

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA**

**ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada ponente**

Aprobado mediante Acta de Sala No. 0295

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
Radicación:	81736318900120230020301 Enlace Link
Accionante:	Silbina Velazco como agente oficioso de Epimenia Velasco Largo
Accionado:	NUEVA E.P.S. y MECAS SALUD DOMICILIARIA I.P.S. S.A.S.
Derechos invocados:	Salud y vida digna
Asunto:	Sentencia

Sent..075

Arauca (A), siete (7) de junio de dos mil veintitrés (2023)

1. Objeto de la decisión

Decidir la impugnación instaurada por la NUEVA E.P.S., contra la sentencia proferida el 21 de abril de 2023 por el JUZGADO 001 CIVIL DEL CIRCUITO CON CONOCIMIENTOS EN ASUNTOS LABORALES DE SARAVERA (A)

2. Antecedentes

2.1. Del escrito de tutela¹

La señora SILBINA VELAZCO interpone acción de tutela porque NUEVA E.P.S. no autoriza <<servicio de cuidador domiciliario 12 horas>> y <<pañales desechables 360 para 3 meses>>, prescritos por el médico tratante a su progenitora, la señora EPIMENIA VELASCO LARGO², diagnosticada con “*enfermedad de Parkinson, obesidad debida al exceso de calorías, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, no especificada, fractura pertocanteriana, constipación, tumefacción masa o prominencia localizada en el cuello, catarata senil, tipo morgagnian, osteoporosis, no especificada sin fractura de patología*”, y con dependencia funcional total según escala de Barthel de 10 puntos, circunstancia que le impide realizar sus actividades básicas como

¹ Presentado el 31 de marzo de 2023.

² 86 años de edad. FN: 19 de enero de 1937.

“vestirse, desvestirse, aseo personal, traslado de silla a cama, deposiciones control anal, actividades de baño, subir y bajar escaleras, manejo del inodoro o retrete, deambulación y traslado”.

Solicita amparar los derechos fundamentales a la vida digna y salud de la señora VELASCO LARGO, y ordenar a la NUEVA E.P.S. que autorice el cuidador domiciliario y suministre los pañales desechables; adicionalmente, pide tratamiento integral en salud.

Como medios probatorios adjunta:

- *Fotocopia escaneada de los documentos de identidad de la accionante y su agente oficioso.*
- *Copia historia clínica expedida por la IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S. de fecha 22 de marzo de 2023.*
- *Copia plan de manejo ingreso a PAD. Fecha 22 de marzo de 2023.*
 - o *Atención visita domiciliaria por fisioterapia.*
 - o *Atención visita domiciliaria por terapia ocupacional.*
 - o **Servicio de cuidador 12 horas. Cant. 30 días.**
 - o *Paquete de atención domiciliaria a paciente crónico con terapias.*
- *Escala de Barthel de fecha 21 de marzo de 2023, expedida por la IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S.*
 - o *Total 10 puntos – DEPENDENCIA TOTAL.*
- *Certificado de dependencia funcional de fecha 21 de marzo de 2023, expedida por la IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S.*
- **Prescripción No. 20230129120035069478 del 29 de enero de 2023. [Pañales talla L para cambiar cada 6 horas por 3 meses. Cant. 360]**
- *Certificado de escala de Barthel expedido por FAMEDIC de fecha 25 de agosto de 2022. Dependencia total.*

2.2. Trámite procesal

Admitido el escrito tutelar³, el *a quo* concede dos (2) días a las accionadas para rendir informe y ejerzan su derecho a la defensa y contradicción.

2.3. Respuestas

NUEVA E.P.S. Señala que la señora EPIMENIA VELASCO LARGO se encuentra en estado activo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado desde el 01/01/2016.

³ Auto de 31 de marzo de 2023.

En relación con el servicio de cuidador sostiene que,

“constituye una especie o clase de “atención domiciliaria” que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente.

De conformidad con esto, debe entenderse que se trata de un servicio médico que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado y que su suministro depende de unos criterios técnicos-científicos propios de la profesión que no pueden ser obviados por el juez constitucional, por tratarse de una función que le resulta completamente ajena.

El servicio de cuidador no debe ser catalogado como médico, su comparativa no es aplicable al presente caso pues jurisprudencialmente se ha entendido que la atención de cuidador, es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud, (...) al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado. Ello, pues propende por garantizar los cuidados ordinarios que el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, y no tiende por el tratamiento de la patología que lo afecta”. (sic).

Bajo esas precisiones, concluye que, el servicio de cuidador debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que éste se encuentra materialmente imposibilitado para tal efecto, es obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado. Para ello deben concurrir las siguientes excepciones: (i) exista certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado.

En relación con la imposibilidad material, puntualiza que, “el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio: (i) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio”.

Respecto al suministro de pañales desechables, trae colación las siguientes subreglas desarrolladas por la Corte Constitucional en la SU-508 de 2020:

Servicio	Subreglas
Pañales	<ul style="list-style-type: none"> i. No están expresamente excluidos del PBS. Están incluidos en el PBS. ii. En aplicación de la C-313, no se debe interpretar que podrían estar excluidos al subsumirlos en la categoría genérica de "insumos de aseo". iii. Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela. iv. Si no existe orden médica: <ul style="list-style-type: none"> a. Si se evidencia un hecho notorio a través de la historia clínica o de las demás pruebas allegadas al expediente, por la falta del control de esfínteres derivada de los padecimientos que aquejan al paciente o de la imposibilidad que tiene este de moverse, el juez de tutela puede ordenar el suministro directo de los pañales condicionado a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante. b. Si no se evidencia un hecho notorio, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección. v. Bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar pañales por vía de tutela.

No obstante, asegura que, no están contenidos en las coberturas del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

En cuanto a la solicitud de tratamiento integral, señala que, es improcedente porque la E.P.S. no ha incurrido en fallas en la prestación del servicio de salud que haya vulnerado los derechos fundamentales.

Solicita negar la acción de tutela por improcedente, o en caso de concederse el amparo, aboga por el recobro ante el ADRES.

2.4. Decisión impugnada⁴

El JUZGADO 001 CIVIL DEL CIRCUITO CON CONOCIMIENTO EN ASUNTOS LABORALES DE SARAVENA concedió el amparo y ordenó:

“SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal de la accionada Nueva EPS que, dentro del término de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, AUTORICE y SUMINISTRE a la señora Epimenia Velasco Largo, el servicio de cuidador domiciliario 12 horas diurnas por el lapso inicial de un (1) mes, 30 días, hasta nueva orden médica, y los 360 pañales desechables talla L, para tres meses, conforme lo dispuesto por los respectivos médicos tratantes. TERCERO: ORDENAR a la Nueva EPS que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, GARANTICE LA CONTINUIDAD DE LA ATENCIÓN MÉDICA INTEGRAL, ININTERRUMPIDA, EFICAZ Y PRIORITARIA que requiere la señora Epimenia Velasco Largo, frente a sus diagnósticos “enfermedad de Parkinson, obesidad debida a exceso de calorías, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, no especificada, fractura petrocanteneriana, constipación, tumefacción, masa o prominencia localizada en la cabeza, osteoporosis no especificada, sin fractura patológica, catarata senil, tipo morgarnian” 49, así como los que de ellos se deriven, sin importar que se trate o no, de servicios PBS”.

⁴ Sentencia del 21 de abril de 2023.

Como fundamento de su decisión, enfatiza que tanto el servicio de cuidador como los pañales desechables cuentan con prescripción médica; adicionalmente, recalca las condiciones de dependencia y las diferentes enfermedades que padece la agenciada, de las cuales, deriva la necesidad de suministrar el servicio de cuidador domiciliario, y destaca la falta de capacidad económica de la paciente y su núcleo familiar para sufragar dichos gastos.

Respecto del tratamiento integral considera que, el comportamiento de la E.P.S. es negligente cuando no autoriza los servicios prescritos, colocando en riesgo la salud y vida de la paciente; así mismo, la orden va encaminada a evitar que la titular de los derechos acuda periódicamente a la acción de tutela.

2.5. La impugnación⁵

La NUEVA E.P.S solicita revocar la sentencia de primera instancia, para ello reitera los fundamentos expuestos en el trámite tutelar en relación con el servicio de cuidador domiciliario y el tratamiento integral. Al respecto precisa:

“SEGUNDO: En cuanto al CUIDADOR DOMICILIARIO deberá de ser revocado puesto que los cuidados descritos no hacen parte de prestaciones de salud y corresponderá a los familiares su cuidado hasta tanto no se pueda demostrar una imposibilidad material que se los impida.

TERCERO: En cuanto a la orden de atención integral, deberá de negarse 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 tratamiento, medicamento o demás pretensión realizada por el accionante que no haya sido ordenada por médico tratante al momento de la presente acción de tutela”. (Sic).

3. Consideraciones

3.1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para resolver la impugnación propuesta al ser el superior funcional del Juez que profirió la decisión.

⁵ Presentada del 28 de abril de 2023.

3.2. Requisitos de procedibilidad

Legitimación en la causa por activa y por pasiva.

Tanto la agente oficiosa, señora SILBINA VELAZCO quien promueve el amparo en favor de los derechos fundamentales de su progenitora, EPIMENIA VELASCO LARGO, como la NUEVA E.S.P. señalada de transgredirlos, se encuentran legitimados por activa y pasiva respectivamente.

En el caso de la IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S. si bien la promotora del amparo dirige la acción de tutela contra esta institución, no realiza ningún señalamiento en su contra, por lo tanto, se desvinculará por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Inmediatez. Se cumple este requisito, si se tiene en cuenta que, la orden de pañales fue prescrita el pasado 29 de enero y la del cuidador domiciliario el 22 de marzo del presente año, y, la acción de tutela presentada el 31 de marzo de los corrientes.

Subsidiariedad. Conforme a la jurisprudencia constitucional⁶, la Supersalud es competente para conocer, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, de asuntos que abarcan, por un lado, aquellos relativos a la: “[c]obertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (Plan Obligatorio de Salud), cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia.”⁷

Por otro lado, la Supersalud también está facultada para conocer y fallar asuntos relacionados con: “[c]onflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le [sic] asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.”⁸

Ahora bien, la Corte ha encontrado que, por razones tanto normativas como prácticas, el mecanismo mencionado no resulta idóneo ni eficaz en muchos de los casos en que se acude a la acción de tutela para exigir la protección del derecho a la salud⁹. De hecho, en la Sentencia

⁶ Sentencia T-122 de 2021.

⁷ Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

⁸ Ibidem.

⁹ Ver Sentencias SU-124 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. A.V. Alejandro Linares Cantillo y José Fernando Reyes Cuartas; T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo

T-224 de 2020,¹⁰ la Corte estableció, con base en la jurisprudencia sobre la materia, una serie de parámetros que el mecanismo jurisdiccional mencionado debe cumplir para consolidarse como un medio idóneo y eficaz de defensa y solicitó al Gobierno nacional que adoptara, implementara e hiciera público un plan de medidas para adecuar y optimizar su funcionamiento.

Bajo lo anteriormente expuesto, se torna procedente la presente acción, ante la ineficiencia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la Superintendencia Nacional De Salud¹¹.

3.3. Problema Jurídico

Determinar si la NUEVA E.P.S vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora EPIMENIA VELASCO LARGO al negar el servicio de cuidador y el suministro de pañales desechables, y si tal comportamiento justifica la orden de tratamiento integral.

3.4. Supuestos jurídicos

3.4.1. De la naturaleza de la acción de tutela

Conforme lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, toda persona puede acudir a la acción de tutela para propender por la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular encargado 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.

De igual modo, el artículo 6 del Decreto 306 de 1992¹², compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015¹³ señala que en el fallo de tutela el Juez deberá señalar el derecho constitucional fundamental tutelado, citar el precepto constitucional que lo consagra, y precisar en qué consiste, la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto.

Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo; y SU-508 de 2020. MM.PP. José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos. A.V. Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Richard S. Ramírez Grisales.

¹⁰ Sentencia T-224 DE 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo.

¹¹ Artículo 126 de la ley 1438 de 2011 y modificada por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, estipula que la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD posee facultades jurisdiccionales para dirimir los asuntos atinentes a la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos o no en el P.B.S., con excepción de aquellas expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

¹² Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

¹³ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

3.4.2. De la atención domiciliaria. El servicio de cuidador.

La Corte Constitucional en sentencia T-015 de 2021 realizó la distinción entre el servicio de auxiliar de enfermería¹⁴ y de cuidador: respecto del primero señala que, “*como modalidad de la atención domiciliaria, según lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, es aquel que solo puede ser brindado por una persona con conocimientos calificados en salud*”. Es diferente al **servicio de cuidador** que se dirige a la atención de necesidades básicas y no exige una capacitación especial.¹⁵

Respecto al servicio del cuidador, la jurisprudencia de la Corte destaca que: “*i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.*¹⁶ *ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental 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 a cargo de las EPS.* *iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante*”.¹⁷

Indicó la Corte¹⁸ que, de acuerdo con la interpretación y el alcance que la misma Corporación atribuyó al artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, **que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido del Plan Básico de Salud, se entiende incluido en éste, razón por la cual debe ser prestado**.¹⁹ En relación con el servicio de cuidador, el tema planteado es la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores cuando no se encuentra excluido ni reconocido en el Plan de Beneficios de Salud. Circunstancia que, actualmente, permanece vigente con la expedición de la **-Resolución 2273 de 2021**²⁰, y la

¹⁴ Incluido en el PBS como atención domiciliaria. Resolución 2292 de 2021. Artículo 8 y 25.

¹⁵ Sentencias T-260 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, en las cuales se explican las diferencias entre los dos tipos de servicio.

¹⁶ Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁷ 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.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-015 de 2021.

¹⁹ Entre otras, las sentencias T-364 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

²⁰ “*Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud*”.

Resolución 2808 de 2022²¹, toda vez, que el cuidador no se encuentra excluido ni incluido en el PBS.

Bajo este contexto, la jurisprudencia constitucional sostiene que, como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones:

“(1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y

*(2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.”*²²

En síntesis, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario verificar: *(i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y (ii) en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido”*.

3.4.3. Del suministro de pañales desechables

En la Sentencia SU-508 de 2020, la Corte Constitucional explicó la relevancia, para la protección del derecho a la salud en relación con la vida digna, del suministro de pañales, incluso si no tienen un efecto sanador, en los siguientes términos:

“170. Los pañales son entendidos por la jurisprudencia constitucional como insumos necesarios para personas que padecen especialísimas condiciones de salud y que, debido a su falta de locomoción y al hecho de depender totalmente de un tercero, no pueden realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares. La finalidad de los pañales es, a su vez, reducir la incomodidad e intranquilidad que les genera a las personas no poder controlar cuándo y dónde realizar sus necesidades // 171. La Corte Constitucional ha reconocido además que, si bien los pañales no proporcionan un efecto sanador de las enfermedades de los pacientes, aquellos sí constituyen elementos

²¹ “Por la cual se establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

²² Al respecto pueden ser consultadas, entre otras, las sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

indispensables para preservar el goce de una vida digna de quien lo requiere y, por tanto, se circunscriben al elemento de bienestar desarrollado por la definición de salud.”²³ (Subrayas fuera de texto).

Desde el punto de vista médico, en esta misma Sentencia, la Sala expuso que, aunque los pañales, los pañitos húmedos, y las cremas anti-escaras, entre otros servicios y tecnologías, no curaban las enfermedades, pero “(...) su falta de empleo en pacientes con patologías que limitan la capacidad de realizar sus necesidades fisiológicas autónomamente, puede causar *Dermatitis Asociada a la Incontinencia (DAI)*, lesiones de la piel con pérdida progresiva de la misma (que generan un fuerte dolor), lesiones crónicas que conducen a infecciones cutáneas y que en casos extremos pueden llevar a la sepsis y hasta la muerte de no ser atendidas oportuna y adecuadamente, e infecciones urinarias, como lo expusieron las universidades intervinientes en el proceso, Andes, Nacional de Colombia, de la Sabana, del Bosque y de Antioquia.”²⁴

En cuanto a su cobertura, el Alto Tribunal, sostuvo que,

*“En consecuencia, se advierte que el suministro de pañales debe establecerse de conformidad con el modelo de plan de beneficios excluyente adoptado en la Ley y cuya constitucionalidad fue declarada en la sentencia C-313 de 2014. De tal forma, analizado el listado de exclusiones vigente -Resolución 244 de 2019- la Sala Plena observa que en ningún aparte de dicha normativa se encuentra expresamente excluido el suministro de pañales, por tanto, debe indicarse que **los pañales son tecnologías en salud incluidas implícitamente en el PBS**. Esta interpretación está en armonía con el artículo 6 literal g) de la Ley 1751 de 2015 que establece el principio de progresividad del derecho a la salud, es decir, que el acceso a los servicios y tecnologías se amplía gradual y continuamente.*

Bajo ese escenario, la Corte fijó las siguientes subreglas a efectos de poder conceder el suministro de pañales:

177. *De tal forma, si existe prescripción médica de pañales y se solicita su suministro por medio de acción de tutela, se deben ordenar directamente. Al respecto, este Tribunal ha reiterado que no es constitucionalmente admisible que se niegue cualquier tecnología en salud incluida en el plan de beneficios que sea formulada por el médico tratante bajo ninguna circunstancia. De hecho, para la Corte la negativa de servicios incluidos constituye una afrenta al derecho fundamental a la salud y al estado constitucional de derecho²⁵.*

²³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-508 de 2020.

²⁴ Ibid..

²⁵ La Corte ha destacado que “por disposición legal los servicios contenidos en el catálogo de beneficios se encuentran financiados por (...) [el] mecanismo establecido en el Sistema General de Seguridad Social en Salud para costear exclusivamente esta clase de prestaciones. Como consecuencia, las entidades aseguradoras no pueden negarlas bajo ninguna circunstancia. || En el mismo sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que los conceptos comprendidos en el POS deben ser de obligatoria prestación en razón a que son ordenados por el galeno a cargo, quien realiza la valoración del historial clínico y las condiciones físicas o mentales de la persona para prescribir la tecnología en salud más eficaz e idónea para prevenir, diagnosticar, tratar, rehabilitar o paliar su enfermedad. Por ende, si la EPS o la EOC niega dicha prescripción está vulnerando el derecho fundamental a la salud del afiliado o beneficiario. || Este Tribunal concluye que una gran cantidad de usuarios del sistema

178. *Excepcionalmente, puede ordenarse el suministro de esta tecnología por vía de tutela, sin que medie prescripción médica, siempre y cuando se cumplan unos requisitos específicos²⁶. En ese sentido, el juez de tutela puede ordenar el suministro de pañales cuando, a partir de la historia clínica u otras pruebas se evidencie su necesidad dada la falta del control de esfínteres²⁷, derivada de los padecimientos que aquejan a la persona o de la imposibilidad que tiene ésta para moverse sin la ayuda de otra²⁸. En todo caso esta determinación deberá condicionarse a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante, dada la importancia del criterio especializado del profesional de la salud (supra f.j. 166).*
179. *Ahora bien, ante la ausencia de prescripción médica y pruebas (p. ej. la historia clínica) que permitan evidenciar la necesidad de los insumos, esta Corporación considera que, en principio, procede la acción de tutela para amparar el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico. Esto significa, que el juez constitucional podrá ordenar a la entidad promotora de salud que realice la valoración médica del paciente y determine la necesidad de autorizar pañales, cuando a partir de los hechos se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección.*
180. *Por su parte, la Sala considera que, respecto de los pañales al ser tecnologías en salud incluidas en el PBS, no puede exigirse prueba de la capacidad económica como se había planteado en anteriores pronunciamientos de este Tribunal. La Corte aclara que la regla de incapacidad económica del paciente o su familia constituía uno de los requisitos jurisprudenciales para la autorización de los servicios no incluidos bajo la vigencia del antiguo POS, previo a la entrada en vigor de la LeS. Por consiguiente, bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no solo no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar pañales por vía de tutela, sino que además resulta contrario a dicha normativa.*

3.4.4. Del tratamiento integral.

Los criterios jurisprudenciales vigentes sostienen que: “el servicio de salud prestado por las entidades del Sistema debe contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento del estado de salud o la mitigación de las dolencias del paciente, *sin que sea posible fraccionarlos, separarlos o elegir cuál de ellos aprueba en razón del interés económico que representan. En este sentido, ha afirmado que la orden del tratamiento integral por parte del juez constitucional tiene la finalidad de garantizar*

deben acudir a la acción de amparo para reclamar las prestaciones que requieren, pese a estar cobijadas por el plan de beneficios correspondiente. Esto evidencia una actitud contraria al Estado constitucional de Derecho por la afrenta de los derechos de los usuarios del sistema de salud a manos de algunas EPS. (...) || Para la Corte se transgrede el derecho a la salud del paciente cuando se le obliga a acudir a la administración de justicia para hacer valer sus derechos constitucionales, máxime al estar en riesgo su salud, integridad personal y su propia vida. (...) En suma, no es constitucionalmente admisible que se niegue cualquier prestación incluida en el plan de beneficios que sea formulada por el médico tratante, debido a que se ponen en riesgo los derechos fundamentales de la persona, aunado a que el servicio ya fue costado por el sistema.” Cfr. C. Const. Auto 411 de 2015, reiterando sentencias de tutela T-971 de 2011 y T-918 de 2012, T-073 de 2013, T-160 de 2014, T-255 de 2015, entre otras.

²⁶ Véase, p. ej., C. Const., sentencia de tutela T-471 de 2018.

²⁷ C. Const., sentencia de tutela T-014 de 2017.

²⁸ C. Const., sentencias de tutela T-790 de 2012, T-216 de 2014 y T-742 de 2017, reiteradas por la sentencia T-471 de 2017. Asimismo C. Const., sentencias de tutela T-940 de 2014, T-226 de 2015.

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. No obstante, este tribunal ha señalado que la solicitud de tratamiento integral no puede tener como sustento afirmaciones abstractas o inciertas, sino que deben confluir unos supuestos para efectos de verificar la vulneración alegada, a saber: · Que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio, como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos o la realización de tratamientos; y · Que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico tratante, en que se especifiquen las prestaciones o servicios que requiere el paciente.²⁹

Acorde con la Corte Constitucional, el reconocimiento del tratamiento integral solo se declarará cuando “(i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello pone en riesgo los derechos fundamentales del paciente³⁰, y (ii) cuando 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 personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”³¹.

Así mismo, en sentencia T-081 de 2019, precisó que la orden de tratamiento integral depende de varios factores, tales como: “(i) que existan las prescripciones emitidas por el médico, el diagnóstico del paciente y los servicios requeridos para su atención; (ii) la EPS actúe con negligencia en la prestación del servicio, procedido en forma dilatoria y haya programado los mismos fuera de un término razonable; y (iii) con ello, la EPS haya puesto en riesgo al paciente, al prolongar “su sufrimiento físico o emocional, y genera[r] (...) complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte”.

De modo que, el juez de tutela debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto del actor y frente al cual recae la orden del tratamiento integral. Esto, por cuanto no le es posible a la autoridad judicial dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas, pues, de hacerlo, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados³².

3.5. Examen del caso

Se trata de la señora EPIMENIA VELASCO LARGO, de 86 años de edad, con múltiples diagnósticos y dependencia funcional total; quien a través de agente oficioso acude a este mecanismo excepcional porque

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T 475 del 06 de noviembre de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia T 062 de 03 de febrero de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y sentencia T 178 de 24 de marzo de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

³² Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

la NUEVA E.P.S. no autoriza *el servicio de cuidador domicilio 12 horas -30 días- y pañales desechables -360 unidades por 3 meses-* prescritos por su médico tratante. La primera instancia concedió el amparo solicitado y ordenó tratamiento integral.

Por su parte, la NUEVA E.P.S. pide revocar la sentencia, porque a su juicio, el servicio de cuidador no corresponde a un servicio de salud y es obligación de los familiares del usuario hasta tanto no demuestre la imposibilidad material que impida sufragarlos; y, en relación con el tratamiento integral aduce que, implica prejuizgamiento y asumir la mala fe de la entidad sobre situaciones futuras e inciertas. En cuanto a la orden de suministrar pañales desechables no realizó ningún cuestionamiento.

De acuerdo a la problemática expuesta, a través del material probatorio, se constata que: **(I)**. La señora VELASCO LARGO, cuenta con certificado de dependencia funcional total de fecha 21 de marzo de 2023, según escala de Barthel de 10 puntos expedida por la IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S., y, por lo tanto, requiere ayuda para *“vestirse, desvestirse, aseo personal, traslado de silla a cama, deposiciones control anal, actividades de baño, subir y bajar escaleras, manejo del inodoro o retrete, deambulaci3n y traslado”*. **(II)**. De acuerdo con la historia clínica del 22 de marzo del presente año, se evidencia que padece los siguientes diagn3sticos *“enfermedad de Parkinson, obesidad debida al exceso de calorías, enfermedad pulmonar obstructiva cr3nica, no especificada, fractura pertocerteriana, constipaci3n, tumefacci3n masa o prominencia localizada en el cuello, catarata senil, tipo morgagnian, osteoporosis, no especificada sin fractura de patología”*. **(III)**. Fecha en la cual, recibió atenci3n m3dica en la IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S. para el ingreso al Programa de Atenci3n Domiciliaria PAD, donde se ordena el siguiente plan de tratamiento: *[Atenci3n visita domiciliaria por fisioterapia, Atenci3n visita domiciliaria por terapia ocupacional, **Servicio de cuidador 12 horas. Cant. 30 días** y Paquete de atenci3n domiciliaria a paciente cr3nico con terapias]*. **(IV)**. Tambi3n cuenta con *prescripci3n No. 20230129120035069478 del 29 de enero de 2023, para [Pañales talla L para cambiar cada 6 horas por 3 meses. Cant. 360]*.

Bajo este contexto, se tiene que, el **servicio de cuidador** efectivamente fue ordenado por el m3dico tratante adscrito a IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S., justificada en el diagn3stico que padece la agenciada y su condici3n de dependencia funcional total que hace necesario la ayuda de un tercero como apoyo para sus actividades b3sicas, las cuales no pueden ser asumidas por su n3cleo familiar; adem3s, la demandada no desvirtu3 la falta de capacidad econ3mica

al recaerle la carga de la prueba³³, y es precisamente la E.P.S. quien informó que la usuaria se encuentra afiliada al régimen subsidiado; en ese aspecto, la Corte³⁴ ha presumido que una persona afiliada al régimen subsidiado en salud no está en capacidad de cubrir los costos de los servicios o tecnologías complementarias no incluidas en el PBS.

Además, fue la E.P.S. indicó que, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario verificar: *(i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y (ii) en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido*”, sin comprobar la veracidad de la información, evento que vulneró los derechos fundamentales a la salud y vida digna a la accionante.

Respecto a la financiación de este servicio, es clara la interpretación que realiza la Corte Constitucional³⁵ en cuanto a que, no se encuentra taxativamente excluido ni reconocido en el PBS, por lo que ha de entenderse incluido en éste y, en consecuencia, debe ser prestado. Razón por la cual, se confirmará la decisión de primera instancia relacionada con el servicio de cuidador domiciliario.

En cuando al suministro de pañales, si bien, la NUEVA E.P.S. no cuestionó la orden del *a quo* que ordena proveerlos, resulta importante mencionarlo, porque la E.P.S. pide revocar la sentencia, lo cual se entiende que en su totalidad; por ello, no sobra indicar que, aquí se cumple con la primera regla establecida por la Corte en sentencia SU-508 de 2020 que señala: “*De tal forma, si existe prescripción médica de pañales y se solicita su suministro por medio de acción de tutela, se deben ordenar directamente. Al respecto, este Tribunal ha reiterado que no es constitucionalmente admisible que se niegue cualquier tecnología en salud incluida en el plan de beneficios que sea formulada por el médico tratante bajo ninguna circunstancia. De hecho, para la Corte la negativa de servicios incluidos constituye una afrenta al derecho fundamental a la salud y al estado constitucional de derecho*”; por lo tanto, la E.P.S. deberá cumplir con dicha entrega como quiera que existe prescripción médica.

En relación con la orden de **tratamiento integral**, según la jurisprudencia citada líneas atrás, se declarará cuando “*(i) la entidad*

³³ Sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.

³⁴ Ver, entre otras, las sentencias T-096 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-552 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-015 de 2021.

encargada de la prestación del servicio **ha sido negligente** en el ejercicio de sus funciones y ello pone en riesgo los derechos fundamentales del paciente³⁶, y **(ii) cuando 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 personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”**³⁷. Así mismo, depende de varios factores, tales como: **“(i) que existan las prescripciones emitidas por el médico, el diagnóstico del paciente y los servicios requeridos para su atención; (ii) la EPS actúe con negligencia en la prestación del servicio, procedido en forma dilatoria y haya programado los mismos fuera de un término razonable; y (iii) con ello, la EPS haya puesto en riesgo al paciente, al prolongar “su sufrimiento físico o emocional, y genera[r] (...) complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte”**³⁸.

En el presente asunto, la orden de tratamiento integral se ajusta a los criterios señalados, porque la E.P.S. exhibe su negligencia ante la negativa de autorizar y proporcionar **“el servicio de cuidador domiciliario”** y los **“pañales desechables”** ordenados por el médico tratante; situación que coloca en riesgo y prolonga el sufrimiento físico y emocional de la agenciada, siendo necesarios para garantizar una vida en condiciones dignas y justas; además, no se está presumiendo la mala fe de la entidad, sino de proteger el goce efectivo de los derechos fundamentales de la señora EPIMENIA VELASCO LARGO, máxime cuando por su condición etaria, de acuerdo con la jurisprudencia³⁹, son sujetos de especial protección y merecen un trato diferencial positivo, debido a que se encuentran en una situación de desventaja⁴⁰ por la pérdida de sus capacidades causadas por el paso de los años, el desgaste natural de su organismo y el deterioro progresivo e irreversible de su salud; lo cual implica el padecimiento de diversas enfermedades propias de la vejez⁴¹; circunstancias que justifican garantizar a este grupo poblacional la prestación de los servicios que requieran⁴² en defensa de sus derechos fundamentales⁴³.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia y se desvinculará a la IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S. por falta

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia T 062 de 03 de febrero de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y sentencia T 178 de 24 de marzo de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

³⁸ T-081 de 2019.

³⁹ Sentencia T-017 de 2021 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁴⁰ Sentencia de tutela T-471 de 2018.

⁴¹ Sentencias de tutela T-634 de 2008, T-014 de 2017.

⁴² Sentencia de tutela T-014 de 2017.

⁴³ Sentencias de tutela T-760 de 2008 y T-519 de 2014, reiteradas por la sentencia de tutela T-471 de 2018. Asimismo, sentencia de tutela T-540 de 2002, reiterada en sentencia T-519 de 2014.

de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto, no es responsable del menoscabo de los derechos fundamentales de la agenciada.

4. Decisión

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA SALA ÚNICA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el 21 de abril de 2023 por el JUZGADO 001 CIVIL DEL CIRCUITO CON CONOCIMIENTOS EN ASUNTOS LABORALES DE SARAVERA (A).

SEGUNDO: Desvincular a la IPS MECAS SALUD DOMICLIARIA S.A.S. por falta de legitimación en la causa por pasiva.

TERCERO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. De ser excluida, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Laura Tafurt Rico', with a long horizontal stroke underneath.

LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada