

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN



Magistrada Ponente
LAURA JULIANA TAFURT RICO

| | |
|-------------------------|---|
| PROCESO | ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA |
| SENTENCIA | GENERAL N° 092 – SEGUNDA INSTANCIA N° 074 |
| ACCIONANTE | ELVIRA ROSA SÁNCHEZ CARRILLO |
| AGENTE OFICIOSO | BLANCA INÉS SÁNCHEZ |
| ACCIONADAS | NUEVA E.P.S, IPS MECAS SALUD |
| RADICADO | 81-736-31-04-001-2022-00225-01 |
| RADICADO INTERNO | 2022-00214 |
| TEMAS Y SUBTEMAS | REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA SALUD Y VIDA - SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL - ADULTOS MAYORES - ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD. |

Aprobado por Acta de Sala **No. 338**

Arauca (Arauca), diecisiete (17) de agosto de dos mil veintidós (2022)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la *impugnación* interpuesta por la **NUEVA EPS**, frente al fallo proferido el 11 de julio de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), que *concedió* el amparo de los derechos fundamentales a la *salud, en conexidad con la vida, seguridad social, dignidad humana e integridad personal*, invocados por **BLANCA INÉS SÁNCHEZ**, quien actúa como agente oficiosa de la señora **ELVIRA ROSA SÁNCHEZ CARRILLO**, dentro de la acción de tutela que instauró contra la entidad recurrente.

II. ANTECEDENTES

2.1. La tutela en lo relevante

Expuso la agente oficiosa que su progenitora actualmente tiene 74 años de edad y presenta un diagnóstico de “*SECUELAS DE OTRAS ENFERMEDADES CEREBROVASCULARES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS, HIPERTENSIÓN ESENCIAL PRIMARIA, DIABETES MELLITUS NO INSULINODEPENDIENTE SIN MENCIÓN DE COMPLICACIÓN, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, CERVICALGIA*», dependencia total e incapacidad funcional severa con escala de Barthel igual a 0, razón por la que necesita acompañamiento permanente.

Indicó que el 16 de abril de 2022, el médico tratante de la IPS Mecas Salud le ordenó pañales desechables, talla M, tipo Tena pants ultra, 1 pañal cada 6 horas por 6 meses, cantidad 720; “*uroanálisis con sedimento y densidad urinaria, urocultivo, antibiograma, hemograma IV, glucosa en suero, creatinina, colesterol de alta densidad (HDL), de baja densidad (LDL), colesterol total, triglicéridos, microalbuminuria, hemoglobina glicosilada*”; “*paquete de atención domiciliaria a paciente crónico con terapias. El objetivo de la fisioterapia es promover, mantener, restablecer y aumentar la movilidad de las extremidades y prevenir anquilosis y deformación*”; cuidador domiciliario 12 horas diurnas; y los medicamentos “*Losartan Tab x 50mg, Memantina Tab x 10mg, Metformina Tab x 850mg, Acetaminofen Tab x 500mg*”.

Informó que la NUEVA E.P.S. no ha autorizado los citados exámenes, medicamentos y servicios domiciliarios, pese a que su madre es una señora de avanzada edad y “*discapacitada*”.

Con base en lo expuesto, pidió el amparo de los derechos fundamentales a la salud, en conexidad con la vida, seguridad social, dignidad humana e integridad personal y, en consecuencia, se ordene a la **NUEVA E.P.S.** «*que de manera urgente y prioritaria realice las gestiones pertinentes*», para que suministre “*paquete de atención domiciliaria a paciente crónico con terapias, uroanálisis con sedimento y densidad urinaria, urocultivo, antibiograma, hemograma IV, glucosa en suero, creatinina, colesterol de alta densidad (HDL), de baja densidad (LDL), colesterol total, triglicéridos, microalbuminuria, hemoglobina glicosilada, pañales*

*desechables, talla M, tipo Tena pants ultra, 1 pañal cada 6 horas por 6 meses, cuidador 12 hr diurna*¹, así como garantizar la atención integral en salud.

Aportó como pruebas²: **(i)** cédula de ciudadanía de la agenciada y la agente oficiosa; **(ii)** historia clínica de 16 de abril de 2022, expedida por la IPS Mecas Salud; **(iii)** fórmulas médicas de 16 de abril de 2022³, que ordenaron *«pañales desechables, talla M, tipo Tena pants ultra, 1 pañal cada 6 horas por 6 meses, cantidad 720»*; *“uroanálisis con sedimento y densidad urinaria, urocultivo, antibiograma, hemograma IV, glucosa en suero, creatinina, colesterol de alta densidad (HDL), de baja densidad (LDL), colesterol total, triglicéridos, microalbuminuria, hemoglobina glicosilada”*; *“paquete de atención domiciliaria a paciente crónico con terapias. El objetivo de la fisioterapia es promover, mantener, restablecer y aumentar la movilidad de las extremidades y prevenir anquilosis y deformación”*; cuidador domiciliario 12 horas diurnas; y *“Losartan Tab x 50mg, Memantina Tab x 10mg, Metformina Tab x 850mg, Acetaminofén Tab x 500mg”*; y **(iv)** certificado de dependencia funcional de la paciente con Escala de Barthel igual a 0 equivalente a dependencia total e incapacidad funcional severa.

2.2. Sinopsis procesal

Presentada el 23 de junio de 2022 la acción constitucional⁴, esta fue asignada por reparto al Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), autoridad judicial que, mediante auto de la misma calenda⁵, la admitió contra la Nueva EPS, vinculó a la IPS Mecas Salud Domiciliaria S.A.S., y corrió traslado de la demanda para el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa.

Notificada la admisión, las entidades llamadas al proceso se pronunciaron en los siguientes términos:

2.2.1. NUEVA E.P.S.⁶

¹ Cuaderno del Juzgado. 03TutelaAnexos. F. 4.

² Cuaderno del Juzgado. 03TutelaAnexos. F. 12 a 31.

³ Ibid. F. 13.

⁴ Ibid. F. 1.

⁵ Cuaderno del Juzgado. 04AutoAdmite.

⁶ Cuaderno del Juzgado. 07RespuestasNuevaEPS.

Señaló que el accionante ciertamente se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado con atención preferencial debido a su edad, y que ha prestado los servicios médicos que ha requerido la usuaria desde el inicio de su afiliación.

En cuanto al *“paquete de atención domiciliaria al paciente crónico con terapias”*, informó que cuenta *“con autorización No. 179500545 y se ha designado como prestador a IPS MECAS SALUD, por tanto, se solicita agendamiento y soportes de prestación del servicio. Una vez se obtenga el resultado de dicha gestión se pondrá en conocimiento de su Señoría a través de respuesta complementaria”*⁷.

Respecto al *“cuidador domiciliario”*, es una tarea que debe asumir directamente el familiar del paciente en virtud del principio de solidaridad, por tratarse de un servicio excluido del PBS, y solo excepcionalmente es viable su autorización cuando se reúnan los siguientes requisitos jurisprudenciales: *“(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”*.

Sobre el suministro de pañales, al tratarse de insumos también excluidos del PBS, *“deben contar con fórmula médica por parte del médico tratante, realizada por la plataforma MIPRES, para el presente no se evidencian fórmulas en el aplicativo MIPRES”*.

Se opuso a la solicitud de tratamiento integral, *“puesto que la misma implica prejuzgamiento y asumir la mala fe por parte de la NUEVA EPS S.A sobre hechos futuros que aún no han ocurrido. Esta petición incluye cualquier*

⁷ Ibid. F. 2.

tratamiento, medicamento o demás pretensiones realizadas por la accionante que no haya sido ordenado por médico tratante al momento de la presente acción de tutela”.

Por último, pidió declarar la improcedencia de la acción por no acreditarse la vulneración de derechos, y en caso de otorgarse el amparo *ius* fundamental, se le faculte recobrar ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, los gastos en que deba incurrir para el cumplimiento del fallo y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de prestaciones.

2.3. La decisión recurrida

Mediante providencia del 11 de julio de 2022⁸, el Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), luego de retomar los hechos expuestos en el escrito contentivo de la presente acción y citar la jurisprudencia aplicable al tema, decidió amparar los derechos fundamentales a la salud, vida e integridad personal solicitados en favor de Elvira Rosa Sánchez Carrillo; en consecuencia, dispuso:

*“(…) **SEGUNDO: ORDENAR** a la empresa NUEVA EPS, a través de su representante o quien haga sus veces o lo reemplace, para que si no lo ha hecho, proceda dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión disponga, garantice, autorice y suministre los servicios de “PAQUETE DE ATENCIÓN DOMICILIARIA, ATENCIÓN DOMICILIARIA POR FONIATRÍA Y FONOAUDILOGÍA, TERAPIA OCUPACIONAL, TERAPIAS Y VALORACIÓN POR MEDICINA INTERNA, PAÑALES DESECHABLES TALLA M TENAS, CUIDADOR 12 HORAS DIURNO”, así mismo los siguientes medicamentos: “LOSARTAN TABLETAS, MEMANTINA TABLETAS, METFORMINA TABLETAS, ACETAMINOFEN TABLETAS”, en atención al diagnóstico de: “SECUELAS DE OTRAS ENFERMEDADES CEREBROVASCULARES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS, HIPERTENSIÓN ESENCIAL PRIMARIA, DIABETES MELLITUS NO INSULINODEPENDIENTE SIN MENCIÓN DE COMPLICACIÓN, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, CERVICALGIA”, padecido por la señora ELVIRA ROSA SÁNCHEZ CARRILLO, ordenados por el médico tratante los cuales se deberá garantizar de manera oportuna, eficiente e ininterrumpida. Así también deberá la NUEVA EPS proporcionar los demás procedimientos, consultas especializadas y/o medicamentos PBS o NO PBS que requiera para la recuperación de la salud de la accionante con ocasión al diagnóstico presentado objeto de la presente acción constitucional.*

⁸ Cuaderno del Juzgado. 08Sentencia1era.

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA EPS, que en adelante preste toda la ATENCIÓN MÉDICA, EFICAZ Y PRIORITARIA a la señora ELVIRA ROSA SÁNCHEZ CARRILLO para el tratamiento de la patología de “SECUELAS DE OTRAS ENFERMEDADES CEREBROVASCULARES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS, HIPERTENSIÓN ESENCIAL PRIMARIA, DIABETES MELLITUS NO INSULINODEPENDIENTE SIN MENCIÓN DE COMPLICACIÓN, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, CERVICALGIA”, por ella sufrida y que es motivo de la presente acción constitucional, teniendo en cuenta el presupuesto máximo transferido por la Administradora de los Recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud –ADRES, en consideración a lo regulado en las Resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, que empezaron a regir desde el primero de marzo de 2020”.

Para adoptar la anterior determinación, el Juzgado constató que la NUEVA EPS se niega a suministrar el servicio de cuidador domiciliario con el argumento de que tal deber radica principalmente en los familiares del paciente, mientras no se acredite una imposibilidad material que les impida proveer tales cuidados; no obstante, con la tutela se aportaron no sólo las órdenes médicas sino también el certificado de dependencia total e incapacidad funcional severa de la agenciada, “denotándose con dichos argumentos el incumplimiento, persistiendo en consecuencia la vulneración incoada a favor de la agenciada (sic)”⁹.

Recordó que en tales eventos, se ha ordenado a las EPS suministrar cuidador para apoyar a las familias frente a las excepcionales circunstancias de sus familiares, las cuales para el presente caso se dan, “pues se trata de paciente con evidente condición de discapacidad ad portas de la década de la tercera edad por ende catalogada como sujeto de especial protección constitucional, sus familiares manifiestan no contar con los recursos para sufragar los gastos de un cuidador; por lo tanto no es de recibo la negación de la NUEVA EPS en la prestación del servicio de cuidador domiciliario, bajo la excusa de que dicho servicio no hace parte de prestaciones de salud para garantizarlo”¹⁰.

Por lo que concluyó que en el presente caso, el derecho a la salud para la accionante, quien requiere de un mayor ámbito de protección, especialmente si su garantía va ligada con la dignidad intrínseca del mismo, conllevaba garantizar los tratamientos no incluidos en el PBS pero

⁹ Ibid. F. 8.

¹⁰ Ibid. F. 8.

necesarios, por cuanto se enmarca en un caso excepcional, en el que existen circunstancias que en razón a sus patologías padecidas, hacen de ello un hecho notorio del cual se desprende que su condición de existencia no es idónea, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece¹¹.

2.4. La impugnación¹²

Inconforme con la decisión Nueva E.P.S. la *impugnó*, oportunidad en la que reiteró los argumentos planteados al descorrer el traslado de rigor.

Solicitó revocar la orden de suministrar cuidador domiciliario, pañales y tratamiento integral, porque no hacen parte del Plan de Beneficios en Salud, y porque *“no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera es presumir la mala actuación de esta institución por adelantado”*.

Finalmente, insistió en la petición de que se le permita recobrar ante el ADRES los gastos en que deba incurrir para el cumplimiento del fallo de tutela.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

Es competente este Tribunal para desatar la *impugnación* formulada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Carta Política.

3.2. Problema jurídico

¹¹ Ibid. F. 8.

¹² Cuaderno del Juzgado. 12ImpugnaciónNuevaEps.

Corresponde a la Sala determinar si es procedente ratificar la orden del *a quo* que amparó el derecho fundamental a *la salud, a la vida, seguridad social e integridad personal* de la señora Elvira Rosa Sánchez Carrillo, o si, por el contrario, como lo sostiene Nueva E.P.S. se debe revocar la protección.

3.3. Examen de procedibilidad de la acción de tutela

3.3.1. Legitimación por activa

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

De otra parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, regula la legitimación para el ejercicio de la acción constitucional de tutela, así: **(i)** a nombre propio; **(ii)** a través de representante legal; **(iii)** por medio de apoderado judicial; o **(iv)** mediante agente oficioso. El inciso final de esta norma, también establece que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden ejercerla directamente.

Cuando la acción de tutela es interpuesta por intermedio de agente oficioso, la jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes elementos normativos: **(i)** el agente oficioso debe manifestar que está actuando como tal; **(ii)** del escrito de tutela se debe poder inferir que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer la acción de tutela, ya sea por circunstancia físicas o mentales; **(iii)** la informalidad de la agencia, pues esta no implica que deba existir una relación formal entre el agente y los agenciados; **(iv)** la ratificación de lo actuado dentro del proceso¹³.

Los dos primeros elementos, es decir la manifestación del agente y la imposibilidad del agenciado para actuar son constitutivos y necesarios para que opere esta figura. El tercer elemento es de carácter interpretativo y el cuarto que versa sobre la ratificación, refiere a cuando el agenciado ha

¹³ Sentencias T-109 de 2011, T-531 de 2002, T-452 de 2001, T-342 de 1994, T-414 de 1999.

realizado actos positivos e inequívocos, esta actitud permite sustituir al agente.

En el presente caso, no hay duda que está dada la *legitimación en la causa* por activa de la señora Blanca Inés Sánchez, quien manifestó actuar como agente oficioso de su progenitora **ELVIRA ROSA SÁNCHEZ CARRILLO**, debido a la edad avanzada y su condición de dependencia funcional severa, lo que le impide interponer la acción de tutela de manera directa, circunstancias verificables con el reporte de la historia clínica del cual infiere la Sala, que el accionante no se encuentra en condiciones de propiciar de manera autónoma y directa, la protección de sus *derechos fundamentales*.

3.3.2. Legitimación por pasiva

De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública e incluso contra particulares, por lo que se encuentra acreditada la legitimación en la causa por pasiva en relación con Nueva E.P.S., entidad encargada de garantizar y prestar el servicio de salud a la accionante en atención a su afiliación.

3.3.3 Trascendencia *Ius-fundamental*

Tiene adoctrinado el máximo tribunal de justicia constitucional, que este requisito se supera cuando la parte accionante demuestra que en el caso objeto de estudio se involucra algún *debate jurídico* que gire en torno del contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental; aspecto que se cumple en el asunto sometido a consideración, toda vez que la reclamante funda su amparo ante la necesidad, entre otros, del *servicio de cuidador domiciliario, pañales y una atención integral* que propenda por garantizar los derechos fundamentales a la *vida y salud*. Lo que en principio admite su estudio de fondo.

3.3.4. El principio de inmediatez

Refiere a la interposición de la solicitud de amparo dentro de un término razonable, posterior a la ocurrencia de los hechos, para garantizar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, aspecto igualmente acreditado, por cuanto transcurrió poco más de dos meses desde la fórmula médica expedida el 16 de abril de 2022 y hasta la presentación de la solicitud de amparo, 23 de junio de 2022; lo que constituye sin duda, un lapso prudente, que lleva a considerar el cumplimiento del *principio de inmediatez*.

3.3.5. Presupuesto de subsidiariedad

En cuanto a esta exigencia, como ha sido reiterativo por la jurisprudencia constitucional, el principio general es el empleo del juez ordinario, como vía de solución frente a la transgresión o amenaza del derecho, como lo tiene previsto el artículo 86 CP y el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Puesto que la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela circunscribe la procedencia del amparo a tres escenarios: **(i)** la parte interesada no dispone de otro medio judicial de defensa; **(ii)** existen otros medios de defensa judicial, pero son *ineficaces* para proteger derechos fundamentales en el caso particular, o **(iii)** para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En relación con la protección del derecho fundamental a la *salud*, el mecanismo jurisdiccional de protección que la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019, asignó a la Superintendencia Nacional de Salud no resulta idóneo ni eficaz en las circunstancias específicas de la accionante, dado que por su avanzada edad (74 años), y las patologías que presenta requiere con urgencia los insumos y servicios complementarios reclamados.

3.4. Supuestos jurídicos

3.4.1 Del derecho fundamental a la salud y su goce efectivo en sujetos de especial protección constitucional. Adultos mayores.

Conforme se estableció en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, entre otros, la *salud* y el *bienestar*, misma garantía establecida en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando se instituyó que el ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de *salud física y mental*.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 48 de la Constitución Política que la seguridad social es *«un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley (...)»*. Y con fundamento en el artículo 49 Superior, todas las personas tienen el derecho de acceder a los servicios de salud cuando así sea requerido, existiendo a cargo de las entidades prestadoras la carga de suministrar los tratamientos, medicamentos o procedimientos requeridos por el paciente, con el fin preservar su vida en condiciones dignas.

Por ello, desde antaño la Corte Constitucional definió 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, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser»*.¹⁴

Así, con la Ley 100 de 1993, que estructuró el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y reglamentó el servicio público de salud, se estableció un acceso igualitario a la población en general al implementar al margen del régimen contributivo, un régimen subsidiado para las personas que no contaban con la posibilidad de gozar de este tipo de servicios. En aras de cumplir con este objetivo, la Ley 1122 de 2007 y la Ley 1438 de 2011 han realizado modificaciones dirigidos a fortalecer el Sistema de Salud a través de un modelo de atención primaria en salud y del

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-597 del quince (15) de diciembre de 1993, criterio reiterado en los pronunciamientos T-454 del trece (13) de mayo de 2008, T-331 del veintitrés (23) de junio, entre otras.

mejoramiento en la prestación de los servicios sanitarios a los usuarios. Actualmente la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, elevó a la categoría de fundamental el derecho a la salud.

Tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, discapacitados y **adultos mayores** (C.P. arts. 13, 46 y 47), la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que el último grupo de personas enunciado afronta debilidades para desarrollar ciertas funciones y actividades. Como consecuencia de ello, resultan inmersas en situaciones de exclusión en el ámbito económico, social y cultural, por lo que, es necesario adoptar medidas que permitan suprimir esas barreras para garantizar la igualdad material de esa población¹⁵.

En ese mismo sentido, en sentencia T-021 de 2021, indicó ese Alto Tribunal: *“que los servicios de salud que requieran las personas de la tercera edad deben garantizarse de manera continua, permanente y eficiente. Lo anterior, en atención -entre otras cosas- al deber de protección y asistencia de este grupo poblacional, consagrado en el artículo 46 de la Constitución”*.

Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica oportuna o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro o fuera del PBS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión, como la falta de capacidad económica, graves padecimientos por enfermedad catastrófica o se trate de discapacitados, niños y adultos mayores, son circunstancias que han de ser consideradas para decidir sobre la concesión del correspondiente amparo. Por lo tanto, obligan al juez constitucional a no limitarse por barreras formales en un caso determinado, por el contrario, en aras de la justicia material su función constitucional es proteger los derechos fundamentales.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020.

3.4.2. Del tratamiento integral.

El tratamiento integral tiene como objetivo garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante, el derecho a la *salud* no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada o parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos y procedimientos que, en forma *concurrente, armónica e integral*, propenden por la mejoría, hasta el mayor nivel posible, de las condiciones de sanidad del paciente¹⁶.

Por lo general, se ordena cuando **(i)** la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente¹⁷. Igualmente, se reconoce cuando **(ii)** el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas **(iii)** personas que «*exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas*».

Igualmente, se requiere que sea el médico tratante quien precise el diagnóstico y emita las ordenes de servicios que efectivamente sean necesarias para la recuperación del paciente, así como el que determine el momento hasta el que se precisan dichos servicios. Lo dicho teniendo en consideración que no resulta viable dictar órdenes indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas; pues, de hacerlo, implicaría presumir la mala fe de la EPS en relación con el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones con sus afiliados, en contradicción del artículo 83 Superior¹⁸.

3.4.3 Reglas para el acceso a medicamentos, tratamientos, procedimientos, servicios y/o insumos, excluidos del Plan de Beneficios de Salud.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-201 de 2014.

¹⁷ Corte Constitucional sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011, posición reiteradas en la Sentencia T-092 de 2018.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-259 de 2019.

El artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 establece que, el derecho fundamental a la salud deberá garantizarse a través de la “*prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas*”, integralidad en la prestación del servicio que fue ratificada por la Corte Constitucional, mediante análisis de constitucionalidad del proyecto de la Ley, en sentencia C-313 de 2014.

Ahora bien, ha dicho esa Alta Corte que, para reclamar servicios asistenciales o elementos que no hacen parte del Plan de Beneficios en Salud, con el fin de constatar si se pueden ordenar o no, que la entidad promotora de salud los suministre, es preciso evidenciar 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*»¹⁹.

3.4.3.1. De los pañales desechables y otros insumos de aseo.

Frente al acceso a insumos de aseo, tales como: pañales desechables, pañitos húmedos, guantes desechables, entre otros, la Corte Constitucional les ha otorgado un carácter de necesarios para garantizar el derecho a la vida digna y a la salud de las personas, insumos que son requeridos en razón de una grave enfermedad o una situación de discapacidad.

De igual forma, tiene dicho que “*el suministro de pañales desechables no tiene una incidencia directa en la recuperación o cura de la enfermedad*

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-905 de 2010, reiterada en la T-471 de 2018

*del paciente, pero sí va a permitir que la persona pueda gozar de unas condiciones dignas de existencia, en especial, en enfermedades que restringen la movilidad o que impiden un control adecuado de esfínteres*²⁰.

Ahora bien, los pañales son insumos que no han sido incluidos explícitamente en el Plan de Beneficios en Salud, pero que tampoco han sido excluidos de manera expresa del mismo, por lo que, al tratarse de insumos no incluidos expresamente en el PBS, el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de los requisitos señalados líneas arriba sobre las “Reglas para el acceso a medicamentos, tratamientos, procedimientos, servicios y/o insumos, excluidos del Plan de Beneficios de Salud”²¹.

3.4.3.2. De la atención médica domiciliaria y acompañamiento de pacientes

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado diferencias para la **(i)** atención médica domiciliaria, cuya modalidad es extramural para la prestación de servicios en salud hospitalaria para brindar la solución a padecimientos en el domicilio o residencia, prestada por profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud; **(ii)** servicio auxiliar de enfermería domiciliaria, es aquella que solo puede ser atendida por una persona con conocimientos calificados en salud; **(iii)** servicio de cuidador, constituye un apoyo en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas sin requerir instrucción especializada en temas médicos²².

En cuanto al servicio de cuidador la Corte Constitucional tiene decantado que este se refiere a la persona que brinda un apoyo físico y emocional a una persona con **enfermedades graves**, congénitas, accidentales **o como consecuencia de su avanzada edad**, que **depende totalmente de un tercero** sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria en cabeza de las EPS²³; por otro

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-215 de 2018.

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-491 de 2018.

²² Corte Constitucional, T-015 de 2021.

²³ Numeral 3 del artículo 3 de la Resolución 1885 de 2018 «Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones».

lado se ha establecido que se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, debido a la solidaridad que corresponde a los parientes del enfermo; no obstante, en caso de que exista imposibilidad material de su núcleo familiar, traducida en falta de capacidad física de los familiares o en la ausencia o incapacidad económica, será la EPS la que asuma la obligación de prestar tal servicio, siempre y cuando exista orden del médico tratante²⁴.

En síntesis, se tiene que, como medida excepcional para la prestación del servicio de cuidador por parte de las EPS, se deberá cumplir con dos (2) condiciones, a saber: **(i)** “*exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (ii) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible*”²⁵; en cuanto a la «*imposibilidad material*», esta se cumple cuando “*el núcleo familiar del enfermo no cuente con capacidad física de prestar las atenciones necesarias, ya sea por falta de aptitud en razón de la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio*”²⁶.

3.5. Caso concreto

Como quedó expresado en acápites anteriores, la señora Elvira Rosa Sánchez Carrillo a la fecha cuenta con 74 años de edad, tiene un diagnóstico de “*SECUELAS DE OTRAS ENFERMEDADES CEREBROVASCULARES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS, HIPERTENSIÓN ESENCIAL PRIMARIA, DIABETES MELLITUS NO INSULINODEPENDIENTE SIN MENCIÓN DE COMPLICACIÓN, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, CERVICALGIA*” y dependencia total e incapacidad funcional severa; por lo que el 16 de abril de 2022 le fue ordenado pañales desechables, talla M, tipo Tena pants ultra, 1 pañal cada 6 horas por 6

²⁴ Corte Constitucional, sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, y T-414 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-423 de 2019

²⁶ Ibid.

Tutela 2° instancia
Radicado No. 81-736-31-04-001-2022-00225-01
Radicado interno: 2022-00214
Accionante: Elvira Rosa Sánchez Carrillo
Accionado: Nueva EPS.

meses, cantidad 720; “uroanálisis con sedimento y densidad urinaria, urocultivo, antibiograma, hemograma IV, glucosa en suero, creatinina, colesterol de alta densidad (HDL), de baja densidad (LDL), colesterol total, triglicéridos, microalbuminuria, hemoglobina glicosilada”; “paquete de atención domiciliaria a paciente crónico con terapias. El objetivo de la fisioterapia es promover, mantener, restablecer y aumentar la movilidad de las extremidades y prevenir anquilosis y deformación”; cuidador domiciliario 12 horas diurnas; y los medicamentos “Losartan Tab x 50mg, Memantina Tab x 10mg, Metformina Tab x 850mg, Acetaminofén Tab x 500mg”.

El juez de primera instancia concedió el amparo el pasado 11 de julio de 2022, en tanto consideró que la Nueva E.P.S. estaba vulnerando las garantías constitucionales de la accionante, al no acatar las órdenes médicas dispuestas por los galenos a favor de la paciente, pese a tratarse de una persona de la tercera edad y carecer de recursos económicos, sumado a las delicadas patologías que padece.

Decisión frente a la cual expresó inconformidad Nueva E.P.S., quien solicita sea *revocada* en cuanto a la orden de otorgar *cuidador domiciliario, pañales desechables y tratamiento integral*, pues, además, de que insiste en que tales servicios e insumos están excluidos del PBS, para el caso, tampoco se cumplen los requisitos jurisprudenciales para su concesión, a la vez que no ha sido negligente en la prestación del servicio de salud a la paciente.

Precisado lo anterior, en el plenario no existe prueba siquiera sumaria que acredite que la Nueva E.P.S. haya entregado a favor de la tutelante lo prescrito el 16 de abril de 2022²⁷, máxime que en la impugnación la EPS expresamente advirtió que no accedía a la autorización del servicio de cuidador domiciliario y de los pañales desechables, por no estar cubiertos en el PBS con cargo a los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y por ser una responsabilidad principalmente del núcleo familiar.

Adicionalmente, de las pruebas aportadas se extrae no solo que los insumos reclamados fueron prescritos el 16 de abril de 2022 por el médico

²⁷ Cuaderno del Juzgado. 03AccionTutela. F. 13

tratante, sino también que la condición de salud de la agenciada es de manifiesta vulnerabilidad, no solo por su avanzada edad (74 años) sino además por los patologías que presenta, dado que, según historia clínica de la misma fecha, se registra lo siguiente: “paciente de la tercera edad, quien presenta *secuelas de evento cerebrovascular* en noviembre de 2021, con antecedente de HTA Estadio 2 + diabetes mellitus no insulino dependiente + demencia senil vascular. Reside con la hija quien refiere que en encuentra en regular estado general, pasa mayor tiempo postrada en cama, tolera la vía oral blanda, con diuresis y deposiciones en pañal [...] *grado de dependencia total e incapacidad funcional severa por lo cual requiere ingreso PAD para rehabilitación integral [...], continuar con medicación, terapias y valoración por medicina interna, continua con uso de pañal por incontinencia urinaria, requiere cuidador 12Hr diurna por condición clínica y entorno psicosocial [...]*”
(Subraya fuera de texto)

Asimismo, el 10 de agosto de 2022²⁸ el despacho entabló comunicación telefónica con Blanca Inés, quien afirmó ser hija de la accionante e informó que a esa fecha la NUEVA E.P.S. no ha entregado los pañales pues se requirió cambio de marca, ni ha autorizado las terapias físicas domiciliarias, en cuanto al servicio de cuidador indicó que la EPS vía telefónica les comunicó que en el transcurso de esa semana sería suministrado, pero aún no reciben ese servicio.

Ante ese panorama, se advierte que se cumplen los presupuestos jurisprudenciales en el presente asunto para ordenar el servicio de cuidador domiciliario y los pañales desechables, pues por virtud de los hechos precedentemente señalados, así como de las pruebas allegadas, se observa que: **(i)** la falta de tales insumos y servicio de cuidador afecta su derecho a la vida en condiciones dignas, dado que por su diagnóstico “*SECUELAS DE OTRAS ENFERMEDADES CEREBROVASCULARES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS, HIPERTENSIÓN ESENCIAL PRIMARIA, DIABETES MELLITUS NO INSULINODEPENDIENTE SIN MENCIÓN DE COMPLICACIÓN, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, CERVICALGIA. DEPENDENCIA FUNCIONAL SEVERA INCAPACIDAD TOTAL*”, no puede valerse por sí misma; **(ii)** no pueden remplazarse por algún otro incluido expresamente en

²⁸ Al abonado telefónico 3138756223, hora 11:15 a.m. duración 3 minutos.

el PBS; **(iii)** las especificidades de su suministro hacen que tenga un alto costo, el cual no puede ser asumido por su núcleo familiar, pues la tutelante se encuentra afiliada al régimen subsidiado y pertenece al grupo IV B5 - *población moderada*, con lo que se infiere la ausencia de recursos económicos para asumir los gastos que le genera el tratamiento, hecho que por demás no fue desvirtuado por la NUEVA EPS, pues se limitó a resaltar la obligación de los parientes frente al acompañamiento físico, psicológico y económico, lo que se instituye en una mera afirmación de parte sin sustento probatorio alguno; y, **(iv)** fueron ordenados por el médico tratante adscrito a la IPS Mecas Salud.

A igual conclusión se llega respecto de la *atención integral*, porque también se reúnen todos los requisitos definidos por la jurisprudencia constitucional para que se le garantice a la agenciada la continuidad del tratamiento con ocasión a su diagnóstico, pues, quedó demostrado que por la negativa de la Nueva E.P.S. en suministrar el paquete de terapias físicas domiciliarias, los pañales, el cuidador domiciliario y los medicamentos prescritos por el galeno a la señora Elvira Rosa Sánchez Carrillo, en aras de optimizar su calidad de vida y evitar una posible afectación a su integridad física, fue que se promovió este mecanismo excepcional, lo que evidencia la negligencia de la Nueva EPS, dado que no desconoció la existencia de las ordenes médicas, omisión cierta que además constituye una amenaza a los derechos fundamentales a la salud y vida de la agenciada, quien además de ser un sujeto de especial protección constitucional, se encuentra en un evidente estado de vulnerabilidad por las enfermedades que padece.

De lo expuesto se concluye que la atención integral en salud es una obligación ineludible de todos los entes encargados de la prestación del servicio y su reconocimiento es procedente vía tutela, siempre y cuando “*se haya concretado a priori una acción u omisión que constituya una amenaza o vulneración de algún derecho fundamental*”²⁹, y existan indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez de tutela, para el caso objeto de estudio, un diagnóstico médico de las patologías de la reclamante.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-531 de 2012.

Finalmente, respecto a los costos que debe asumir la EPS, teniendo en cuenta la Resolución 205 de 2020 y el artículo 240 del Plan Nacional de Desarrollo, que establece: «*los servicios tecnológicos en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS, quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguro Social en Salud (ADRES)*», significa que a la Nueva EPS ya le asignaron unos recursos no PBS, y en caso de sobrepasar el presupuesto máximo girado cuentan con un procedimiento especial sujeto a un trámite administrativo, sin que sea necesario que medie orden del juez de tutela, pues este opera por ministerio de la ley, sin que quede impedida la entidad para solicitarlo, en caso de que nada se diga en la tutela³⁰.

Sin necesidad de más consideraciones, este Tribunal **CONFIRMARÁ** la sentencia recurrida.

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, la **Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de julio de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

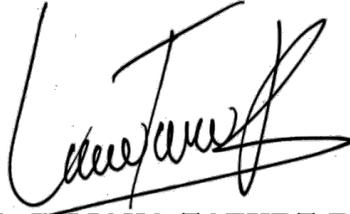
SEGUNDO: Por secretaría **NOTIFÍQUESE** esta decisión a las partes, **COMUNÍQUESE** al juzgado de conocimiento de la manera más expedita y

³⁰ Se trata, en efecto, de una medida de política pública en materia de financiación de la salud que el legislador ha encontrado necesaria para impulsar el cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo en dicha materia (art. 150.3 C.P.). Su regulación no desborda la naturaleza temporal del Plan, tiene conexidad directa con los propósitos y objetivos de su parte general, así como con el diagnóstico de salud en materia de financiación y sostenibilidad de beneficios no cubiertos por la UPC. Igualmente, tiene conexidad teleológica pues está orientada a cumplir el objetivo estructural de equidad en materia de salud específicamente, dicha conexidad es estrecha pues la elaboración del Plan y su documento de bases aborda explícitamente la problemática y diseña una solución para la misma, contempla una estrategia y una acción que de manera sustancial, directa e inmediata propenden por subsanar la problemática identificada.

Tutela 2° instancia
Radicado No. 81-736-31-04-001-2022-00225-01
Radicado interno: 2022-00214
Accionante: Elvira Rosa Sánchez Carrillo
Accionado: Nueva EPS.

REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



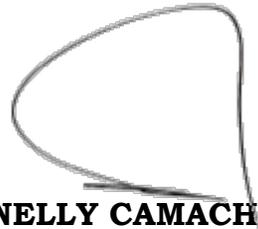
LAURA JULIANA TAFURT RICO

Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Magistrada



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ

Magistrada