



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, 03 de marzo de dos mil veinte (2020)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

| Acción de Tutela | |
|------------------|---|
| Asunto: | Sentencia de segunda instancia |
| Radicación: | Nº 70001-33-33-009-2020-00003-01 |
| Demandante: | Zoila Rosa Cárdenas de Tapia |
| Demandado: | Nueva E. P. S. |
| Procedencia: | Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo |

Tema: *Autorización de servicios médicos / Cáncer / Enfermedad catastrófica / Sujeto de especial protección constitucional / Accede / Confirma*

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

Una vez agotadas las etapas propias del proceso, procede esta Sala a dirimir la impugnación presentada por la parte accionada¹ contra el fallo proferido por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo el 29 de enero de 2020².

2. LA SÍNTESIS FÁCTICA³

El señor Luis Eduardo Tapia Cárdenas actuando como agente oficioso de Zoila Rosa Cárdenas de Tapia manifestó que, ésta tiene 77 años de edad y se encuentra afiliada a la Nueva EPS en calidad de beneficiaria.

¹ Fls. 80 – 86 C. Ppal.

² Fls. 69 – 74 C. Ppal.

³ Fls. 1 – 4 C. Ppal.

Sostuvo que su madre, padece de Adenocarcinoma Mucinoso Metastásico en conducta paliativa, Carcinomatosis Peritoneal generalizada, Ascitis, Dolor Crónico y Dificultad Respiratoria, por lo que estuvo internada desde el 04 de noviembre hasta el 13 de diciembre de 2019 en la Clínica Santa María de Sincelejo. Durante el periodo señalado, nunca fue remitida a Institución de IV Nivel, como lo ordenó su médico tratante, en razón de ello, le fue prescrito manejo extra hospitalario - domiciliario Sheck, cuidado de enfermería 24 horas y consulta con médico especialista 15 días, sin que, a la fecha, haya sido autorizado por la Nueva EPS.

El 12 de diciembre de 2019, la señora Cárdenas de Tapia fue valorada por el médico de la IPS Medicina en Casa, quien en su concepto profesional indicó, al igual que el anterior galeno, el deber de cuidado por enfermería por 12 horas; lo cual sostiene perjudica el bienestar de su madre, visita por medicina general 1 vez por semana y aplicación de morfina cada 4 horas. Afirma, que posteriormente de urgencia su progenitora tuvo que ser trasladada a la ciudad de Barranquilla, en virtud de tener familiares allá y por contar con instituciones de IV nivel de complejidad, lo que se hizo de forma particular pues no podían esperar todos los tramites de la EPS dada la condición de salud de la paciente.

Indica, que el 23 de diciembre de 2019, fue atendida por el médico de Medicina en Casa, quien le ordenó el medicamento denominado Ondasetron ampollas de 8 mg, por 90 días, siendo autorizada la entrega del mismo por la Nueva EPS a la farmacia Éticos; sin embargo, sostiene que a la fecha sólo le han entregado 8 ampollas, quedando pendiente 82, aduciendo que no hay disponibilidad del medicamento. Así mismo, le ordenaron pañales desechables en la cantidad de 270 para el cambio de 3 veces al día, es decir, por 3 meses, terapias físicas diarias, cita con oncología, cita de tratamiento endovenoso posterior al terminar el tratamiento y suplemento alimentario denominado Prowey Oncare Soles.

Informó que, el 02 de enero de 2020, la señora Zoila Cárdenas fue trasladada de urgencias a la Organización Clínica Bonnadona de Barranquilla, en donde fue ingresada a la sala de reanimación por su delicado estado de salud, realizándole procedimiento de paracentesis, con el fin de drenarle el líquido que se deposita en su abdomen, así mismo, ordenaron darle de alta con plan domiciliario, cita control con medicina del dolor y cuidados paliativos, visita por medicina general semanal, traslado en ambulancia a su domicilio; sin embargo, agregó en el escrito de tutela que su familia tuvo que correr con los gastos de la ambulancia, debido a que la Nueva EPS no lo hizo. Manifestó, que la Nueva EPS sólo autorizó auxiliar de

enfermería para colocar los medicamentos cada 6 horas diurnas y otra de 30 días, para hacer un entrenamiento a los familiares de como colocar medicamentos.

Advirtió, que la enfermedad padecida por la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia cada cierto periodo de tiempo tiene que ser internada en un centro hospitalario para que le realicen el procedimiento quirúrgico denominado parasíntesis, siendo así, que a los familiares les ha tocado corresponder con los gastos que deberían ser asumidos -a su juicio- por la Nueva EPS, tales como medicamentos, pañales, alimento dietario recetado por el médico tratante, costos de traslado a la clínica.

Señaló, por último, que no cuentan con los recursos necesarios para soportar dichos hechos, han presentado peticiones a la E. P. S. demanda sin obtener respuesta, interpuesto quejas a la Súper Intendencia de Salud, todos en vano, y sin recibir atención oportuna de los servicios domiciliarios.

3. LOS DERECHOS INVOCADOS⁴

Como derechos fundamentales vulnerados invocó la Vida Digna y Salud.

4. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN⁵

El señor Luis Eduardo Tapia Cárdenas en calidad de agente oficioso de su madre Zoila Rosa Cárdenas de Tapia solicitó:

“1º.- Que se le amparen y protejan los derechos constitucionales fundamentales: a la Vida Digna, Salud, Seguridad Social, de preferencia y aplicación, consagrados en los artículos, 11, 44, 48 y 49, y de la Constitución Nacional respectivamente.

*2º.- Que como consecuencia de lo anterior, se le ordene al representante legal y/o a quien haga sus veces de la **NUEVA EPS**, o quien haga sus veces, autorice sin más dilación, y de manera eficaz, oportuna, eficiente e inmediata la entrega del medicamento **ONDASETRON 8 MG, ATENCIÓN DOMICILIARIA INTEGRAL (SERVICIO DE AUXILIAR DE ENFERMERÍA 24 HORAS, VISITA DE MEDICINA GENERAL 1 VEZ POR SEMANA, VISITA DE MEDICINA ESPECIALIZADA CADA 15 DÍAS, TERAPIAS FÍSICAS) SUPLEMENTO ALIMENTARIO PROWEY ONCARE, PAÑALES DESECHABLES, CREMAS ANTIPAÑALITIS, PAÑOS***

⁴ Fl. 10 C. Ppal.

⁵ Folio 11 del C. Ppal.

HÚMEDOS, de conformidad con lo prescrito por el galeno tratante, para la atención de las patologías que presenta ZOILA ROSA CÁRDENAS DE TAPIA de ADENOCARCINOMA MUCINOSO METASTASICO EN CONDUCTA PALIATIVA, CARCINOMATOSIS PERITONEAL GENERALIZADA, ASCITIS, DOLOR CRÓNICO, DIFICULTAD RESPIRATORIA, TUMOR MALIGNO DE ABDOMEN; y además todos los servicios y/o medicamentos que sean necesarios cada vez que haya una prescripción nueva por parte de los médicos.

3º) Que la NUEVA EPS, AUTORICE el TRASLADO EN AMBULANCIA desde el lugar de _ residencia de la señora ZOILA ROSA CÁRDENAS DE TAPIA, a las IPS a las cuales es remitida para las valoraciones con los especialistas MEDICINA DEL DOLOR Y CUIDADOS PALIATIVOS y ONCOLOGÍA, la veces que sea necesario para ser atendida en las patologías que presenta.

4º) Que la NUEVA EPS, garantice en forma ininterrumpida y permanente la atención en salud integral de acuerdo a la prescripción médica a ZOILA ROSA CÁRDENAS DE TAPIA, que requiera la paciente en razón a la enfermedad que aqueja su condición de salud.”

5. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

PRIMERA INSTANCIA

| Actuación procesal | Folio | Fechas o asuntos |
|---|---------------|-------------------------|
| Reparto | 37 C. Ppal. | 17 de enero 2020 |
| Se admite la acción, se decreta medida provisional | 39 – 40 | 17 de enero 2020 |
| Se notifica a las partes vía electrónica | 41 – 43 | 20 de enero de 2020 |
| Contestación de la Nueva E. P. S. | 45 – 58 | 23 de enero de 2020 |
| Concepto de la Procuraduría 104 judicial I Administrativa | 59 – 61 | 24 de enero de 2020 |
| Se profiere sentencia, amparando los derechos fundamentales de la Vida Digna y la Salud | 69 – 74 | 29 de enero de 2020 |
| Se notifica la sentencia vía electrónica a las partes | 75 – 78 | 30 de enero de 2020 |
| La nueva E. P. S. impugna la tutela | 80 – 86 | 05 de febrero de 2020 |
| Se concede la impugnación | 87 | 06 de febrero de 2020 |
| Se remite al Tribunal por Oficio 268 – J9 | 01 Cd. Alzada | 07 de febrero de 2020 |

SEGUNDA INSTANCIA

| Actuación procesal | Folio | Fechas o asuntos |
|---|------------------|-----------------------|
| Se somete a reparte correspondiéndole a esta Magistratura | 02 Cd. Alzada | 07 de febrero de 2020 |
| Pasa al Despacho del Magistrado Ponente | 03 Cd. Alzada | 10 de febrero de 2020 |
| Se admite la impugnación | 04 | 11 de febrero de 2020 |
| Al despacho para fallo | 07 | 13 de febrero de 2020 |

6. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS

6.1. LA NUEVA E. P. S. S. A.⁶ Adujo que, en efecto la señora Cárdenas de Tapia se encuentra afiliada al el Régimen Contributivo, cotizando en calidad de beneficiaria en categoría A, del señor Emiro José Tapia Bolaños (cónyuge), quien registra un ingreso base que asciende a la suma de \$1.705.293 MIL, lo que a su juicio indica que, la capacidad económica de la accionante no es limitada y puede sufragar los gastos de los tratamientos requeridos y que la Nueva EPS no está obligada a costear.

Seguidamente, manifestó que, el acompañamiento debe ser una tarea realizada por los familiares e hijos, de acuerdo al principio de solidaridad, toda vez que, el cuidador domiciliario (permanente o principal) es la persona que presta un apoyo para aquellos pacientes que por su condición de salud se encuentran en situaciones de dependencia y requieren de una asistencia física necesaria para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria, (administración de comida, higiene personal, comunicación) y que por su condición no puede realizar por sí solo, a diferencia del auxiliar de enfermería que su servicio es más de carácter crónico, de un paciente que requiera asistencia técnica, por lo que en el caso que nos ocupa, la accionante requiere es de cuidador domiciliario; además, por mandato expreso de la nota externa con radicado N° 201433200296233 del 10 de noviembre de 2014 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, ese rubro no puede ser financiado con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues constituye una función familiar y subsidiariamente un deber en cabeza de la sociedad y el Estado.

De otra parte, en cuanto a la solicitud de suministro de pañitos húmedos, suplemento alimenticio y crema antipañalitis, sostuvo que no se evidencia

⁶ Folio 45 – 58

radicación en el Sistema de Salud y mucho menos órdenes médicas de galenos adscritos a la red de Nueva EPS, por lo tanto se requiere orden médica, formato de justificación e historia clínica para que sean radicados en la Oficina de Atención al Usuario para que el Comité realice el análisis y trámite de aprobación.

Con relación a la pretensión de cubrir gastos de traslado, alegó que la normatividad que regula la materia, gastos de desplazamiento y/o transporte ida y regreso dentro de la ciudad de residencia del accionante no son pertinentes ya que el Municipio de Sincelejo no cuenta con UPC diferencial, por lo que deben ser financiados por el afiliado, pues la normatividad vigente del Plan de beneficios en salud no cubre dichos transportes y erogaciones de alimento, hospedaje.

Respecto al tratamiento integral, arguye que, la Nueva EPS tiene un modelo de acceso a los servicios y la entrada a ellos, es a través de los servicios de urgencias o a través de la IPS Primaria asignada a cada afiliado donde puede acceder a los servicios ambulatorios programados. Así pues, señalo que los servicios que son ordenados al usuario por parte de los médicos de la red de Nueva EPS son y serán cubiertos con base en la normatividad vigente, incluyendo el acceso al Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC de que trata la Resolución No. 5269 de 2017, de acuerdo con lo establecido en el mismo, acerca de los procedimientos y requisitos para ello.

Finalmente, solicitó no acceder a las pretensiones del accionante y se declare la improcedencia de la acción constitucional, y en caso de accederse a las pretensiones, que la Nueva EPS pueda repetir contra la administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES por el 100% de la totalidad de los valores que deba asumir la Nueva EPS.

6.3. MINISTERIO PÚBLICO⁷: expone que se debe amparar los derechos fundamentales que se pretenden y ordenarle a la entidad accionada Nueva EPS que autorice el cubrimiento de los servicios médicos y tratamientos que requiera de forma pronta, continua y adecuada para la recuperación o control de la enfermedad que padece; toda vez que, la entidad accionada al no suministrar oportunamente los medicamentos, insumos y servicios, está desconociendo los principios de integralidad y continuidad en la prestación de los servicios médicos y a su vez pone en peligro inminente el derecho a la vida del paciente, más aun, a

⁷ Fls. 59 – 61

una adulto mayor como lo es el caso quien se encuentra en debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar desde el punto de vista constitucional el rol de sujeto privilegiado, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran.

7. LA DECISIÓN OBJETO DE IMPUGNACIÓN⁸

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 29 de enero de 2020, resolvió conceder la solicitud de amparo, por las razones expuestas a continuación.

“(...) Por lo anterior, encuentra este Despacho que procede, el amparo a los derechos fundamentales alegados por la parte accionante, como quiera que se encuentra acreditado que, la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia, es una paciente de la tercera edad, cuyo estado de salud es grave, pues padece una enfermedad virosa o catastrófica, al ser diagnosticada con "adenocarcinoma mucinosos metastásicos, ascitis, Carcinomatosis peritoneal generalizada, esteatosis hepática, hipoalbuminemia e hiproteïnemia"(f1.31), por lo que se le tutelaran sus derechos fundamentales a la vida digna y salud de, ya que están siendo quebrantados por la entidad accionada - NUEVA EPS, toda vez que es la entidad a la que se encuentra afiliada la actora.

Como consecuencia de lo anterior, la entidad accionada NUEVA EPS, debe garantizarle el acceso a los servicios médicos requeridos por la accionante, esto es, autorizar la entrega del medicamento Ondasetron 8 mg (f1.21), suministrar atención domiciliaria integral (servicio de auxiliar de enfermería 24 horas, visita de medicina general 1 vez por semana, consulta con médico especialista cada 15 días) (fls.25,31) y pañales desechables (f1.21), de conformidad con la prescripción dada por el médico tratante de la Clínica Santa María de Sincelejo y de Medicina en casa. Para lo anterior se le otorgará un término prudencial de tres (03) días contados a partir de la notificación de esta sentencia.

Las demás pretensiones invocadas (suplemento alimentario Prowey Oncare, cremas antipañalitis, paños húmedos y traslado en ambulancia), serán negadas, por cuanto no se anexó copia de autorizaciones y/o órdenes médicas que así lo indicaran; máxime cuando este Despacho no puede suplantar las funciones y la competencia del médico tratante, cuyo ámbito de conocimiento es el indicado para determinar la pertinencia y procedencia de los servicios e insumos de salud reseñados (...)”.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de recobro realizada por la Nueva E.P.S señaló que, no es procedente en tanto los servicios y medicamentos ordenados se encuentran incluidos en el POS.

7.1 LA IMPUGNACIÓN⁹: La entidad demandada presentó escrito de impugnación reiterando los argumentos esgrimidos en su contestación de la

⁸ Fls. 69 – 74 Del C. Ppal.

⁹ Fls. 80 – 86 del Cd. Ppal.

demanda, en relación con, la capacidad económica de la accionante, la cual le permite asumir los costos del tratamiento; en cuanto al cuidador domiciliario, sostiene que debe ser una tarea realizada por familiares e hijos de acuerdo a principio de solidaridad; frente al suministro de pañales, afirma que, se encuentra excluido del plan de beneficios de salud, por lo que solicita sea revocada la referida sentencia y de no acceder a dicha petición que, faculte a la Nueva E. P. S. S.A., para que realice el recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), en un ciento por ciento (100%) de todos y cada uno de los gastos que asuma en cumplimiento del fallo.

8. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

8.1. COMPETENCIA: El Tribunal, es competente para conocer en Segunda Instancia, de la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del Decreto ley 2591 de 1991.

8.2. PROBLEMA JURÍDICO: De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si la entidad impugnante vulneró los derechos fundamentales a la Vida Digna y Salud amparados por la Juez de instancia a la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia.

En lo que hace al problema jurídico a desatar, se abordará el siguiente hilo conductor: **(i)** Requisitos de procedencia de la acción de tutela; **(ii)** El derecho fundamental a la salud en el caso de los adultos mayores. Reiteración de jurisprudencia; **(iii)** Derecho a la salud de las personas con enfermedades catastróficas, **(iv)** Alcance de los principios de integralidad y oportunidad en la prestación de servicios de salud oncológicos y jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el cáncer; **(v)** caso concreto, momento en el cual se verificarán los aspectos analizados respecto de las solicitudes de amparo de que se trata.

8.3. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA. La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los Jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de

todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

8.4. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

8.4.1 Legitimación en la causa por activa. La agencia oficiosa –como lo es el caso- en materia de tutela debe reunir dos requisitos mínimos de procedibilidad; a saber: **i)** la manifestación expresa por parte del agente en relación de estar actuando a nombre del agenciado; y **ii)** la aportación de prueba, sumaria siquiera, de que el agenciado se encuentra en incapacidad de interponer por sí mismo la acción¹⁰.

Frente al primer requisito, la Corte ha sostenido que se excluye, dado el carácter informal de la acción, la consagración de fórmulas sacramentales y que basta con que se infiera del contenido del libelo petitorio que se obra en la calidad de agente para que se entienda surtido dicho requisito¹¹, y, en relación con el segundo aspecto, la Corte ha precisado que la prueba de la incapacidad del titular del derecho debe existir y tener siquiera carácter sumario.

La incapacidad a la que se hace referencia cuando de agencia oficiosa se trata, desborda la concepción tradicional de la misma (referida a minoría de edad o alienación mental) y se extiende a la incapacidad física del legítimo titular del derecho para iniciar por sí mismo la demanda¹², en este entendido y en el caso que nos ocupa, es un deber constitucional proteger a aquéllas personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta, siendo la situación de la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia, quien en principio es la titular del derecho en la presente acción, lo cual se infiere de su historia clínica ya que de dichos documentos se evidencia que padece cáncer en estadio IV; razón por la cual se dará por cierto el hecho que la señora Zoila Cárdenas, no es capaz de valerse por sí misma, con lo anterior, este despacho concluye que su hijo Luis Tapia Cárdenas quien manifiesta expresamente en el escrito de tutela que actúa como agente oficioso se encuentra habilitado para ello y en consecuencia, entiende este Tribunal que lo hace como legítimo agente de los derechos de su madre.

8.4.2. Legitimación en la causa por pasiva. Al ser la Nueva EPS, la entidad

¹⁰ Sentencias T-342/04, T-294/04, T-061/04, T-531/02, T-1224/00

¹¹ T-232/04. M.P.: Álvaro Tafur Gálvis

¹² Sentencia T-1220 de 2004

encargada de la prestación del servicio público de salud de la señora Cárdenas de Tapia (hecho que es aceptado por la EPS en la contestación visible a folio verso 45), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 y el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, se encuentra superado este requisito.

8.4.3. La inmediatez. En reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en señalar que la procedencia de la acción de tutela se encuentra sujeta al cumplimiento del requisito de inmediatez. Al respecto, ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno, ello en procura del principio de seguridad jurídica y la preservación de la naturaleza propia del amparo.

En relación con el caso sub examine, se puede establecer que el hecho generador de la presunta amenaza o vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, puede datar desde el 02 de enero de 2020, fecha en donde este Despacho tiene conocimiento del estado de salud de la accionante (hecho 6º de la demanda), esto es, su traslado a la Organización Clínica Bonnadona de Barranquilla donde tuvo que ser reanimada por su delicada condición. De allí, que al 17 de enero de 2020, el señor Tapia Cárdenas acudió al amparo constitucional para invocar de manera oportuna la protección de los derechos fundamentales de la señora Zoila Cárdenas. En ese orden, se encuentra acreditado el requisito de inmediatez.

8.4.4. La subsidiariedad. En tratándose de los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta en razón de su edad, su condición económica, física o mental, la Corte Constitucional¹³, en numerosas ocasiones, ha precisado que la procedencia de la tutela se hace mucho más flexible; adicionalmente esa alta Corporación le atribuye, la calidad de sujetos de especial protección constitucional a los menores de edad, las mujeres embarazadas, **los adultos mayores** –como lo es el caso¹⁴–, las personas con disminuciones físicas y psíquicas y las personas en situación de desplazamiento.

En ese orden de ideas, en el presente asunto se encuentra configurado el requisito

¹³ Corte Constitucional, las sentencias T-550 de 2001 y T-864 de 2000,(M. P. Alfredo Beltrán Sierra), T-510 de 2003 y T-397 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda

¹⁴ Folio 15

de subsidiariedad, por tanto, la acción de tutela se torna procedente como mecanismo autónomo y definitivo para proteger los derechos fundamentales invocados, dada la necesidad prioritaria de garantizar los derechos de un adulto mayor, los cuales han sido aparentemente vulnerados por la entidad accionada, más aun, cuando los accionantes han radicado derechos de petición a la Nueva E. P. S.¹⁵ sin responder y quejas ante la Superintendencia de salud (hecho 10º).

8.5. Especial protección constitucional de los adultos mayores

De acuerdo con la Carta Política, la salud es un servicio público a cargo del Estado, no obstante, la Corte Constitucional¹⁶, a través de su jurisprudencia, reconoció que dicho servicio es un derecho, el cual se considera fundamental en sí mismo y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela. Al efecto, la Corporación señaló que:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud.”¹⁷

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud claramente reconoce el carácter fundamental de tal derecho. En la sentencia **C-313 de 2014** al respecto se dijo:

“[E]l derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”

En cuanto a la protección del Estado, tratándose de las personas pertenecientes a la tercera edad, esta Corporación ha señalado que conforme con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado deberá protegerlas en razón de que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a *“afrentar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades*

¹⁵ Folios 34 – 36

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-014 del 2017 de enero, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

*propias de la vejez*¹⁸, razón por la cual se deberán garantizar todos los servicios relativos a salud que ellos requieran¹⁹.

En virtud de ello, la Corte ha estimado que el derecho a la salud de estos sujetos, es un derecho fundamental que reviste mayor importancia por el simple hecho de tratarse de personas de la tercera edad, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran.

A propósito, esta Corporación ha señalado que, *“es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”*²⁰.

Así pues, este mecanismo constitucional procede en los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.²¹

Igualmente, ha considerado la Corporación que, la tutela es procedente en los casos en que *“(a) se niegue, sin justificación médico – científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios”*²².

En conclusión, si bien es cierto que la salud es un derecho fundamental en sí mismo, no debe desconocerse que, en sujetos de especial protección, como el caso de las personas de la tercera edad, este derecho adquiere mayor relevancia pues, las naturales consecuencias de la vejez, ubican a estas personas en un estado de

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-634 del 26 de junio de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo

¹⁹ Constitución Política, artículo 46.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-527 del 11 de julio de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T- 746 del 19 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-1182 del 2 de diciembre de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia T-717 del 7 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²² Corte Constitucional, Sentencias T-165 del 17 de marzo de 2009 y T-050 del 2 de febrero de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

debilidad manifiesta del cual el sistema de salud, debe encargarse, así lo ha señalado la Corte²³:

“Los adultos mayores son un grupo vulnerable, por ello han sido catalogados como sujetos de especial protección constitucional en múltiples sentencias de esta Corporación. Desde el punto de vista teórico, esto puede obedecer a los tipos de opresión, maltrato o abandono a los que puede llegar a estar sometida la población mayor, dadas las condiciones, físicas, económicas o sociológicas, que la diferencian de los otros tipos de colectivos o sujetos (...) estos deberes asistenciales deben observarse en diversas dimensiones de especial importancia para la población mayor, como los de salud y pensiones”.

8.6. Derecho a la salud de las personas con enfermedades catastróficas. La Constitución Política establece, en su artículo 48, que la Seguridad Social es un derecho irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, cuyo acceso debe garantizarse a todas las personas y debe prestarse siguiendo los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad. El Sistema de Seguridad Social se encuentra integrado, entre otros, por el Sistema General de Salud. Por su parte, en el artículo 49 *ibíd* se determina que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, que debe garantizar *“a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, [...] conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”*, cuando un servicio médico resulta indispensable para garantizar el disfrute de su salud, este no se puede ver interrumpido a causa de barreras administrativas que no permiten el acceso a tratamientos y procedimientos necesarios para recuperar la salud. Así mismo, el derecho a la salud tiene elementos esenciales como son: la accesibilidad física y la accesibilidad económica, consideradas como condiciones mínimas en las que se deben prestar los servicios de salud. De esta manera se sostuvo en la sentencia **T-016 de 2007**²⁴ al señalar que:

“... la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”.

En la Ley 1751 de 2015²⁵, el Legislador reconoció la salud como derecho

²³ sentencia T-567 de 2014, Sentencias T-239 de 2016, T-019 de 2016, T-383 de 2015, T-707 de 2014, T-564 de 2014, T-342 de 2014, T-011 de 2014, T-799 de 2013, T-1069 de 2012, T-935 de 2012, T-522 de 2012, T-329 de 2012, T-134 de 2012, T-315 de 2011, T-1032 de 2008, T-970 de 2008, T-634 de 2008, T-1097 de 2007, T-1039 de 2007, T-261 de 2007, T-464 de 2005, T-736 de 2004, T-004 de 2002, T-1081 de 2001, T-277 de 1999, SU-480 de 1997, T-670 de 1997, SU-043 de 1995 y

²⁴ MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁵ “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

fundamental y, en el artículo 2º, específico que éste es un derecho autónomo e irrenunciable y debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

Al respecto, la función garantista y protectora a la que están obligados los operadores del sistema de salud frente a personas en estado de debilidad manifiesta, se dijo en la Sentencia **T-499 de 2014**²⁶, que:

“Con relación a aquellos sujetos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por padecer de enfermedades catastróficas o ruinosas - Cáncer - se le ha impuesto al Estado, la sociedad y, por supuesto, los jueces constitucionales, el deber de adoptar medidas que comporten efectivamente una protección reforzada, teniendo en cuenta que entre mayor sea la desprotección de estos sujetos, mayor deben ser las medidas de defensa que se deberán adoptar”.

Así las cosas, a quienes padezcan de enfermedades catastróficas, se les debe garantizar siempre un tratamiento integral, en los términos establecidos en el artículo 8º de la Ley 1751 de 2015²⁷; esto es, como un mandato de optimización, garantizando el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye suministrar *“todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”*.

La Corte señaló en **Sentencia T-066 de 2012** lo siguiente:

“Esta Corporación ha sido reiterativa en su deber de proteger aquellas personas que sufren de cáncer, razón por la cual ha ordenado a las entidades prestadoras del servicio de salud autorizar todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que requiere el tutelante para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS (...)” (Subrayas fuera del original)²⁸.

Como se observa, una de las reglas decantadas por ese Tribunal respecto de las personas que padecen cáncer u otras enfermedades catastróficas es el derecho que éstas tienen a una atención integral en salud que incluya la prestación de todos los servicios y tratamientos que requieren para su recuperación, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el Plan Obligatorio de Salud o no²⁹.

²⁶ MP. Alberto Rojas Ríos.

²⁷ “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

²⁸ Sentencia T-066 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁹ Sentencia T-607 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.

Adicional a lo expuesto, el cáncer como enfermedad catastrófica tiene regulación especial, esto es, **la Ley 1384 de 2011**, que contiene las siguientes definiciones:

ARTÍCULO 10. OBJETO DE LA LEY. Establecer las acciones para el control integral del cáncer en la población colombiana, de manera que se reduzca la mortalidad y la morbilidad por cáncer adulto, así como mejorar la calidad de vida de los pacientes oncológicos, a través de la garantía por parte del Estado y de los actores que intervienen en el Sistema General de Seguridad Social en Salud vigente, de la prestación de todos los servicios que se requieran para su prevención, detección temprana, tratamiento integral, rehabilitación y cuidado paliativo.

(...)

ARTÍCULO 40. DEFINICIONES. Las siguientes definiciones se aplican a esta ley:

a) Control integral del cáncer. Acciones destinadas a disminuir la incidencia, morbilidad, mortalidad y mejorar la calidad de vida de los pacientes con cáncer;

b) Cuidado paliativo. Atención brindada para mejorar la calidad de vida de los pacientes que tienen una enfermedad grave o que puede ser mortal. La meta del cuidado paliativo es prevenir o tratar lo antes posible los síntomas de la enfermedad, los efectos secundarios del tratamiento de la enfermedad y los problemas psicológicos, sociales y espirituales relacionados con la enfermedad o su tratamiento. También se llama cuidado de alivio, cuidado médico de apoyo y tratamiento de los síntomas

(...)

ARTÍCULO 50. CONTROL INTEGRAL DEL CÁNCER. Declárese el cáncer como una enfermedad de interés en salud pública y prioridad nacional para la República de Colombia. (...)

(...)

ARTÍCULO 10. CUIDADO PALIATIVO. Las Entidades Promotoras de Salud, los regímenes de excepción y especiales y las entidades territoriales responsables de la población pobre no asegurada, las demás entidades de aseguramiento y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas y privadas, deberán garantizar el acceso de los pacientes oncológicos a Programas de Cuidado Paliativo y que cumpla con los criterios antes descritos.

8.6. Alcance de los principios de integralidad y oportunidad en la prestación de servicios de salud en pacientes oncológicos.

Continuando con la exposición sobre las normas y jurisprudencias que regulan el tema, se reitera que el artículo 48 de la Constitución consagró la seguridad social como un derecho de carácter irrenunciable que requiere garantizarse a todos los habitantes del territorio colombiano, y como servicio público obligatorio, bajo el control del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad.

Conforme a lo establecido en el artículo citado, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha manifestado que el derecho fundamental a la seguridad social se encuentra conceptualizado de la siguiente manera “conjunto de medidas

institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano.”³⁰

El artículo 49 de la Constitución Política y el artículo 8° de la Ley 1751 de 2015, señalan de manera puntual, sobre el principio de integralidad, que para que el derecho a la salud pueda alcanzar su efectiva protección, debe asegurarse una oferta de servicios en salud para la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de todas aquellas patologías que afecte a la persona. Ello le permitirá al usuario de tales servicios, reclamar la prestación y atención requerida para lograr restablecer su salud, o en su defecto para reducir su nivel de sufrimiento.

En efecto, sobre el principio de integralidad, la H. Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera en la **Sentencia T- 178 de 2017**:

“Con relación al principio de integralidad en materia de salud, esta Corporación ha estudiado el tema bajo dos perspectivas, la primera, relativa al concepto mismo de salud y sus dimensiones y, la segunda, a la totalidad de las prestaciones pretendidas o requeridas para el tratamiento y mejoría de las condiciones de salud y de la calidad de vida de las personas afectadas por diversas dolencias o enfermedades.

Así las cosas, esta segunda perspectiva del principio de integralidad constituye una obligación para el Estado y para las entidades encargadas de brindar el servicio de salud pues les obliga a prestarlo de manera eficiente, lo cual incluye la autorización total de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, terapias, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera y que sean considerados como necesarios por su médico tratante.

Luego, es posible solicitar por medio de la acción de tutela el tratamiento integral, debido a que con ello se pretende garantizar la atención en conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes, que han sido previamente determinadas por su médico tratante. Cuando la atención integral es solicitada mediante una acción de tutela el juez constitucional debe tener en cuenta que esta procede en la medida en que concurran los siguientes supuestos:

(i) La descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.”³¹

En ese orden, la materialización del principio de integralidad tiene como efecto que toda prestación del servicio se desarrolle de manera oportuna, eficiente y con

³⁰ Sentencia T-1040 de 2008

³¹ Sentencia T- 178 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

calidad, de lo contrario se vulnerarían los derechos fundamentales de los usuarios o pacientes del sistema de salud.

De acuerdo con lo hasta ahora planteado, la H. Corte Constitucional ha sostenido que, en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado tiene la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela.

Lo anterior cobra mayor importancia cuando se trata de sujetos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, como es el caso de los niños, las personas de la tercera edad, quienes sufren de enfermedades catastróficas, entre otras, como por ejemplo, todo tipo de cáncer, y también sujetos que padecen algún tipo de discapacidad puesto que, sumado a la prestación de un servicio de calidad y un tratamiento eficiente e integral para la enfermedad que se padezca, estos merecen una especial protección por parte del Estado³², así lo sostuvo la Corte a través de su jurisprudencia³³:

“Esta Corporación ha sido reiterativa en su deber de proteger aquellas personas que sufren de cáncer, razón por la cual ha ordenado a las entidades prestadoras del servicio de salud autorizar todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que requiere el tutelante para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS (...) las personas que padecen enfermedades catastróficas es el derecho que éstas tienen a una atención integral en salud que incluya la prestación de todos los servicios y tratamientos que requieren para su recuperación, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el Plan Obligatorio de Salud o no”

En suma, esta integralidad a la que tienen derecho esta clase de pacientes cuyo estado de enfermedad afecte su integridad personal o su vida en condiciones dignas, significa que la atención en salud que se les brinde debe contener “todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser

³² Sentencia T-062-2017

³³ Sentencia T-387 de 2018

proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”³⁴.

Lo expuesto permite inferir que la integralidad comprende no sólo **(i)** el derecho a recibir todos los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico, tratamientos y cualquier otro servicio necesario para el restablecimiento de la salud física, conforme lo prescriba su médico tratante, sino también **(ii)** la garantía de recibir los servicios de apoyo social en los componentes psicológico, familiar, laboral y social que requieran los pacientes con cáncer para el restablecimiento de su salud mental³⁵.

Además, que el servicio de salud que se les brinde debe ir orientado no sólo a superar las afecciones que perturben las condiciones físicas o mentales de la persona, sino, también, **(iii)** “a sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad personal (...) a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que su entorno sea tolerable y digno”³⁶.

La Corte Constitucional ha establecido igualmente que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta. Es decir, que los jueces de tutela que reconocen y ordenan que se brinde atención integral en salud a un paciente “se encuentran sujet[o]s a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente”³⁷. De este modo, las indicaciones y requerimientos del médico tratante deben ser las que orienten el alcance de la protección constitucional del derecho a la salud de las personas. Así lo dispuso la Sentencia **T-607 de 2016** respecto de las personas que padecen cáncer:

“(..) a toda persona que sea diagnosticada con cáncer se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, contin[u]a y, sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente”.

Por otro lado, este principio de integralidad tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio y evitar al paciente interponer una acción

³⁴ Sentencia T-1059 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, reiterada por las Sentencias T-062 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-730 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-536 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-421 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

³⁵ Defensoría del Pueblo, “Derechos en salud de los pacientes con cáncer”, Recuperado de: http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Cartilla_pacientes_Cancer.pdf

³⁶ Sentencia T-062 de 2017.

³⁷ Sentencia T-057 de 2009.

de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por el médico tratante. Por ello, en desarrollo del mismo, el juez de tutela tiene la facultad de ordenar que se garantice el acceso a todos los servicios “que el médico tratante valore como necesario[s] para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente”³⁸. Esta continuidad se materializa en que el tratamiento integral debe ser brindado “de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad³⁹”.

PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES REFERIDOS A LAS OBLIGACIONES DE RESPETO Y DE GARANTÍA EN CABEZA DE LAS ENTIDADES QUE CONFORMAN EL SISTEMA DE SALUD, FRENTE A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LOS PACIENTES CON SOSPECHA O DIAGNÓSTICO DE CÁNCER EN COLOMBIA.

La Corte Constitucional en su fructífera jurisprudencia⁴⁰, ha abordado algunas de las múltiples situaciones que padecen los pacientes con cáncer; desde diferentes aristas y contextos, concluyendo que existen un conjunto de obligaciones de respeto y de garantía en cabeza de las entidades que conforman el Sistema de Salud, frente a la prestación de servicios a los pacientes con sospecha o diagnóstico de cáncer.

La prestación del servicio de salud a personas con cáncer debe realizarse de manera integral. La Corte ha sostenido como subregla que la atención en salud de los pacientes con enfermedad catastrófica, como lo es el cáncer, debe ser considerada con carácter de urgencia (T-066-12, T-553-10 y T-754-05). Entendiendo que la integralidad del tratamiento consiste en la autorización de “(...) todos los servicios de salud que el médico tratante determine que el paciente requiere, sin que le sea posible fraccionarlos o separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan” (T-246-10, T-760-08), y el cumplimiento integral de los términos dispuestos en la ley para el estudio y aprobación de servicios médicos excluidos del POS (T-070-12).

³⁸ Defensoría del Pueblo, “*Derechos en salud de los pacientes con cáncer*”, Recuperado de: http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Cartilla_pacientes_Cancer.pdf

³⁹ Pronunciamento que se volvió a reiterar en sentencia T-387 de 2018.

⁴⁰ Sentencia **T-760 de 2008** (sentencia HITO en materia de salud), T-070 de 2012 (derecho fundamental autónomo de suministro de medicamentos), T-173 de 2012 (transporte en el sistema de salud), T-066 de 2012 (sujetos de especial protección y continuidad en la prestación del servicio), T-159 de 2012 (atención integral de pacientes con cáncer y estabilidad reforzada), T-563 de 2010 (exoneración de cuotas moderadoras y copagos), T-314 de 2013 (atención de pacientes con cáncer en el régimen subsidiado), T-326 de 2010 (deber de solidaridad en la atención de pacientes con cáncer), T-815 de 2010, T-263 de 2009, T-699 de 2008, T-090 de 2008, T-108 de 2008, T-584 de 2007, T-130 de 2007, T-697 de 2007 (atención a pacientes con cáncer en calidad de vinculados), T-524 de 2007 (exoneración de copagos a pacientes con cáncer), T-874 de 2006 (continuidad en el tratamiento de cáncer de un menor), T-514 de 2006 (atención domiciliaria y cuidados paliativos), T-048 de 2003 (periodo mínimo de cotización), T-094 de 2002 (desvinculación del sistema de paciente con cáncer), T-016 de 1999, T-505 de 1998 (atención a pacientes con cáncer que no cumplen en su momento periodos mínimos de cotización).

Igualmente, diversas sentencias (T-1032-01, T-263-09, T-699-08, T-563-10, T-815-10, T-505-98, T-048-03) han sostenido que la prestación del servicio de salud a personas con cáncer debe basarse en el principio de continuidad. La jurisprudencia ha establecido que la prestación del servicio de salud a personas con cáncer – en el entendido constitucional que es una enfermedad catastrófica y ruinosa – debe exceptuarse de copagos y cuotas moderadoras. Adicionalmente, se ha hecho énfasis en que ningún asunto administrativo o económico, puede interferir en la continuación integral del tratamiento, como la interrupción del pago de aportes, el cambio de EPS, la desvinculación laboral, la pérdida de calidad de beneficiario, el no cumplimiento de requisitos de afiliación, el traslado de EPS y el cumplimiento de semanas de cotización entre otras cosas (T-159-12, T-066-12, T-173-12, T-263-09, T-246-10, T-563-09, T-874-06, T-514-06, T-016-99, T-094-02, T-1031-01). Más aún cuando se está poniendo en riesgo la salud, vidas o integridad de las personas.

9. CASO CONCRETO: En el caso objeto de estudio, la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia a través de su hijo Luis Eduardo Tapia Cárdenas, actuando en calidad de agente oficioso y la primera como titular del derecho, sostiene que, la Nueva E. P. S. vulneró sus derechos fundamentales a la vida digna y salud de la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia, y en consecuencia, petitionó mediante acción de Tutela ordenar a dicha entidad que autorice la entrega del medicamento Ondasetron 8 mg, atención domiciliaria integral (servicio de auxiliar de enfermería por 24 horas, visita medicina general 1 vez por semana, visita de medicina especializada cada 15 días, terapias físicas), suplemento alimentario Prowey Oncare, pañales desechables, cremas antipañalitis, paños húmedos, traslado en ambulancia desde su lugar de residencia a las IPS a las cuales es remitida para las valoraciones con los especialistas en medicina del dolor, cuidados paliativos y oncología; y se garantice en forma ininterrumpida y permanente la atención en salud integral.

A su turno, la Nueva E. P. S., como accionada en este asunto, sostuvo que la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia, se encuentra cotizando en calidad de beneficiaria en categoría A, a través del señor Emiro José Tapia Bolaños (cónyuge), quien registra un ingreso base que asciende a la suma de un millón setecientos cinco mil doscientos noventa y tres pesos, lo que a su juicio indica que, la capacidad económica de la accionante no es limitada y puede sufragar los gastos de los tratamientos requeridos y que no está obligada a costear y son sus familiares quienes

deben solidaridad con ella, respecto a la petición de un cuidador domiciliario, el suministro de pañales desechables, y servicio de transporte.

El *a quo* amparó los derechos fundamentales a la vida digna y salud, invocados por la parte accionante, como quiera que encontró acreditado que, la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia, es una paciente de la tercera edad, cuyo estado de salud es grave al ser un paciente oncológico que sufre de una enfermedad catastrófica, ordenando, la entrega de los medicamentos (Ondasetron 8 mg), atención domiciliaria integral *las 24 horas*, visita de medicina general 1 vez por semana y cada 15 días por parte del médico especialista y el suministro de pañales desechables, lo anterior con base en lo ordenado por el médico tratante.

Frente a la anterior decisión, la entidad demandada presento recurso de apelación solicitando que, la orden dada sea revocada por cuanto la accionante cuenta la capacidad económica para sufragar los gastos causados por la enfermedad, en este caso la compra del medicamento; así mismo asegura que la paciente no requiere el servicio de una auxiliar de enfermería sino un cuidado domiciliario por lo que este debe ser prestado por los familiares en virtud del principio de solidaridad, agrega que el suministro de pañales no está incluido en el Plan de Beneficios de Salud, por ultimo sostiene que, en caso de no acceder a la solicitud de revocatoria, se ordene el recobro ante el ADRES.

Bajo los anteriores supuestos fácticos, se relacionan las pruebas allegadas con la acción de tutela, que sirven de base para realizar el estudio de la situación puesta a consideración de esta colegiatura:

- A folios 14 y 15 copias de los documentos de identidad de Luis Eduardo Tapia Cárdenas, quien actúa como agente oficioso de la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia.
- A folios 16 al 19 del cuaderno principal, Epicrisis de la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia, al ser atendida en la Organización Clínica Bonnadona Prevenir S.A.S.
- A folios 20 al 21, Evolución médica de la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia, fechada 23 de diciembre de 2019.
- A folios 22 al 24, Historia clínica de la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia.
- A folio 25, Orden de servicios de: auxiliar de enfermera por 12 horas, visita por médico general 1 vez por semana, y aplicación de morfina 2mg cada 4 horas, emitida por Medicina en casa

- A folio 26, Control de visitas por parte de Medicina en casa.
- A folio 27, Evaluación de la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia aplicando la escala de Karnofsky.
- A folio 28, Plan de servicio auxiliar de enfermería.
- A folio 30, Autorización de servicios No. (POS-6918)3174-118327988, del 04 de diciembre de 2019, por atención integral de paciente agudo, alta complejidad - programa extensión hospitalaria por día, ordenada por la Clínica Santa María SAS.
- A folios 22 al 24, Historia clínica de la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia, emitida por la Clínica Santa María SAS, con fecha 04 de noviembre de 2019 (Fls. 31-32) y 12 de diciembre de 2019.
- A folios 34 al 36, Derecho de petición presentado por la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia el día 19 de diciembre de 2019 ante la Nueva EPS, mediante el cual solicita sea acatada la orden médica consistente en cuidado de enfermería por 24 horas en su domicilio.

Se sigue de las documentales anteriores que la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia, cuenta con más de 77 años de edad (f1.15), encontrándose afiliada a la Nueva EPS, bajo el régimen contributivo (f1.45 reverso).

Según la historia clínica, el 04 de noviembre de 2019 la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia fue ingresada a la Clínica Santa María de la Ciudad de Sincelejo (la cual tiene convenio con la Nueva EPS), con diagnóstico de "adenocarcinoma mucinosos metastásicos, ascitis, carcinomatosis peritoneal generalizada, esteatosis hepática, hipoalbuminemia e hipoproteinemia"(f1.31).

Como tratamiento, el médico tratante le ordenó: "ranitidina 50 mg iv, cada 8 horas por 30 días, cantidad 90, enoxaparina 40 mg sct día por 30 días, cantidad 90, solicitud atención domiciliaria, ss//manejo extrahospitalario domiciliar schek, cuidado de enfermería 24 horas, oxígeno domiciliar 3 litros por minuto, por cánula nasal por 24 horas, por 30 días, aplicación de medicamento domiciliar con morfina 3 mg cada 4 horas" (11s.31-32).

Observa el Despacho que mediante autorización de servicios N° (POS-6918)3174-118327988, del 04 de diciembre de 2019, a solicitud de la Clínica Santa María, a la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia le ordenan "atención integral de paciente agudo - alta complejidad - programa extensión hospitalaria (por día)" .30).

El 12 de diciembre de 2019, la actora es atendida por médico general por motivo de consulta: "valoración médica para ingreso a programa de atención domiciliaria", consignándose como valoraciones: "(...) servicio auxiliar de enfermería 12 horas nocturnas, visita domiciliaria por médico general 1 vez por semana"(fls.22-24).

El 23 de diciembre de 2019, mediante evolución médica emitida por Medicina en casa, se consigna el mismo diagnóstico dado por el médico tratante de la Clínica Santa María y se le da varias órdenes médicas tales como: "1. visita médica domiciliaria, 2. valoraciones por (...), terapias físicas, cita con oncología, (...) ondasetron 8 mg, pañales desechables (...)"(f1.21).

El 27 de diciembre de 2019, la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia es ingresada a la Organización Clínica Bonnadona Prevenir S.A.S por motivo: "me duele el abdomen y me cuesta respirar" (f1.17), como manejos y/o procedimientos terapéuticos se le ordenó: "manejo analgésico, parasíntesis evacuatoria y cuidados paliativos" (f1.19), así mismo, visita por medicina general semanal (f1.16).

Sea lo primero manifestar, que se observa orden médica expedida por la red de prestadores de la Nueva EPS, esto es por parte de la Clínica Santa María de la Ciudad de Sincelejo (fls.31-32), dentro de la cual, se dio autorización a la atención integral de la paciente de alta complejidad, extensión hospitalaria (f1.30), por lo que infiere esta colegiatura, que comprende el cuidado de enfermería 24 horas previamente ordenado.

Este Tribunal encuentra acertada la decisión del *A-quo* de salvaguardar los derechos fundamentales de la señora Zoila Rosa Cárdenas, toda vez que, en el presente caso se evidencia el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales para conceder el amparo, toda vez que se trata de un paciente sujeto de especial protección constitucional dada su avanzada edad, recordando que "el reconocimiento por parte de la Corte del principio de integralidad en la prestación del servicio de salud en los adultos mayores, implica el deber de brindar la atención completa, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios. Lo anterior es reforzado por el mandato constitucional de una mayor protección al derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad y la obligación del Estado de garantizar la prestación del derecho a la seguridad social." 41

⁴¹ Sentencia T-036 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

Así mismo, se evidencia de las pruebas aportadas que, la paciente tiene un diagnóstico de Adenocarcinoma Mucinoso Metastásico en conducta paliativa, Carcinomatosis Peritoneal generalizada, Ascitis, Dolor Crónico y Dificultad Respiratoria, por lo cual, al ser un paciente oncológico tiene una condición adicional que debe ser tenida en cuenta, que desemboca en una protección especial reforzada, así lo ha reconocido la H. Corte Constitucional al indicar que, se deben “autorizar todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que requiere el tutelante para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS”.

Con base en lo anterior, encuentra la Sala que, la orden dada por el juez de tutela en primera instancia resulta adecuada con la protección que se debe brindar al paciente de la tercera edad que padece una enfermedad catastrófica; ahora bien, de la lectura del recurso de apelación se establecen cuatro inconformidades manifestadas por la parte demandada, consistentes en: **i)** La parte actora cuenta con la capacidad económica para sufragar los costos de los medicamentos, el tratamiento o el implemento medico prescrito; **ii)** La paciente requiere un cuidador domiciliario lo cual difiere de un auxiliar de enfermería por lo tanto debe ser brindado por la familia en desarrollo del principio de solidaridad; **iii)** El suministro de pañales no se encuentra en el plan de beneficios de salud y **iv)** La autorización de recobro al ADRES.

En relación a la primera inconformidad, la parte demandada manifiesta que la accionante cuenta la capacidad económica, toda vez que se evidencia de la información que reposa en el sistema que tiene la calidad de beneficiaria de su esposo, el señor Emiro José Tapia Bolaños, quien registra un ingreso base de \$1.705.293.

En este punto, esta Corporación considera oportuno citar en extenso a la Corte Constitucional, la cual ha fijado las siguientes reglas en relación con la prueba de la capacidad económica, la cual manifestó⁴²:

***“Reglas probatorias para establecer la capacidad económica.
Reiteración de jurisprudencia.***

Esta Corporación ha expuesto que una E.P.S. no puede negarse a autorizar la prestación de un servicio de salud porque no se encuentra

⁴² Sentencia T-260/17, Referencia: Expedientes (AC) T-5.889.657, T-5.896.052, T-5.913.891.
Magistrado ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS, veintiocho (28) de abril de dos mil diecisiete (2017)

dentro del P.O.S. o porque el usuario no ha demostrado con un amplio material probatorio que no puede asumir el costo del tratamiento, medicamento o procedimiento requerido. Respecto al último aspecto, la Corte ha señalado que “las E.P.S. cuenta con información acerca de la condición económica de la persona, lo que le permite inferir si puede o no cubrir el costo. Por eso, uno de los deberes de las E.P.S. consiste en valorar si, con la información disponible o con la que le solicite al interesado, éste carece de los medios para soportar la carga económica. Esto, sin necesidad de que se acuda a la acción de tutela. Ahora bien, de presentarse una acción de tutela, la E.P.S. debe aportar la información al juez de tutela, para establecer la capacidad económica de los pacientes que requieren servicios de salud no incluidos en el P.O.S. o de exoneración de cuotas moderadoras”^[33].

Frente al particular la Corte ha señalado que toda persona tiene derecho a acceder a un servicio de salud que requiere cuando es necesario, así no pueda financiar el mismo^[34]. Para tal efecto, ha establecido el cumplimiento de unas reglas las cuales se transcriben in extenso.

“1. No existe una tarifa legal en materia probatoria, respecto a la prueba de la incapacidad económica del accionante. Si bien en la SU-819 de 1999 se afirmó que, en el caso que se estaba revisando, el accionante debía aportar un balance certificado por contador o su declaración de renta o un certificado de ingresos y salarios, para probar la incapacidad económica que alegaba, en fallos posteriores, esta Corporación ha aclarado que en la acción de tutela, no existe tarifa legal para que el accionante pruebe la incapacidad económica que alega^[35]. || La Corte Constitucional ha precisado que los medios probatorios señalados en la sentencia SU-819 de 1999 no son taxativos, y que el accionante dispone de completa libertad para utilizar otros medios probatorios que estén a su alcance, para demostrar que no tiene los medios económicos suficientes para pagar el valor que se le exige, para acceder a un servicio médico determinado.

2. La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la E.P.S. o ARS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos^[36]. || Esta Corporación ha establecido que, en la medida que las E.P.S. o ARS tienen en sus archivos, información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, estas entidades están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas por el accionante se tengan como prueba suficiente^[37].

3. Los jueces de tutela tienen el deber de decretar pruebas mediante las cuales se pueda comprobar la incapacidad económica alegada por el accionante. Su inactividad al respecto, no puede conducir a que las afirmaciones del accionante al respecto, sean tenidas como falsas, y se niegue por tal razón, la protección de los derechos fundamentales solicitada^[38].

4. Ante la ausencia de otros medios probatorios, hechos como el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante^[39], pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica del accionante, siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado^[40].”

En reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha inaplicado la legislación para proteger a sujetos de especial protección constitucional ordenando la prestación de servicios, aun cuando los usuarios no tenían capacidad económica para sufragar el costo de los servicios médicos.

En la Sentencia T-036 de 2006, se revisó una acción de tutela en la cual la E.P.S. COOMEVA, se negaba a realizar un procedimiento quirúrgico a un niño porque su padre no tenía los recursos económicos suficientes para pagar los respectivos copagos, en aquella oportunidad se expuso que “[n]o obstante, la norma en cita, fue declarada exequible (sentencia C-542 de 1998) en el entendido de que si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras o controvierte la validez de su exigencia, el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, pues ni siquiera la ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos”.

En la Sentencia T-970 de 2008, la Corte se pronunció respecto al caso de una ciudadana afiliada al régimen subsidiado de salud, en el nivel II del SISBEN, que presentaba una enfermedad pulmonar obstructiva crónica, la cual necesitaba oxígeno requirente por hipoxemia severa. No obstante, no le fue autorizado tal medicamento porque no había pagado la cuota moderadora, debido a que no tenía los medios económicos suficientes para ello. En aquella oportunidad expuso que existía una presunción de incapacidad económica frente a los afiliados al SISBEN, porque hacen parte de la población con menor ingreso económico. Frente al particular señaló: “[c]uando una persona ha demostrado que se encuentra clasificado en el nivel 2 del SISBEN, no tiene que presentar pruebas adicionales de que es incapaz de asumir el valor de las cuotas moderadoras correspondiente a un tratamiento de alto costo, como es el caso de quien padece un tumor maligno. En estos eventos corresponde a la contraparte desvirtuar dicha situación”.

A su vez, en la Sentencia T-212 de 2009, la Corte resolvió la situación de una niña afiliada al régimen subsidiado a quien le fue negado el suministro de bolsas de colostomía y las barreras protectoras que requería para el tratamiento de la malformación ano-rectal -tipo fístula vaginal- que padecía. En el estudio del caso se concluyó que el pago de la cuota moderadora se había constituido en una barrera para el acceso a los servicios de salud de la menor, la cual ocasionaba una vulneración de los derechos fundamentales a la vida y a la salud. De manera concreta expuso:

“[l]a Corte en su jurisprudencia, ha identificado 2 situaciones. Por un lado, aquella que se refiere al caso de una persona que no tenga capacidad de pago suficiente y necesite un procedimiento o tratamiento médico sujeto a copago o cuota moderadora, evento en el cual, la E.P.S.-S deberá proceder a su prestación y a su cubrimiento total. Por otro lado, aquella que trata el caso de una persona con capacidad de pago, pero sin la posibilidad de desembolsarlo previamente, evento en el cual podrá realizar acuerdos de pago que garanticen la asunción de la obligación. Dicha distinción no tiene otro propósito que garantizar, en primer lugar, el efectivo acceso al servicio de salud y, en segunda medida, evitar una afectación del mínimo vital de quienes, sin siquiera contar con los recursos necesarios para atender sus requerimientos básicos, se ven obligados a cancelar sumas de dinero que, aunque están ajustadas a lo dispuesto en la ley, les resultan demasiado onerosas por su condición de pobreza. Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta la situación económica de la demandante, esta Sala

observa que se encuadra dentro del supuesto de quienes no tienen capacidad de pago suficiente, puesto que de lo que se desprende del expediente de tutela es que pertenece al Régimen Subsidiado en Salud en el nivel II del Sisben, hecho a partir del cual puede presumirse su falta de recursos económicos, recurriendo para ello desde luego al hecho de que tal tópico no fue controvertido por ninguna de las entidades vinculadas al proceso de tutela”.

Así las cosas, la Sala concluye que las afirmaciones realizadas por los usuarios del servicio de salud sobre la incapacidad de poder sufragar los costos de copagos o cuotas moderadoras, están revestidas por el principio de buena fe, por lo cual serán tenidas por ciertas hasta que las E.P.S. o E.P.S.-S presenten pruebas para desvirtuar dicha presunción.”

Con base en lo anterior, si bien es cierto la parte demandada señala que la parte actora cuenta con la capacidad económica, esta Corporación disiente del argumento esgrimido, por cuanto de las pruebas aportadas se puede evidenciar, como ya se señaló, que se trata de una paciente de la tercera edad (77 años) **que padece de una enfermedad catastrófica** por lo cual es un sujeto de especial protección constitucional; es decir, que su condición y la enfermedad que padece en el entendido constitucional que es una enfermedad catastrófica y ruinosa; debe incluso exceptuarse de copagos y cuotas moderadoras. Adicionalmente, se ha hecho énfasis en que ningún asunto administrativo o económico, puede interferir en la continuación integral del tratamiento; por ello, entiende esta Colegiatura que debe ser atendida de manera integral sin limitaciones, ahora bien, a la luz de las reglas fijadas por la Corte Constitucional citadas se colige que, la actora cumple con dos presupuestos, a saber la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad, condiciones que no ha sido controvertidas por la parte demandada, la cual incluso brinda la información sobre la condición de beneficiaria; en consecuencia, es posible colegir que existe prueba suficiente para inferir la incapacidad económica de la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia.

Es necesario resaltar que la accionante se encuentra frente al padecimiento de una enfermedad ruinosa; luego entonces, es oportuno reiterar que la valoración de la capacidad económica debe ser cualitativa y no cuantitativa como lo ha acotado la Corte Constitucional respecto a dichas valoraciones en los pacientes y las cargas y deberes probatorios de las Empresas Prestadoras de Salud; de manera que, se debe analizar cada caso en concreto. En consecuencia, el IBC referido por la EPS no basta para demostrar que la agenciada cuenta con la capacidad económica suficiente para asumir el costo de los tratamientos y medicamentos prescritos por su propia cuenta, de manera que ante la falta de certeza sobre este requisito tiene

aplicación el principio pro persona⁴³ y la Sala adoptará la decisión que resulte más favorable para la garantía efectiva de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social.⁴⁴

Finalmente, en lo relacionado con la incapacidad económica del paciente y de su familia, debe considerarse lo siguiente. Si bien el señor Emiro Jose Tapia Bolaños (conyuge) cuenta con un IBC de \$1.705.293.00, conforme a la respuesta de la Nueva EPS, esta Magistratura concluye la falta de capacidad económica de la peticionaria y de su familia para costear el servicio requerido por las siguientes razones: (i) se presumen ciertas las afirmaciones realizadas por el agente oficioso, quien sostuvo que carecen de los recursos económicos para costear los traslados a urgencias, servicios extra-hospitalarios, medicamentos y servicios médicos requeridos y prescritos por los médicos tratantes de forma integral debido a la alta complejidad en salud que se observa padece la señora Zoila Cárdenas de Tapia, (ii) se presume la buena fe del accionante, (iii) se aplica el principio de veracidad dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, (vi) al estar ubicados en un escenario de cáncer estadio IV; es decir, una enfermedad ruinosa o catastrófica, aquella es catalogada como de alto costo, con lo cual, en principio los usuarios del sistema de seguridad social en salud, no pueden asumir dicha carga, pues resulta desproporcionada y precisamente ese es uno de los objetivos del aseguramiento, garantizar la atención ante eventos que superan la capacidad económica del paciente y (v) al ubicarnos en un escenario de diagnóstico de cáncer; en tanto enfermedad catastrófica y ruinosa; aquello implica una mayor exigencia a la EPS pues en análisis de la capacidad económica no es igual en estos casos que en los demás, ya que no se encuentran ubicados en las mismas condiciones que los demás pacientes; precisamente por el alto costo que implica el manejo de dicha enfermedad, pero la NUEVA EPS se limitó a indicar que la tutelante es beneficiaria en categoría A, del señor Emiro José Tapia Bolaños (cónyuge), quien registra un ingreso base que asciende a la suma de \$1.705.293 MIL.

⁴³ Sentencia C-438 de 2013

⁴⁴ Sentencia T-096 de 2016 “juez constitucional debe hacer un ejercicio de ponderación que informe sobre la forma en el modo de vida del solicitante puede verse afectado en la medida en que asuma la carga de la prestación que pidió. Tal tesis fue desarrollada ampliamente en la sentencia T-760 de 2008, que reiteró la necesidad de determinar esa capacidad económica en cada caso concreto, en función del concepto de carga soportable. Al respecto, el fallo recordó que el hecho de que el mínimo vital sea de carácter cualitativo, y no cuantitativo, permite tutelar el derecho a la salud de personas con un ingreso anual y un patrimonio no insignificante, “siempre y cuando el costo del servicio de salud requerido afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona”. También permite exigir que quienes no estén en capacidad de pagar un servicio cuyo costo es elevado asuman, por ejemplo, el valor de los medicamentos, aun siendo sujetos de especial protección constitucional, si es claro que cuentan con la capacidad para hacerlo”.

Sobre la segunda inconformidad planteada, es decir sobre si, la paciente requiere un cuidador domiciliario o un auxiliar de enfermería, esta Sala considera pertinente traer como referencia lo que la Corte ha definido en relación con cada modalidad de asistencia domiciliaria, señalando⁴⁵:

“4. La atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermera o cuidadores domiciliarios: parámetros de análisis para el caso concreto

4.1. Ahora, pasa la Sala a analizar la regla de diagnóstico frente al servicio de enfermera o cuidadores domiciliarios,⁴⁶ solicitado por la accionante. La atención domiciliaria es una “modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud y la participación de la familia”⁴⁷ y se encuentra contemplada en la última actualización del Plan de Beneficios en Salud (PBS)⁴⁸ como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).⁴⁹ Es así como éste servicio médico asistencial; hace referencia a la prestación directa de un servicio por una tercera persona. Bajo ese entendido, entonces, no se puede ordenar a una EPS autorizarlo directamente, pues por su naturaleza debe ser el médico tratante quien determine de qué forma y bajo qué condiciones de calidad deben ser suministrados, atendiendo a la disponibilidad de los profesionales encargados.⁵⁰

⁴⁵ Sentencia T-435/19, Referencia: Expediente T-7.128.825, Magistrada Ponente: DIANA FAJARDO RIVERA, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

⁴⁶ La última actualización del Plan de Beneficios en Salud contempla la atención domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la UPC. Este tipo de atención es definido por el PBS como la “modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud y la participación de la familia”. (Resolución 5269 de 2017. Artículo 8º, numeral 6º). Sobre el particular, ver sentencias T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-061 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁴⁷ Resolución 5269 de 2017. Artículo 8º, numeral 6º.

⁴⁸ El artículo 26 de la Resolución 5269 de 2017 prevé esta modalidad de atención como una alternativa a la atención hospitalaria institucional. Además, establece que será cubierta por el PBS con cargo a la UPC, en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado.

⁴⁹ Ver, entre otras, las sentencias T-154 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-568 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-414 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos. En este punto, vale la pena señalar que recientemente, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, consideró que la “atención médica por parte de una enfermera” era un servicio no incluido en el PBS con cargo a la UPC. Esta Sala de Revisión se aparta de esta posición, en tanto la definición contenida en el numeral 6º del artículo 8º de la Resolución 5269 de 2017 permite concluir que el servicio de enfermería se encuentra incluido dentro del concepto de atención domiciliaria. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que la Resolución 5269 de 2017 reprodujo la definición de atención domiciliaria contenida en la Resolución 6408 de 2016 y que distintas Salas de Revisión –incluida la Sala Séptima– consideraron que el servicio de enfermería era una clase de atención domiciliaria y, por tanto, se encontraba incluido en el PBS.

⁵⁰ Ver, entre otras, las sentencias T-154 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-568 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-414 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos. En este punto, vale la pena señalar que recientemente, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, consideró que la “atención médica por parte de una enfermera” era un servicio no incluido en el PBS con cargo a la UPC. Esta Sala de Revisión se aparta de esta posición, en tanto la definición contenida en el numeral 6º del artículo 8º de la Resolución 5269 de 2017 permite concluir que el servicio de enfermería se encuentra incluido dentro del concepto de atención domiciliaria. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que la Resolución 5269 de 2017 reprodujo la definición de atención domiciliaria contenida en la Resolución 6408 de 2016 y que distintas Salas de Revisión –incluida la Sala Séptima– consideraron que el servicio de enfermería era una clase de atención domiciliaria y, por tanto, se encontraba incluido en el PBS.

4.2. De esta forma, la atención domiciliaria es un servicio que se encuentra expresamente incluido dentro del Plan de Beneficios en Salud (PBS) y la obligación de suministrarla es de la EPS.⁵¹ No obstante, dicha obligación está sujeta al concepto técnico, científico del médico tratante, pues solo a través del diagnóstico es posible determinar la necesidad y pertinencia del servicio en cada caso concreto. Por esta razón, esta Corporación ha señalado que es estrictamente necesario que exista una prescripción del médico tratante, o en los casos en los que dicha atención sea solicitada por los pacientes, un concepto en el que el profesional de salud indique la pertinencia y oportunidad de la misma, con el fin de que esta pueda ser exigida a través de la acción constitucional.

4.3. En relación con la atención de cuidador,⁵² 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,⁵³ se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud.⁵⁴ En otras palabras, se trata de atenciones que son exigibles, en primer lugar, a los familiares de quienes las requieren.⁵⁵ Ello, no solo en virtud de los lazos de afecto que los unen sino también como producto de las obligaciones que el principio de solidaridad conlleva e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculos.⁵⁶

⁵¹ El artículo 26 señala: “La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está financiada con recursos de la UPC en los casos que considere pertinente el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Esta financiación está dada solo para el ámbito de la salud”. Por su parte, el artículo 28 dispone: “Las EPS o las entidades que hagan sus veces podrán incluir la utilización de medicinas y terapias alternativas o complementarias por parte de los prestadores que hagan parte de su red de servicios, siempre y cuando estas se encuentren autorizadas y reglamentadas debidamente para su ejercicio, de acuerdo con lo establecido en la normatividad vigente sobre la materia”. Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017.

⁵² En relación con los cuidadores, la Sentencia T-154 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, expresó que éstos: “(i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.”

⁵³ Sentencia T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos donde se estudió el derecho a la salud y servicio de cuidador a menor de edad y se ordenó autorizar y suministrar ocho (8) horas diarias de servicio de cuidador a domicilio, a fin de atender todas las necesidades básicas que la accionante no puede satisfacer autónomamente debido a las enfermedades que la aquejan. En razón q que el niño se encontraba en una evidente condición de dependencia y requería de atenciones que, si bien no se encuentran directamente relacionadas con el tratamiento de sus patologías seguían siendo indispensables y podían llegar a tener injerencia no solo en su efectiva recuperación o en la estabilidad de su condición de salud, sino en su dignidad misma como ser humano.

⁵⁴ El Ministerio de Salud y de la Protección Social, mediante Resolución 5267 del 22 de diciembre de 2017, estableció el listado de los procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud, entre los que no incluyó expresamente el servicio de cuidador.

⁵⁵ En Sentencia T-414 de 2016 se expresó por la Corte que: “el servicio de cuidador no [es] en estricto sentido una prestación que deban suministrar las EPS, pues se trata principalmente de una función que no demanda una idoneidad o entrenamiento en el área de la salud, en tanto está más vinculada al socorro físico y emocional a la persona enferma, por lo cual es una tarea que corresponde, en primera instancia, a los familiares –en virtud del principio de solidaridad– o, en su ausencia, al Estado.”

⁵⁶ Es de destacar también, que en Sentencia T-154 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se reconoció que “los deberes que se desprenden del principio de la solidaridad son considerablemente más exigentes, urgentes y relevantes cuando se trata de asistir o salvaguardar los derechos de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (como por ejemplo la población de la tercera edad, los enfermos dependientes, los discapacitados, entre otros)”.

4.4. Como se señaló, la regla de diagnóstico es aplicable para el acceso a los servicios de salud sobre los cuales no haya orden del médico tratante. En principio, esta regla cubre cualquier servicio asistencial, salvo algunas excepciones.⁵⁷ Donde los servicios asistenciales facilitan a las familias la función de cuidado, y cuando se trata de familias que carecen de recursos para sufragar los insumos que se requieren, en virtud del principio de solidaridad, el Estado debe proveer lo necesario para que haya continuidad en su labor, y no se afecten las condiciones del paciente. Entonces, cuando se está frente a una persona que cumple las condiciones de grave enfermedad, dependencia y falta de recursos, no es constitucionalmente aceptable exigirle someterse a exámenes diagnósticos para determinar la necesidad de ordenar un servicio, que por sus condiciones de salud, requiere.

4.5. En conclusión, esta Corte ha dispuesto que las personas tienen derecho a contar con un diagnóstico efectivo y una atención en salud integral atendiendo las disposiciones generadas por el médico tratante sobre una misma patología. Así, como también, cuando una entidad es responsable de garantizar como mínimo, que el usuario acceda a la pruebas o exámenes necesarios para determinar la pertinencia de ordenar o no un servicio médico, no sólo debe considerar la historia clínica del paciente, sino, la capacidad económica del usuario de forma tal que se pueda precisar si estaría en condiciones de asumir el costo del tratamiento, medicamento o intervención quirúrgica que requiera.”

Con base en lo anterior, la Sala no comparte el argumento planteado por la parte recurrente, toda vez que el mismo carece de fundamento, si se tiene en cuenta que en el presente caso fue el médico tratante el que solicitó el cuidado de enfermería 24 horas⁵⁸ para la paciente, lo cual contradice lo sostenido por la entidad e incluso impide que esta Corporación tome una decisión al respecto contradiciendo la orden médica y suplantado las funciones del médico, por lo que resulta infundada la premisa de la parte demandada. Así mismo resulta oportuno señalar que, en concordancia con lo indicando con antelación, la situación de la paciente amerita, tal como lo dispuso el médico tratante, de la asistencia por parte de un profesional de la salud, situación que se corrobora de las ordenes donde se observa la necesidad de aplicar medicamentos como morfina cada 4 horas y oxígeno domiciliario en una proporción de 3 litros por minuto, situaciones que exceden el

⁵⁷ Sentencia T-023 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa se consideró que “1. Hay personas dentro del Sistema de Salud que sufren de *especialísimas* condiciones de vulnerabilidad física o mental; para saber cuándo se está frente a esta situación, la Corporación estableció algunos criterios de reconocimiento, que actualmente se encuentran recogidos en la línea de protección de acceso de los usuarios del Sistema al suministro de pañales desechables: (i) que se trate de una persona que sufre una enfermedad grave, sea congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad (deterioro); (ii) que dependen totalmente de un tercero para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas, y (iii) que sean personas que no tienen la capacidad económica, ni su familia, para sufragar el costo del servicio requerido y solicitado a la EPS. En particular, la jurisprudencia constitucional ha sido sensible al hecho de que las personas que cumplen las condiciones señaladas, requieren servicios médicos que no tiene por finalidad mejorar su salud, pues la gravedad de las enfermedades que los aquejan, afecta negativamente la probabilidad de recuperación. Más bien, estos servicios, especialmente, tienen la finalidad de garantizar la vida digna...”.

⁵⁸ Fl. 31 Evolución médica del 16 de diciembre de 2019 de la Clínica Santa María S.A.S.

simple cuidado domiciliario que afirma la parte enjuiciada puede realizar la familia de la paciente; adicional a lo expuesto, la tutela refiere intensos dolores por parte de la paciente que evidentemente afectan su dignidad y se indica que precisamente por no tener una persona 24 horas a su cuidado, no se le aplican los medicamentos para el dolor en los lapsos indicados por su médico tratante, lo que la condena a padecer angustias y sufrimientos que podían ser disminuidos con el cuidado paliativo, si aquel se suministra de acuerdo con las necesidades de la paciente y no de acuerdo a la disponibilidad de tiempo de quien va a aplicar las medicinas; lo que evidencia que no se tuvieron en cuenta por parte de la EPS las especiales condiciones médicas que está padeciendo la accionante debido al estadio IV del cáncer que sufre, no sólo por el dolor y los síntomas propios de su enfermedad, sino por las consecuencias derivadas del carácter “terminal” de su condición.

Frente a la tercera inconformidad relacionada con la negativa del suministro de pañales por cuanto los mismos se encuentra por fuera del Plan de Beneficios de Salud, el Tribunal trae a colación el análisis realizado por la H. Corte Constitucional la cual concluyó⁵⁹:

“La Ley 1751 de 2015 estableció una nueva forma de actualización del plan de beneficios, basada en un mecanismo de exclusiones que establece que en principio el sistema cubre todos los tratamientos y servicios de salud que no se encuentran expresamente excluidos, para así garantizar una prestación integral que incluya la promoción, la prevención, el diagnóstico, la atención de la enfermedad, la rehabilitación de las secuelas y la paliación. No obstante, también se ha establecido que el listado de exclusiones que viene autorizado desde la Ley Estatutaria, no puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales de los usuarios⁶⁰.

Conforme a la sentencia C-313 de 2014 y la normatividad en salud, las exclusiones tienen que ser determinadas, expresas y taxativas, sin que sea necesario realizar ningún tipo de interpretación, pues del tenor literal se debe entender cuál es el insumo y/o tecnología que no puede ser financiada con recursos de la salud.

Dando aplicación a lo anterior y con el fin de crear el listado de exclusiones ordenado por la Ley Estatutaria en Salud, el Ministerio dispuso el diseño y aplicación de un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente mediante el cual se definieran las tecnologías e insumos que harían parte de los listados, para lo cual emitió la Resolución 330 de 2017⁶¹, la cual dispuso que para que una tecnología fuera excluida tendrían que surtirse las etapas de nominación, análisis técnico científico, participación ciudadana⁶², adopción y publicación de las decisiones.

⁵⁹ Sentencia T-528/19, Referencia: Expediente T-7435913, Magistrado Ponente: JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS, ocho (08) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

⁶⁰ Sentencia C-313 de 2014, que examinó el proyecto de ley estatutaria en salud.

⁶¹ “Por la cual se adopta el procedimiento técnico-científico y participativo para la determinación de los servicios y tecnologías que no podrán ser financiados con recursos públicos asignados a la salud y se establecen otras disposiciones”.

⁶² En la cual se realiza una votación por parte de los pacientes posiblemente afectados con la exclusión.

Atendiendo los lineamientos de la Resolución 330 se han surtido dos procedimientos que dieron lugar a que se expidieran las Resoluciones 5267 de 2017⁶³ y 244 de 2019⁶⁴ que contienen los servicios y tecnologías en salud que se encuentran explícitamente excluidos de financiación con recursos públicos asignados a la salud.

En el proceso de definición de las exclusiones contenidas en la Resolución 5267 de 2017, los pañales en forma expresa y determinada fueron nominados por la EPS Famisanar; sin embargo, en la etapa participativa obtuvo una votación que no superó el 8% en favor de la exclusión⁶⁵, mientras que el 90% decidió que los mismos fueran financiados con recursos públicos asignados a la salud⁶⁶. Por lo dicho, es claro que no se superó la votación requerida para hacer parte de las exclusiones, razón por la cual el Ministerio en la fase de adopción al realizar la evaluación de tal tecnología indicó lo siguiente:

“Criterio a) los pañales para incontinencia urinaria no son indispensables para la mejora, mantenimiento o recuperación de la capacidad funcional o vital de los pacientes, son suntuarios. Criterio d) no corresponde a tecnología en salud, son productos de aseo, higiene y limpieza. La indicación de nominación corresponde a las siguientes enfermedades: Incontinencia de urgencia; Incontinencia sin percepción sensorial; Goteo pos miccional; Enuresis nocturna; Fuga continua; Incontinencia mixta (Incontinencia de urgencia y de esfuerzo); Otros tipos especificados de incontinencia urinaria; Incontinencia por rebosamiento y Otros tipos especificados de incontinencia urinaria. No obstante, es importante señalar que, para las siguientes enfermedades de incontinencia urinaria, eventualmente los médicos tratantes podrían prescribir Pañales: incontinencia urinaria asociada con deterioro cognitivo (R39.81), incontinencia urinaria de origen no orgánico (F98.0), incontinencia urinaria funcional (R39.81) e incontinencia urinaria no especificada (R32).

Si bien la tecnología previenen (sic) complicaciones y requiere del análisis amplio y previo a su prescripción, en cumplimiento del procedimiento técnico-científico y participativo respecto a la consulta a pacientes potencialmente afectados y ciudadanía se opta por generar un protocolo para su prescripción que permita a las personas vulnerable (sic) acceder a este producto.”⁶⁷ (Se resalta).

Además de lo anterior, el MSPS en el informe de adopción y publicación de las decisiones sobre tecnologías a excluir⁶⁸ indicó que la fuente de financiación de las que fueron nominadas pero no excluidas se sufragarían en su mayoría por el mecanismo de protección individual entendido como la cuenta ADRES, los entes territoriales y otros por la UPC. Informe en el que de forma expresa menciona a los pañales para adultos y niños entre las 14 tecnologías que pese a ser nominadas no

⁶³ “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

⁶⁴ “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

⁶⁵ La metodología del procedimiento estableció como requisito para que una tecnología sea excluida, que los votos recaudados superen el 50% en favor de la exclusión.

⁶⁶ Consolidado de resultados de votación electrónica interactiva III Fase del Procedimiento técnico-científico y participativo de exclusiones (eventos desarrollados en Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Cali, Medellín, Mitú, Pasto, Pereira y Valledupar, en octubre de 2017).

⁶⁷ Informe fase IV: adopción y publicación de las decisiones sobre tecnologías a excluir. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/RBC/informe-adopcion-publicacion-decisiones.pdf>

⁶⁸ “Tabla 3 Ejemplo de financiación de tecnologías no excluidas”. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/RBC/informe-adopcion-publicacion-decisiones.pdf>.

fueron excluidas, indicando que las mismas tendrían como fuente de financiación “Adres y Entes Territoriales”.

Dicho lo anterior, es preciso señalar que la Resolución 1885 de 2018⁶⁹ en su artículo 19 consagra la posibilidad de que cuando sea necesario el suministro de una cantidad igual o menor de 120 pañales al mes, no sería necesario el análisis de la Junta de Profesionales de la Salud, disminuyendo así los trámites administrativos para quienes requieran de un número igual o menor al mencionado, sin que ello signifique la restricción de la financiación de un número mayor de ellos, pues cabe manifestar que el insumo analizado se encuentra incluido en el PBS.

Ahora bien, vale la pena decir que revisados los anexos técnicos de las Resoluciones 5267 de 2017⁷⁰ y 244 de 2019⁷¹ que contienen los servicios y tecnologías en salud que se encuentran explícitamente excluidos de financiación con recursos públicos asignados a la salud, se observa que los pañales no están en tales listados, lo que inexorablemente permite concluir que no se encuentran excluidos, así mismo, debe aclararse que tampoco hacen parte de los insumos de aseo los que dada la forma general en la que se enuncian se presta para confusiones y ambigüedades, presentándose innumerables negaciones por parte de las EPS de los pañales para adultos y menores de edad bajo el argumento de que los mismos no hacen parte del PBS.

En reiterada jurisprudencia constitucional se ha establecido que los pañales no se encuentran excluidos del PBS por no hacerse mención a los mismos de forma expresa⁷². De igual forma, cabe señalar que este Tribunal ha ordenado el suministro de pañales⁷³ a pacientes que en virtud de sus patologías sufren de incontinencia urinaria y si bien es cierto la provisión de los mismos no incide de forma directa en la cura de las enfermedades que los aquejan, si les permite obtener una mejor calidad de vida y en especial cuando se ha perdido la movilidad o el control de esfínteres⁷⁴.

Por ejemplo en la sentencia T-014 de 2017⁷⁵ la Corte amparó los derechos fundamentales de una persona de la tercera edad, quien por los padecimientos que presentaba y a pesar de no contar con órdenes médicas, infirió que se hacía necesaria la utilización de los pañales desechables e insumos, ordenando su suministro con el fin de maximizar el derecho a la dignidad humana⁷⁶.

Lo anterior conduce a la Sala indefectiblemente, sin la necesidad de hacer nuevos análisis a la conclusión que los pañales no fueron excluidos del Plan de Beneficios

⁶⁹ “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”.

⁷⁰ “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

⁷¹ “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

⁷² Sentencia T-491 de 2018.

⁷³ Sentencias T-121 de 2015, T-260 de 2017, T-314 de 2017, T-637 de 2017.

⁷⁴ Ver sentencias: T-023 de 2013, T-039 de 2013, T-383 de 2013, T-500 de 2013, T-549 de 2013, T-922A de 2013, T-610 de 2013, T-680 de 2013, T-025 de 2014, T-152 de 2014, T-216 de 2014 y T-401 de 2014.

⁷⁵ Sentencia que protegió los derechos de una persona de la tercera edad, que por sus quebrantos de salud consignados en la historia clínica, inferían la necesidad en el suministro de pañales e insumos, ello a pesar de no contar con orden médica.

⁷⁶ La sentencia T-579 de 2017 estableció que la “protección y garantía del derecho a la salud, impacta sobre otros derechos fundamentales inherentes a la persona, como son los derechos fundamentales a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, y por su puesto a la vida, entre otros”.

de Salud, tal como lo afirma la parte demandada, por lo tanto la orden dada por el a-quo resulta acompasada con las disposiciones normativas y la jurisprudencia nacional.

Finalmente, en lo que respecta a la última petición del escrito de impugnación, en el sentido que se modifique la decisión de primer grado, para en su lugar, se autorice el recobro de los recursos destinados por la Nueva E.P.S., para dar cumplimiento a las órdenes de tutela que se le dieran en este asunto, es necesario advertir que esta Colegiatura ya ha trazado una postura respecto al tema de los recobros que se realizan por parte de la entidad promotora de salud ante los entes territoriales, derecho a repetir contra La Administradora de los Recursos Del Sistema General de Salud (ADRES), según sea el caso, cuando para garantizar las condiciones de salud de sus usuarios se requiera hacer uso de medicamentos, insumos, tratamientos y otros, que se encuentren excluidos del plan de beneficios en salud.

Como bien se ha puesto en conocimiento de la recurrente en múltiples oportunidades, según la postura asumida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁷⁷, que además ha sido acogida en los pronunciamientos de esta Colegiatura; se ha dejado sentado que el tema del recobro no es una situación que deba debatirse en el campo de la acción de amparo, toda vez que esas entidades cuentan con los mecanismos y procedimientos idóneos para acceder al recobro de los dineros de manera directa y sin necesidad de una orden judicial que así lo declare, para lo cual es suficiente con demostrar la prestación de un servicio de salud que escapa de los que legalmente se encuentran obligadas a asumir; de conformidad con la Ley 1122 de 2007 y Resoluciones 2933 de 2006, 3099 de 2008, 1479 de 2015 y Resolución 1885 de 2018, las cuales definen los criterios y condiciones que deben presentarse para poder ejercer a cabalidad dicha figura.

9.1. Conclusión: Teniendo entonces que en el trámite de la acción de tutela no existe una tarifa legal para probar la incapacidad económica, y que el demandante es una persona de la tercera edad, quien padece una enfermedad catastrófica (adenocarcinoma mucinosos metastasicos, ascitis, Carcinomatosis peritoneal generalizada, esteatosis hepática, hipoalbuminemia e hipoproteinemia –folio 31-)

⁷⁷ Sentencia T-727 de 2001: “De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta lo expresado por esta Corporación en la sentencia T-760 de 2008, no le es dable al Fosyga negar el recobro que las EPS presenten, en los eventos en que estas tengan que asumir procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS, por el simple hecho de no estar reconocido de manera expresa en la parte resolutive del correspondiente fallo de tutela.

desempleada, afiliada al régimen contributivo como beneficiaria, que afirmó durante el trámite de la acción que no tener los recursos económicos suficientes para cubrir el porcentaje del valor del servicio médico que se le exige que pague y que tal afirmación no fue desvirtuada por la EPS demandada, esta Magistratura al igual que la Juez de instancia, encuentra probada la incapacidad económica alegada por el accionante y la vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social.

Por lo anterior, la Sala confirmará el fallo de primera instancia en tutelar los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud a la señora Zoila Rosa Cárdenas de Tapia.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral Circuito Sincelejo el 29 de enero de 2020, la cual fue objeto de impugnación.

SEGUNDO: Notifíquese por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y envíese copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMÍTASE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con el 32 del Decreto 2591 de 1991.

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en Acta N° 035/ 2020

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY