

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE
CONTROL DE GARANTÍAS

Bogotá D.C., 18 de noviembre de 2022

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación: No. 2022-170
Accionante: Aura Rosa Cardona de Henao agenciada
Accionado: Colmedica medicina prepagada
Decisión: Tutelar - parcialmente

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por **Aura Rosa Cardona de Henao** como agenciada, en contra de **Colmedica medicina prepagada** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social, consagrados en la Constitución Política.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Se interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. Que la agenciada desde el **año 2016** le fue diagnosticado demencia tipo Alzheimer, actualmente tiene 92 años de edad y sufre de alto riesgo de caídas y riesgo cardiovascular pues sufre de mareos, alteraciones en la memoria, desorientación de tiempo y espacio, entre otros padecimientos. Desde el año 2021 ha sufrido varios accidentes que le provocaron una contusión del tórax, trauma en tejidos blandos y fuertes dolores.
2. En el mes de septiembre de 2022 sufrió otro accidente por el cual tuvo que ser trasladada de urgencias a la **clínica Shaio**, en esa oportunidad sufrió una caída que le causó fractura de arcos costales, esguinces y torcedura de costilla y esternón, una vez es dada de alta médica el medico cardiólogo le ordena apoyo de enfermería 7 días a la semana las 24 horas.
3. Por lo anterior, el día **30 de septiembre de 2022**, se radica un derecho de petición ante la EPS solicitando se asigne enfermera permanente por 12 horas al día, sin embargo, le informan que ese servicio no se encuentra contratado por medicina prepagada, toda vez que la orden medica no justifica actividades propias de enfermería.
4. Refiere que si bien la orden medica prescribe servicio de enfermería por 24 horas, se solicita el servicio solo por 12 horas diarias, pues los familiares manifiestan que se encargaran del cuidado en el horario de la noche para prestarle los servicios requeridos.

Radicación: No. 2022-170
Accionante: Aura Rosa Cardona de Henao agenciada
Accionado: Colmedica medicina prepagada
Decisión: Tutelar - parcialmente

5. Por lo anterior, considera vulnerados sus derechos fundamentales a la salud en condiciones dignas en conexidad con la vida.

PRETENSIONES

La parte accionante, peticona le sean amparados los derechos fundamentales a la salud, vida digna y a la seguridad social, consagrados en la Constitución Política. En consecuencia se ordene a **Colmedica medicina prepagada** se autorice el servicio médico ordenado durante 12 horas diarias de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. por tratarse de una persona de 93 años con diagnóstico de demencia tipo Alzheimer síncope neurocardiogénico, entre otros padecimientos.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

Colmedica medicina prepagada

La representante legal de la accionada informa que, frente al caso concreto la señora **Aura Cardona de Henao** se encuentra afiliada a Colmedica desde el día 15 de septiembre de 2001 y su **EPS es Aliansalud**, actualmente la señora **Cardona** presenta los siguientes diagnósticos: Fractura de arcos costales posteriores izquierdos en costillas número 6,7 y 8, Traumatismo por caída desde su altura, Herpes Zoster, Intertrigo Hipertensión arterial controlada, Síncope neurocardiogénico, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, Enfermedad por reflujo gastroesofágico, Hipotiroidismo en tratamiento, Gastritis crónica, Intolerancia severa a AINES.

Con relación a la solicitud del servicio de enfermería 24 horas al día, informa que este servicio no se encuentra contemplado dentro del contrato suscrito con la accionante, razón por la cual no es su obligación suministrar dicho servicio médico, pues su actividad se circunscribe a las cláusulas del contrato civil pactado, por otra parte, considera que quien debe cubrir este servicio es la **EPS Aliansalud** por ser la aseguradora a la cual se encuentra afiliada la señora **Cardona de Henao**.

Por lo anterior, solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela y se ordene a la **EPS** garantizar el servicio requerido por la actora a través del plan de Beneficios en salud de la afiliada en atención al principio de complementariedad y concurrencia del sistema de salud, de manera subsidiaria solicita se ordene solicitar el reembolso ante la **EPS Aliansalud** en caso de que se ordene a la entidad que representa suministrar el servicio de enfermería.

Clínica de shaio

La IPS en cuestión, refiere que la acción de tutela no está direccionada en contra de la fundación, informa además que estableció comunicación con la doctora **Karen Parejo Gallardo** medica neuróloga y tratante de la señora **Cardona**, quien informó que debido a la avanzada edad de la paciente y el antecedente de enfermedad Alzheimer se requiere por prevención un cuidador permanente, también indicó que la enfermedad que padece la accionante es progresiva por lo que no hay ningún

Radicación: No. 2022-170
Accionante: Aura Rosa Cardona de Henao agenciada
Accionado: Colmedica medicina prepagada
Decisión: Tutelar - parcialmente

tratamiento efectivo para su recuperación por el contrario se presenta un deterioro continuo. Aclara que las autorizaciones de los servicios médicos, requeridos no son competencia de la Fundación como IPS sino que esta responsabilidad recae en las aseguradoras en la que se encuentre adscrita y afiliada la paciente. Por lo anterior solicita se desvincule a la fundación Abood Shaio

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

El apoderado de la entidad vinculada, frente al caso puntual informó al Despacho que es una entidad adscrita al Ministerio de Salud y protección social con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de solidaridad y garantía FOSYGA, del fondo de salvamento y garantías para el sector salud – FONDAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del régimen contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social. (UGPP)

Frente al caso concreto, informa que en los casos en los que se contratan servicios de salud adicional o complementaria, son de entera responsabilidad de los afiliados y cuya prestación no corresponde prestar al Estado, por no estar dentro del ámbito del servicio público de salud, Para el caso objeto de estudio, la prestación de salud procede derivado de un contrato privado de seguro, por lo que, si el problema jurídico que se ventila es el alcance del contrato, no es competencia de la Jurisdicción Constitucional entrar a resolverlo.

Debe resaltarse que la señora **Aura Rosa Cardona** requiere servicio enfermería domiciliaria y demás servicios de salud prescritos por su galeno derivado de su estado de salud a cargo la póliza de seguros suscrita con la aquí accionada, sin embargo, es también importante indicar que, en caso de no presentar cobertura para que se practiquen los procedimientos requeridos en virtud del contrato de medicina prepagada adquirido, se debe agotar el mecanismo ordinario ante la EPS en el sentido de solicitar la valoración y evaluación médica requerida para que este determine los procedimientos a seguir según aplique para el caso presente, con el fin de que le sea brindada la atención en salud que se ha considerado como necesaria.

Finalmente, es preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

Solicita se desvincule a la entidad a la que representa y se deniegue cualquier solicitud dirigida a realizar recobro por parte de la EPS; en caso de acceder al amparo solicitado no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades que se compruebe

Radicación: No. 2022-170
Accionante: Aura Rosa Cardona de Henao agenciada
Accionado: Colmedica medicina prepagada
Decisión: Tutelar - parcialmente

la vulneración de derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

Aliansalud EPS

La representante legal de la EPS vinculada informa al Despacho que, frente al caso de solicitud del servicio de enfermería y o cuidador, que la usuaria no tiene orden médica en la que el profesional tratante indique la pertinencia del servicio de enfermería y no se evidencian actividades a realizar para tal servicio, adicional a esto refiere que lo que se necesita es un cuidador y no hay orden medica prescrita por profesional adscrito a la red de prestadores de **Aliansalud**. Asimismo, señala que no es posible acceder a la solicitud de servicio de cuidador, ya que por las condiciones descritas en historia clínica las actividades a desarrollar a la paciente son netamente asistenciales de cuidados básicos los cuales deben brindarse por cuidador primario o por parte del grupo familiar, pues los servicios asistenciales son prestados por medio de las atenciones domiciliarias.

Por lo antes expuesto, solicita que se declare la improcedencia de la tutela y no amparar los derechos fundamentales petitionados.

Superintendencia Nacional de Salud

La subdirección de la oficina jurídica de la entidad vinculada informa que no existe nexo de causalidad entre su representada y los hechos puestos de presente por la parte accionante, por lo tanto, considera improcedente la acción de tutela frente a su representada. Frente al caso concreto indica que la accionante se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud en la **EPS Aliansalud**, en el régimen contributivo y cuenta con servicios médicos en la entidad **colmedica medicina prepagada** encargada de prestarle los servicios médicos requeridos por la usuaria, señala que se debe tener en cuenta la prevalencia del concepto médico tratante en los caso de conflicto entre este y la EPS accionada por cuanto la decisión de ordenar por parte de su médico tratante obedece a la enfermedad o síntomas que padece el paciente o a la formación y el conocimiento del galeno, esta de conformidad con la Ley 1438 de 2011 que menciona la autonomía de los profesionales de la salud.

Tambien trae a colación la prohibición de imponer trabas administrativas a los actores que hacen parte del sistema de seguridad social en salud y el derecho fundamental a la salud de los adultos mayores, y la normatividad y jurisprudencia que se ha desarrollado en punto a obtener la prestación de servicio de cuidador en los eventos en que el juez de tutela ordena la prestación de este servicio medio en específico. Ahora bien, en el evento en que la atención de la accionante se preste por parte medicina prepagada, se informa que, frente a los Planes Voluntarios de Beneficios, el Decreto Único de Salud 780 de 2016 señala:

Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según lo establece el artículo 2.2.4.1 “(...) pueden prestarse beneficios adicionales al conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados como servicio público esencial en salud, que no corresponde garantizar al Estado bajo los principios de solidaridad y universalidad.

Radicación: No. 2022-170
Accionante: Aura Rosa Cardona de Henao agenciada
Accionado: Colmedica medicina prepagada
Decisión: Tutelar - parcialmente

Estos beneficios se denominan Planes Voluntarios de Salud y son financiados con cargo exclusivo a los recursos que cancelen los particulares. Estos planes serán ofrecidos por las Entidades Promotoras de Salud, las Entidades Adaptadas, las compañías de medicina Prepagada y las aseguradoras.

Por su parte el Artículo 2.2.4.2 establece que "(...) se entiende por plan de atención adicional, aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria.

El acceso a estos planes será de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias.

El usuario de un plan voluntario de salud podrá elegir libre y espontáneamente si utiliza el POS o el Plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan." A la luz del artículo

2.2.4.4 del Decreto Único de Salud 780 de 2016, los contratos de planes adicionales, hoy voluntarios, de salud, sólo podrán celebrarse o renovarse con personas que se encuentren afiliadas al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea en calidad de cotizantes o beneficiarios.

Las personas de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 podrán celebrar estos contratos, previa comprobación de su afiliación al régimen de excepción al que pertenezcan. Cuando una entidad autorizada a vender planes adicionales, hoy voluntarios, de salud celebre o renueve un contrato sin la previa verificación de la afiliación del contratista y las personas allí incluidas a una Entidad Promotora de Salud, deberá responder por la atención integral en salud que sea demandada con el objeto de proteger el derecho a la vida y a la salud de los beneficiarios del Plan Adicional, hoy voluntario, de Salud.

La entidad queda exceptuada de esta obligación cuando el contratista se desafilie del sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de suscripción o renovación del contrato, quedando el contratista o empleador moroso, obligado a asumir el costo de la atención en salud que sea requerida. Para efectos de tomar un Plan Adicional, hoy voluntario, de Salud la entidad oferente podrá practicar un examen de ingreso, previo consentimiento del contratista, con el objeto de establecer en forma media el estado de salud de un individuo, para encauzar las políticas de prevención y promoción de la salud que tenga la institución respectiva y de excluir algunas patologías existentes. Conforme a los incisos 1º del artículo 37 de la Ley 1438 de 2011, que modifica el artículo 169 de la Ley 100 de 1993, los Planes Voluntarios de Salud podrán incluir coberturas asistenciales relacionadas con los servicios de salud, serán contratados voluntariamente y financiados en su totalidad por el afiliado o las empresas que lo establezcan con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias o el subsidio a la cotización. Tales Planes según el inciso 3º del artículo 37 de la Ley 1438 de 2011 podrán ser: "169.1 Planes de atención complementaria del Plan Obligatorio de Salud emitidos por las Entidades Promotoras de Salud. 169.2 Planes de Medicina Prepagada, de atención pre

Radicación: No. 2022-170
Accionante: Aura Rosa Cardona de Henao agenciada
Accionado: Colmedica medicina prepagada
Decisión: Tutelar - parcialmente

hospitalaria o servicios de ambulancia Prepagada, emitidos por entidades de Medicina Prepagada.

Por lo anterior, solicita que se declare la inexistencia de nexo de causalidad con relación a la presunta vulneración de los derechos fundamentales, falta de legitimación en la causa por pasiva y se desvincule a entidad que representa.

PRUEBAS

Con el escrito de tutela, **la parte accionante** aportó órdenes médicas copia de los documentos de identidad, historia clínica y certificado de afiliación **ADRES**.

Por su parte, **la accionada Colmedica medicina prepagada**, orden médica y certificado de existencia y representación, la **EPS Aliansalud** aportó Certificado de existencia y representación y listado de utilidades y la **ADRES** no aportó ningún soporte probatorio, solo el poder **Superintendencia Nacional de Salud** allegó poder y la **Clínica Shaio** aportó certificado de existencia y representación, poder, copia de la historia clínica, copia de las ordenes médicas, copia de correo electrónico y copia de formato de negación de servicios de salud y medicamentos enviado por colmedica medicina prepagada.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con los Decretos 2591 de 1991 y Decreto 1983 de 2017 que dispone reglas de reparto, es competente este Despacho para resolver la solicitud de la tutela, por tratarse las accionadas de entidades con las cuales la accionante generó un vínculo, siendo fuente de la supuesta vulneración a los derechos fundamentales de salud y seguridad social consagrados en la Constitución Política.

Frente al factor territorial, la dirección de ubicación de la accionante es Bogotá y en esta misma ciudad tienen ocurrencia los hechos fundamento de la solicitud de amparo.

2. Del sub exámine

El artículo 86 de la Carta Política el que señala 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 quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Radicación: No. 2022-170
Accionante: Aura Rosa Cardona de Henao agenciada
Accionado: Colmedica medicina prepagada
Decisión: Tutelar - parcialmente

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

Dignidad Humana

La dignidad humana puede ser entendida bajo los siguientes lineamientos, como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características, como ciertas condiciones materiales concretas de existencia, y como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral, lo que evoca a pensar que no solo es un derecho fundamental sino que es un principio fundante del ordenamiento jurídico y que por tanto del Estado debe respetar este merecimiento a toda persona por el hecho de ser tal.

Vida

El derecho a la vida no significa la simple posibilidad de existir, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, compromete el derecho. Aunado a lo anterior el derecho a la vida no es un concepto restrictivo, por lo tanto no se limita solamente a la idea reducida de peligro de muerte, sino que es un concepto que 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”*¹.

Salud

Se anota que la Corte Constitucional ha desarrollado el derecho a la salud como la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, haciéndolo un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales²; de igual forma el Juzgado anota que el derecho a la salud es una garantía de carácter prestacional, que se convierte en un derecho fundamental y, por tanto, susceptible de protección por vía de tutela.

Ahora bien, para resolver el caso en concreto es necesario precisar que:

¹ Sentencia T-416/01, Expediente T-432703, Magistrado Ponente: Gerardo Monroy Cabra, Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil uno (2001).

² Sentencia T-001/18, Expediente T-6.265.689, Magistrada Ponente: Cristina Pardo, Bogotá D.C., Quince (15) de enero de dos mil dieciocho (2018).

Radicación: No. 2022-170
Accionante: Aura Rosa Cardona de Henao agenciada
Accionado: Colmedica medicina prepagada
Decisión: Tutelar - parcialmente

La Constitución Política de Colombia consagra el Derecho fundamental a la Salud, como un servicio público a cargo del Estado, garantizando a todas las personas el acceso en cuanto a prevención, protección y atención en salud se refiere; todo ello acorde con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

En consecuencia, el Estado debe procurar que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud que requieran, pues ello asegura una calidad de vida digna, teniendo en cuenta que la salud es el instrumento mediante el cual los seres humanos pueden desarrollarse, pues sin ella, sería imposible ejercer a plenitud los demás derechos fundamentales³.

El derecho a la salud ha sido objeto de reiterados pronunciamientos, cuando existe conflicto acerca de la forma en que debe asimilarse su protección. Anteriormente, la Corte aplicaba la tesis de conexidad, en donde el derecho de carácter prestacional, que pretende protegerse por vía de tutela, debe tener una inescindible relación con un derecho fundamental, particularmente la vida digna. De otro lado con posterioridad, adoptó la tesis según la cual un derecho es fundamental de manera autónoma cuando el fin es garantizar la salud de sujetos de especial protección como los menores de edad, los desplazados y los adultos mayores. En efecto, estos postulados no necesariamente conllevan a delimitar si el derecho a la salud es de carácter fundamental o no, sino a la manera en que debe lograrse su realización en la práctica. En la sentencia T-760 de 2.008 la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que esa corporación ha establecido sobre el derecho a la salud; en esta providencia se argumentó, al igual que en reiteradas oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo:

“Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.”

³ La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales señaló que “la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos” (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

Radicación: No. 2022-170
Accionante: Aura Rosa Cardona de Henao agenciada
Accionado: Colmedica medicina prepagada
Decisión: Tutelar - parcialmente

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que los derechos de contenido prestacional, en especial a la seguridad social en salud, se le pueden reconocer el carácter de derechos fundamentales cuando:

- i) *Se trata de un sujeto de especial protección constitucional,*
- ii) *Porque se está en presencia de una situación que evidencia que la vulneración del derecho a la salud implica una amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, como por ejemplo la vida, el trabajo o la dignidad humana entre otros; o*
- iii) *Porque se presente el fenómeno jurídico de la transmutación de un derecho prestacional en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de los mandatos constitucionales.⁴*

Por otra parte, frente al carácter de fundamental que puede adquirir el derecho a la salud, cuando se encuentra en íntima relación con uno, que por sí solo, es fundamental, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

“[I]a prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (CP arts 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez Constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

Con todo, actualmente, la Corte ha optado por dejar atrás la tesis de conexidad y adoptar de manera definitiva el criterio según el cual el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, todo ello por cuanto consideró que en sí mismo, exigir tal conexidad resultaba “artificial” ya que todos los derechos de alguna manera tienen un carácter prestacional, queriendo decir con ello que existe una estrecha relación entre “*un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental*”⁵

Además de reconocer que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, el cual puede protegerse a través del recurso de amparo, esta Corporación también consideró necesario determinar que en ciertos casos la tutela es el mecanismo apropiado para garantizar este derecho cuando quien la solicita es un sujeto de especial protección. Al respecto la jurisprudencia constitucional puntualizó lo siguiente:

“Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las solicitudes de inaplicación de las normas legales o reglamentarias que rigen el

⁴ Ver sentencia T-419 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵ Sentencia T-760 del 13 de julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda.

Radicación: No. 2022-170
Accionante: Aura Rosa Cardona de Henao agenciada
Accionado: Colmedica medicina prepagada
Decisión: Tutelar - parcialmente

sistema de salud únicamente podrá acudir al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.”

La salud es un concepto que guarda íntima relación con el bienestar del ser humano y que dentro del marco del Estado social, al convertirse en derecho, se constituye en un postulado fundamental del bienestar ciudadano al que se propende en el nuevo orden social justo, a fin de garantizar un mínimo de dignidad a las personas. En este sentido se ha indicado que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento.

Por su parte, la vida humana, en los términos de la protección constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. No obstante, debe tenerse en cuenta que no en todo caso en que se alegue la lesión al derecho a la salud, la aplicación de la normatividad infraconstitucional que establece los servicios que brinda el sistema de salud resulta incompatible con los derechos fundamentales. Para llegar a esa conclusión el funcionario judicial debe constatar que:

- i) La falta del servicio médico o el medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;*
- ii) El servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;*
- iii) El interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y*
- iv) El servicio médico o el medicamento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.*

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que el criterio expuesto por el médico tratante del paciente, prima a la hora de determinar la necesidad del suministro del servicio médico solicitado, pues es éste quien mejor conoce su estado de salud y está plenamente capacitado para determinar la atención médica que requiere. Al respecto, ha señalado que el Comité Técnico Científico de la entidad podrá reversar la decisión del médico tratante, siempre y cuando se base en conceptos de médicos especialistas en el campo en cuestión y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico del paciente

Radicación: No. 2022-170
Accionante: Aura Rosa Cardona de Henao agenciada
Accionado: Colmedica medicina prepagada
Decisión: Tutelar - parcialmente

El carácter prevalente de la prescripción médica emitida por el médico tratante.

Ha sido amplia la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, al reiterar que el ordenamiento garantiza a todas las personas, como componente esencial del derecho a la salud, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran para resguardar su dignidad humana. La Corte ha resaltado que quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, el médico tratante.

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que:

“...(i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que puedan existir respecto de su condición de salud, lo que conlleva a que sea quien tenga la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio de salud; y (iii) actúa en nombre de la entidad que presta el servicio”⁶

El alto Tribunal ha señalado en varias oportunidades que la prestación en salud ordenada por el médico tratante se torna fundamental para la persona que la requiere para proteger o restablecer su salud.

No obstante, dado que, bajo la regulación actual, la manera de acceso a los servicios de salud sigue dependiendo, en principio, de si el servicio requerido se encuentra o no incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud al cual la persona tiene derecho, la Resolución 3099 de 2008 establece que la prescripción del médico tratante de un servicio de salud no incluido en el POS debe ser remitida por éste mismo al Comité Técnico Científico para su evaluación, aprobación o desaprobación. Es decir, que actualmente la normativa en materia de salud le otorga al CTC la facultad para determinar si autoriza o no un servicio de salud no POS ordenado por el médico tratante, de acuerdo con unos criterios y un procedimiento previamente establecido. Sin embargo, han dejado claro a través de la jurisprudencia que:

“El Comité Técnico Científico de las entidades prestadoras del servicio de salud no es propiamente un órgano de carácter técnico sino administrativo, debido a su estructura y a las funciones que desempeña, y por lo tanto ha precisado que estos comités no son una instancia más entre los usuarios y las EPS y que su concepto no es un requisito indispensable para el otorgamiento de servicios de salud requeridos por un paciente”⁷

Para desvirtuar la orden del médico tratante se ha dicho, que la opinión de cualquier otro galeno no es suficiente, la base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de

⁶ Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

⁷ Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo

Radicación: No. 2022-170
Accionante: Aura Rosa Cardona de Henao agenciada
Accionado: Colmedica medicina prepagada
Decisión: Tutelar - parcialmente

fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante. El dictamen del profesional de la medicina tratante, respecto de un servicio de salud que requiera un determinado paciente, debe prevalecer sobre el concepto del Comité Técnico Científico y cualquier otro miembro de la EPS, inclusive sobre la opinión otro profesional de la salud puesto que el médico tratante es un profesional científicamente calificado y es quien mejor conoce la condición de salud del paciente⁸.

El derecho a la salud de los adultos mayores

La constitución política de Colombia, refiere que los adultos mayores gozan de especial protección constitucional por lo tanto le corresponde al Estado, la Sociedad y la Familia promover su integración a la vida activa y comunitaria.

En reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que: *los adultos mayores son sujetos de especial protección, debido a que se encuentran en una situación de desventaja por la pérdida de sus capacidades causada por el paso de los años. Según la Corte Constitucional, los adultos mayores sufren del desgaste natural de su organismo y, con ello, del deterioro progresivo e irreversible de su salud, lo cual implica el padecimiento de diversas enfermedades propias de la vejez. Lo anterior requiere, en consecuencia, que se garantice a los adultos mayores la prestación de los servicios de la salud que requieran*⁹.

El carácter de especial protección implica, por una parte, que los derechos fundamentales de los adultos mayores deben interpretarse en concordancia con el principio de dignidad humana, por otra parte, que la protección de dichos derechos es prevalente. En otras palabras, la defensa de los derechos fundamentales de los adultos mayores es de relevancia trascendental.

El servicio de enfermería

Para acceder a servicios y tecnologías en salud, el usuario debe acudir al profesional en salud tratante quien dará la prescripción médica, frente a la prestación del servicio de enfermería se refiere a una persona que apoya en la realización de algunos procedimientos, que solo podría brindar personal con conocimientos calificados en salud, y en esos términos será prescrito por quien deberá determinar en qué casos si es necesario el apoyo de un profesional de salud para atención y cuidados especiales que se deban proporcionar al paciente. Se ha dicho que este servicio se encuentra incluido en el plan de beneficios en salud y se rige por la modalidad de atención domiciliaria para la prestación del servicio en el lugar de residencia del paciente, y cuenta con el apoyo del profesional, pero también de su familia, este servicio se circunscribe únicamente en el ámbito de la salud y procede en los casos de enfermedad en fase terminal y enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida.

⁸ Respecto a la prevalencia del concepto del médico tratante, frente al concepto del Comité Técnico Científico y/o de los funcionarios administrativos de la EPS, ver entre muchas otras, las siguientes sentencias: T-666 de 1997, T-155 de 2000, T-179 de 2000, T-378 de 2000, T-284 de 2001, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002, T-760 de 2008.

⁹ Sentencia SU - 508 de 2020 MP Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas.

Radicación: No. 2022-170
Accionante: Aura Rosa Cardona de Henao agenciada
Accionado: Colmedica medicina prepagada
Decisión: Tutelar - parcialmente

En caso de que exista prescripción médica se debe ordenar directamente cuando fuere solicitado vía tutela; sin embargo, se no se acredita la existencia de orden médica, el juez constitucional podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se advierta la necesidad de impartir una orden de protección¹⁰.

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho a determinar si **Colmedica medicina prepagada** vulnera los derechos fundamentales de salud, vida y seguridad social, consagrados en la Constitución Política, de **Aura Rosa Cardona de Henao** agenciada, debido a que no se ha autorizado el servicio de enfermería 24 horas que fuera ordenado desde el pasado a **22 de septiembre de 2022**, con ocasión al diagnóstico padecido.

De conformidad con los anteriores postulados, procede el Despacho a analizar el caso objeto de estudio.

EL CASO OBJETO DE ESTUDIO

Obra en el expediente que la señora **Aura Rosa Cardona de Henao** agenciada es una persona de 93 años de edad, se encuentra afiliada a **Colmedica medicina prepagada** y en el régimen contributivo como cotizante a la **EPS Aliansalud**, obra en el expediente que la accionante ha sufrido varios accidentes debido a que presente la enfermedad de Alzheimer y presentó un cuadro clínico de caída *presentar cuadro clínico de 5 días de evolución de caída desde silla con posterior trauma en reja costal izquierda desde entonces con presencia de dolor exacerbación del mismo por lo que deciden consultar, refiere manejo con compresas de aguacaliente posterior eritema y ardor, en el momento se encuentra paciente consciente, alerta, orientada con signos vitales estables dolor a lapalpación en hemitórax izquierdo, no crepitos, no deformidades con quemadura grado I.*

Con ocasión al accidente padecido, fue hospitalizada en la **Clínica Shaio** donde le fue ordenado el siguiente tratamiento: *“inicio de trámites para hospitalización domiciliaria consistente en; oxígeno domiciliario por cánula nasal a bajo flujo (2 lpm), terapia física dos veces a la semana, terapia respiratoria tres veces a la semana e incentivo respiratorio, **asistencia de enfermería durante las 24 horas los siete días a la semana durante un mes dado limitación para la movilidad, incapacidad para estar sola y realizar las actividades cotidianas**, manejo de quemadura de primer grado lateral izquierda y terapia analgesica, se le explica a la paciente y la acompañante (Hija Nubia) conducta a seguir quienes refieren entender y aceptar”* (subrayado fuera de texto)

La institución **Colmedica medicina prepagada** informa que no se ha suministrado el servicio de enfermería, debido a que no se encuentra dentro del contrato pactado con la señora **Rosa Cardona**, por lo que debe ser la **EPS** a la cual se encuentra afiliada quien debe suministrar el servicio médico requerido, por su parte la **EPS Aliansalud**, indica que no existe orden medica emitida por un profesional de la salud que se encuentre inscrito a su red de prestadoras de servicios y que haya ordenado este servicio médico, razón por la cual no está obligada a prestar el servicio solicitado por medio de esta acción de tutela

¹⁰ Sentencia SU - 508 de 2020 MP Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas

Radicación: No. 2022-170
Accionante: Aura Rosa Cardona de Henao agenciada
Accionado: Colmedica medicina prepagada
Decisión: Tutelar - parcialmente

Este Estrado Judicial indica que la señora **Aura**, es una mujer de 93 años que padece múltiples enfermedades, entre estas Alzheimer que es una enfermedad degenerativa, no tiene tratamiento o cura y debido a la misma ha sufrido varios accidentes que le han causado politraumatismos, incluso fracturas y esguinces, por lo que actualmente no puede valerse por sí misma y debe estar acompañada todo el tiempo debido a su incapacidad para realizar actividades cotidianas, esto permite concluir que actualmente se encuentra en riesgo su vida e integridad, incluso se ve afectada su dignidad humana. Frente al servicio de enfermería se ha dicho que este servicio se encuentra incluido en el Plan de Beneficios en Salud, también se ha señalado que el concepto medico particular vincula a la entidad prestadora del servicio de salud, obligándola a acatarlo, modificarlo o desvirtuarlo, y por lo tanto la Corte Constitucional ha determinado que se vulnera el derecho a la salud cuando se niega un servicios medico bajo el argumento de que lo prescribió un médico externo sin tener en consideración aspectos como *ii) que existe un concepto medico particular, ii) es un profesional reconocido por el sistema de salud, y iii) la entidad no ha desvirtuado dicho concepto con base en razones científicas*¹¹.

Ahora bien, también se ha señalado que el principio de solidaridad que se predica del sistema general de salud, implica una mayor carga y exigibilidad en las conductas que debe desplegar tanto por el Estado, como la sociedad para proteger aquellos sujetos de especial protección que por su condición, no lo pueden hacer independientemente, esto incluye a la familia y a las entidades que conforman el sistema general de seguridad social en salud, en tanto que si bien la familia debe asumir la responsabilidad por el enfermo, también son estas entidades quienes tienen a cargo la prestación del servicio público y la obligación de prestar servicios médicos asistenciales que sus afiliados requieran. Sobre este particular se debe precisar que la señora **Aura Rosa** se encuentra en un delicado estado de salud, pues ésta es dependiente en un 100% para realizar sus actividades cotidianas, razón por la cual se inició manejo con medicina domiciliaria, y se ordenó una enfermera durante las 24 horas del día los 7 días de la semana, esta información también fue corroborada por la médico especialista en neurología de la **Clínica Shaio** quien reiteró la necesidad se otorgar una enfermera a la accionante las 24 horas debido a la complejidad de sus patologías y el alto riesgo a sufrir accidentes.

Esta acción de tutela tiene como sustento una orden médica emitida por sus médicos tratantes a través del servicio de medicina prepagada, si bien la **EPS Aliansalud** señala que no es su obligación suministrar el servicio de salud, esta afirmación no es de recibo para este estrado judicial pues como se señaló previamente se encuentra acreditado que existe un i) concepto médico, ii) la médico tratante es una profesional que hace parte del sistema de salud, y iii) a la fecha la **EPS Aliansalud** vinculada no ha desvirtuado este concepto desde que conoció de dicha prescripción, ahora bien, frente al factor económico, si bien la actora hace parte del plan de medicina prepagada, nótese como el peticionario solicita que el servicio médico de enfermería sea brindado no las 24 horas que fueron ordenadas por la médico tratante, sino 12 horas, ya que el núcleo familiar de la señora **Aura Rosa** informa que la cuidaría durante las 12 horas restantes.

¹¹ Sentencia T 235 de 2018 MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Radicación: No. 2022-170
Accionante: Aura Rosa Cardona de Henao agenciada
Accionado: Colmedica medicina prepagada
Decisión: Tutelar - parcialmente

De conformidad con lo antes señalado este Estrado Judicial, evidencia que al existir orden médica el Juez Constitucional puede ordenar este servicio directamente vía tutela, y en el caso como ya fue puesto de presente se denota la necesidad del servicio, el cual puede ser suministrado por la **EPS Aliansalud** pues el mismo se encuentra incluido en el **Plan de Beneficios en Salud**. Consecuente con lo manifestado el Despacho **tutelar** los derechos fundamentales de salud, vida y seguridad social de la agenciada señora **Aura Rosa Cardona de Henao**. De igual manera se **ordenará** a la **EPS Aliansalud**, para que **en un término no superior a 3 días** contados a partir de la notificación de este fallo practique Junta Médica a la señora **Aura Rosa Cardona de Henao** para que con base en la historia clínica de la paciente y los conceptos médicos que se han suministrado por los profesionales de la salud de la **Clínica Shaio**, determine la pertinencia de ordenar y autorizar en la modalidad de atención domiciliaria el servicio de enfermería por 24 horas o por 12 horas, lo anterior, teniendo en cuenta los diagnósticos médicos con los que cuenta la agenciada y dado que este servicio si se encuentra incluido en el Plan de Beneficios en Salud, una vez establecida la prestación del servicio de salud de enfermería se deberá autorizar y suministrar el mismo a través la IPS que elija del listado de prestadores de servicios de salud, para el cumplimiento de esta orden.

Del cumplimiento de esta decisión la **EPS Aliansalud**, informará al Juzgado, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

Por lo anterior, no existe una orden que impartir a la entidad **Colmedica Medicina prepagada**, toda vez que, la relación que existe entre la accionante y la accionada se encuentra regulada mediante un contrato de naturaleza privada y en caso de existir inconformidad en el acuerdo suscrito se deberá resolver ante la jurisdicción ordinaria teniendo en cuenta que se trata de una relación civil regida por la autonomía de la voluntad. Razón por la cual no se ordenará la protección de los derechos invocados en contra de **Colmedica Medicina Prepagada**.

De esta misma manera, se ordenará desvincular a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES** y a la **Clínica de Shaio** y a la **Superintendencia de Salud**, por cuanto no se observa que estas entidades hayan vulnerado los derechos fundamentales deprecados por la parte accionante de acuerdo con la información allegada en su escrito de contestación.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados por **Aura Rosa Cardona de Henao** como agenciada, en contra de **Colmedica Medicina Prepagada**, por las razones expuestas en la parte orgánica de esta decisión.

SEGUNDO: TUTELAR los derechos fundamentales invocados por **Aura Rosa**

Radicación: No. 2022-170
Accionante: Aura Rosa Cardona de Henao agenciada
Accionado: Colmedica medicina prepagada
Decisión: Tutelar - parcialmente

Cardona de Henao como agenciada en contra de la **EPS Aliansalud**, en consecuencia **SE ORDENA** que en un término no superior a 3 días contados a partir de la notificación de este fallo practique Junta Médica a la señora **Aura Rosa Cardona de Henao** para que con base en la historia clínica de la paciente, los conceptos médicos que se han suministrado por los profesionales de la salud de la **Clínica Shaio**, determine la pertinencia de ordenar y autorizar en la modalidad de atención domiciliaria el servicio de enfermería por 24 horas o por 12 horas, lo anterior, teniendo en cuenta los diagnósticos médicos con los que cuenta la agenciada y dado que este servicio si se encuentra incluido en el **Plan de Beneficios en Salud**. Asimismo, una vez establecida la prestación del servicio de salud de enfermería se deberá autorizar y suministrar el mismo a través de la IPS que elija del listado de prestadores de servicios de salud, para el cumplimiento de esta orden.

TERCERO: DESVINCULAR a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES** y a la **Clínica de Shaio** y a la **Superintendencia de Salud**, conforme se puso de presente en párrafos precedentes.

CUARTO: INFORMAR a la parte accionante y a la parte accionada que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR que de no ser impugnada esta decisión sea remitida la actuación de copias, a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

SEXTO: ARCHIVAR el expediente, una vez la H. Corte Constitucional decida sobre su revisión, dejando las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:
Omar Leonardo Beltran Castillo
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Penal 74 Control De Garantías
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: 69b0c52553220b457138d47845396808626432f653b16c238b594fbc1c1d679d

Documento generado en 18/11/2022 02:14:10 PM

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