico, es claro que la omisión de Capresub en otorgar los pañales a la actora, vuelve indigna su existencia, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente. La inhabilidad para controlar los esfínteres, su avanzada edad (80 años), la situación económica que no le permite acudir a métodos más sofisticados para la solución de su problema, la disfunción cerebral que originó dicha anomalía y el riesgo de infecciones en la zona (heridas, llagas, hongos) no le permiten una vida normal, ni llevar a buen término sus actividades diarias, a menos que se le proporcionen en alguna medida, las condiciones que le faciliten vivir con la dignidad que demanda la existencia. Recuérdese además que en tratándose de personas de la tercera edad el derecho a la seguridad social se erige en fundamental

y su protección se torna insoslayable en casos como el presente." (sentencia T-099 de 1999, M.P., doctor Alfredo Beltrán Sierra)."

6.2.3. Suministro de auxiliar de enfermería a domicilio

La Corte Constitucional se ha manifestado en lo referente a ordenar el suministro domiciliario de servicio de auxiliar de enfermería a pacientes que lo requieren para poder tratar patologías, a través de sentencia T-423 del 12 de septiembre de 2019, dentro del expediente con número T-7.349.929, en la acción de tutela instaurada por Ana Alcira Benítez Cruz en calidad de agente oficiosa de María de las Mercedes Cruz Polo, contra Savia Salud EPS y la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, y cuya ponencia la tuvo el Magistrado GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO:

"... En consecuencia, la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, que debe ser asumido por las EPS siempre: (i) que 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) que 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 concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud en virtud de la jurisprudencia no tiene la obligación de asumir dichos gastos.

(...)

A modo de conclusión, las atenciones o cuidados especiales que pueda requerir un paciente en su domicilio exigen verificar que: (i) en el caso de tratarse de la modalidad de "enfermería" se requiera de una orden médica proferida por el profesional de la salud, ya que el juez constitucional no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia; y (ii) en casos excepcionales derivados de las condiciones particulares del paciente, podrá hablarse de la figura del cuidador, frente a lo que la Corte ha concluido que se trata de un servicio que, en principio debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este núcleo se encuentre materialmente imposibilitado para brindar el apoyo permanente, es obligación del Estado suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado. En tales casos, se ha ordenado a las EPS suministrar cuidador para apoyar a las familias frente a las excepcionalísimas circunstancias de sus familiares, incluso sin tener orden médica, cuando la figura sea efectivamente requerida.

7. Caso Concreto

En el presente caso, la señora ISLENA MONTAÑO BELTRÁN actuando como agente oficiosa del señor JORGE MONTAÑO BELTRÁN presentó acción de tutela a fin de obtener el amparo de los derechos fundamentales a la vida, salud y dignidad humana, habida cuenta que la NUEVA EPS, no ha entregado los insumos necesarios para tratar su enfermedad terminal, al no autorizar y prestar el servicio de auxiliar de enfermería 8 horas de lunes a viernes durante seis meses y la no prestación del servicio médico integral.

El Juzgado de primera instancia resolvió acceder al amparo deprecado por el actor bajo el argumento que se probó en el plenario que por parte de su médica tratante, le fue ordenado el servicio de auxiliar de enfermería por 8 horas de lunes a viernes, durante seis meses para toma de signos vitales, administración de medicamentos y vigilancia neurológica, en razón a la enfermedad que padece: "CÁNCER DE PROSTATA EN FASE TERMINAL, METASTASIS OSEAS, HIPERTENSIÓN ARTERIAL CRÓNICA, INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL, DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA", pese a que no fue autorizado al señor JORGE MONTAÑO BELTRÁN por parte de la NUEVA E.P.S los insumos anteriormente mencionados.

La NUEVA E.P.S., en forma oportuna interpuso el recurso de impugnación contra la sentencia de primera instancia, exhibiendo su inconformidad en cuanto a que no debe hacerse cargo del tratamiento integral del señor JORGE MONTAÑO BELTRÁN, tratamiento que incluye el suministro de pañales y de un auxiliar de enfermería 8 horas de lunes a viernes por seis meses.

Bajo el panorama expuesto es pertinente realizar las siguientes precisiones:

- Que el señor JORGE MONTAÑO BELTRÁN, padece de la enfermedad denominada "CÁNCER DE PROSTATA EN FASE TERMINAL, METASTASIS OSEAS, HIPERTENSIÓN ARTERIAL CRÓNICA, INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL, DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA" (historia clínica- anexo 002 folios 5-9 exp. digital. Juz. Activo.).
- Que el 18 de agosto de 2021, fue recibida la autorización respecto del servicio de "AUXILIAR DE ENFERMERIA POR 24 HORAS A DOMICILIO" quedando pendiente a la respuesta respecto del servicio solicitado en la autorización (anexo 002 folio 10 exp. digital. Juz. Activo.).
- Que según reposa en el expediente digital, la entidad NUEVA E.P.S., respondió a la solicitud anteriormente descrita que: "La solicitud ha sido devuelta por problemas de pertinencia en el suministro del servicio, no pertinente la cobertura de auxiliar de enfermería está dada para actividades en salud y no abarca recurso humano con finalidad de asistencia o protección social como es el caso de cuidadores", sin que se registre fecha de la misma (anexo 002 folio 12 exp. digital. Juz. Activo.).
- Que su médico tratante, la Dra. ADRIANA LIZETH SEGOVIA SANCHEZ, médico general le autorizó: "AUXILIAR DE ENFERMERIA / ENFERMERIA 8 HORAS AL DIA DE LUNES A VIERNES POR 6 MESES (anexo 002 folio 13 exp. digital. Juz. Activo.).

El artículo 11 de la ley 1751 de 2015 "*Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*", establece los sujetos de especial protección, los cuales no tendrán limitación en la atención en salud por ningún tipo de restricción administrativa o económica, lo anterior en razón a que el

señor BELTRÁN, es una persona de la tercera edad, contando en el presente con 89 años, según reposa en la historia clínica del accionante.¹⁴

“ARTÍCULO 11. SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN. *La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención (...).”*

En el caso concreto, el señor JORGE MONTAÑO BELTRÁN, es un adulto mayor que padece una enfermedad terminal denominada “CÁNCER DE PROSTATA EN FASE TERMINAL, METASTASIS OSEAS, HIPERTENSIÓN ARTERIAL CRÓNICA, INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL, DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA”, situación que hace que el tutelante requiera de servicios especiales para poder subsistir de manera digna, servicios que la familia no puede sufragar 24 horas al día.

Por otra parte, como se pudo observar con el caudal probatorio allegado al cartulario, la médico tratante del señor BELTRÁN, prescribió en una primera ocasión el servicio de auxiliar de enfermería 24 horas al día, servicio que al día de hoy no fue prestado por la entidad, luego se solicitó la autorización del servicio domiciliario de auxiliar de enfermería por 8 horas de lunes a viernes, servicio al que la NUEVA E.P.S., se negó a suministrar en razón a que no era pertinente la cobertura del mismo.

Es así, como en primera instancia se ordenó a la NUEVA E.P.S. que entregara al tutelante los suministros necesarios tales como pañales, auxiliar de enfermería y tratamiento integral, tratamiento que según la Ley 1757 de 2008 en su artículo 8 señala:

“suministrar todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no.”

Finalmente, se indica a la NUEVA E.P.S. que en la sentencia que fue recurrida, el *a quo* autorizó que se entregaran los elementos requeridos, así como los servicios que comprometen el tratamiento integral que no se encuentren incluidos en el plan de servicios de salud ordenados por la médico tratante del señor JORGE MONTAÑO BELTRÁN (anexo 006 folio 1-8).

Esta instancia comparte los argumentos que fueron realizados el *a quo*, y advierte que efectivamente se están transgrediendo los derechos fundamentales del accionante, por el no suministro de insumos, tratamientos y atención integral que debe propender la NUEVA E.P.S. al señor JORGE MONTAÑO BELTRÁN, tanto por

¹⁴ anexo 002 folio 5 exp. digital. Juz. Adtivo.

la condición delicada y avanzada de salud que padece el mismo, como por la condición especial que ostenta por ser una persona adulta mayor.

Planteado así el escenario procesal, la Sala acoge la decisión adoptada por el Juzgador de primer grado en cuanto amparó los derechos fundamentales del señor JORGE MONTAÑO BELTRÁN relacionadas con la entrega de pañales, auxiliar de enfermería y tratamiento integral para mejorar la calidad de vida del tutelante en razón a su enfermedad terminal.

Por lo anterior se profiere la siguiente,

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: **CONFÍRMESE** la sentencia impugnada, proferida el 11 de octubre de 2021 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en la acción de tutela instaurada por la señora ISLENA MARÍA MONTAÑO en calidad de agente oficiosa del señor JORGE MONTAÑO BELTRÁN, contra la NUEVA EPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

Segundo: Notifíquese la presente decisión a las partes y remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta Providencia fue estudiada y aprobada en Sala del día de hoy.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSE ANDRES ROJAS VILLA
Magistrado



JOSÉ ALETH RUÍZ CASTRO
Magistrado

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Arturo Arturo Mendieta Rodriguez Rodriguez
Magistrado
Oral 4
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

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: **87885ee856ef314ede605ec7641704909e04c8a59db9a80bbd0ccc0c37f4e99d**

Documento generado en 12/11/2021 11:43:23 AM

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