



Cartagena de Indias D. T. y C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

**I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES**

<b>Medio de control</b>	Impugnación de Tutela
<b>Radicado</b>	13001-33-33-006-2018-00228-01
<b>Demandante</b>	Manuela Lacayo Cuesta en calidad de agente oficioso de la señora Delia Cuesta De Lacayo
<b>Demandado</b>	Nueva EPS
<b>Magistrado Ponente</b>	Edgar Alexi Vásquez Contreras

**II.- PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala a decidir sobre la impugnación presentada por la parte demandante contra la sentencia proferida el 09 de octubre de 2018, mediante la cual el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena denegó la solicitud de amparo de los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela de la referencia.

**2.1. La demanda (Fls. 1-3)**

**a. Pretensiones.**

La señora Manuela Lacayo Cuesta, actuando como agente oficiosa de su progenitora Delia Cuesta De Lacayo, presentó acción de tutela contra la Nueva EPS, con el fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social, a la salud; y como consecuencia de ello, se ordene a la demandada la entrega de pañales desechables, y cualquier otro tratamiento que sea ordenado por su médico tratante.

**b. Hechos.**

La accionante afirmó, en resumen, lo siguiente:

La señora Delia Cuesta De Lacayo tiene 87 años de edad, padece de Poliomielitis y demencia.

Adujo que solicitó a la accionada el suministro de pañales desechables, pero fue negada dicha solicitud, porque son insumos que se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud, aun cuando estos son necesarios para disminuir riesgos de escara de la actora.





### 3. Contestación (fls. 14, 16).

La Nueva EPS adujo que ha garantizado los servicios en salud a la señora Delia Cuesta De Lacayo de manera oportuna y con calidad, basándose en las órdenes de sus médicos tratantes.

No es posible autorizar el suministro de pañales desechables a la accionante, pues son insumos considerados por fuera del PBS, y por tanto, esa solicitud debe ser radicada en la Plataforma MIPRES del Ministerio de la Protección Social, para que esta entidad defina sobre la aprobación de dichos insumos.

Manifestó que verificó en el aplicativo salud y encontró la autorización No.115023202 para el suministro de pañales Talla L para adultos de máxima absorción para 3 meses, que fue suscrita por la farmacia Éticos Cartagena del Barrio San Pedro, lo cual fue notificado a la actora para que se acerque a retirar las autorizaciones del servicio en mención.

Sostuvo que no es posible autorizar tratamiento integral porque en la actualidad no se puede saber si en un futuro esos insumos, tratamientos y medicamentos se encontrarán por fuera del Plan Obligatorio de Salud.

### III.- FALLO IMPUGNADO (fls. 30-33).

El A-quo mediante sentencia de 09 de octubre de 2018, denegó el amparo de los derechos fundamentales alegados por la parte accionante.

Adujo que la acción de tutela es procedente, en el entendido de que la actora es sujeto de especial protección constitucional, no solo por su avanzada edad, sino además por las patologías que presenta (demencia y poliomielitis), por lo que la tutela sería el mecanismo más idóneo para la protección de sus derechos fundamentales.

No obstante, de las pruebas allegadas al proceso no se demostró la incapacidad económica de los familiares para suministrarle los pañales, tal y como lo exige la Corte Constitucional, para acceder en forma excepcional al suministro de pañales por vía de tutela.

Citó en su apoyo las Sentencias T-760 de 2008, T-499 de 2014, T-209 de 2013 y T-228 de 2013, de la Corte Constitucional.

### IV.- IMPUGNACIÓN (FLS. 68-73)

La señora Manuela Lacayo, en su condición de agente oficiosa de su progenitora Delia Cuesta De Lacayo, impugnó la decisión tomada por el A-quo, aduciendo que desde hace tiempo su señora madre viene padeciendo de Demencia y Poliomielitis.



Adujo si bien es cierto, su núcleo familiar ha tratado de suministrarle los pañales, lo cierto es que actualmente no se encuentra laborando y por lo tanto, no ha podido seguir otorgando los insumos que su madre necesita para suplir sus necesidades básicas.

Sostuvo que vive sola y además, tiene que suplir económicamente sus propios gastos.

El cuidado de su progenitora lo realiza su hermana María Magdalena, quien tampoco trabaja y tiene una situación económica precaria, pues es la accionante que pago su seguridad social en salud.

El fallo del A-quo, se basó en la suposición de que la señora Delia Cuesta De Lacayo al vivir en el barrio Centro Histórico de la Ciudad de Cartagena, cuenta con los recursos económicos necesarios para suministrarse por sí misma los pañales desechables que necesita para alivianar las patologías que padece.

## **V. - CONTROL DE LEGALIDAD**

La presente acción de tutela no adolece de vicios o nulidades procesales que afecten el correcto trámite de la misma.

## **VI.- CONSIDERACIONES**

### **6.1 Competencia**

El Tribunal Administrativo de Bolívar, según lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia la impugnación de la sentencia de tutela de la referencia.

### **6.2 Problema jurídico**

Corresponde a esta Sala establecer si la acción de tutela es procedente para ordenar que la Nueva EPS garantice el suministro de los pañales desechables requerido por la parte actora.

### **6.3. Tesis de la Sala**

Para la Sala, en el presente caso se cumplen con los requisitos expuesto en las reiterativas Jurisprudencias de la Corte Constitucional para acceder al suministro de pañales desechables, pues la accionante es una personas de especial protección constitucional, pues tiene 86 años de edad, quien padece de Demencia y Poliomielititis, y sus familiares cercanos alegan no contar con los recursos económicos para cubrir los gastos de los pañales.



## VII.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

### - Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.

- La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable

- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

En el presente caso es evidente, que con el fin de evitar las posibilidades de escaras en la actora, la tutela sería el medio judicial más efectivo para hacer valer su derecho a la salud, además lo que se pretende es la no vulneración de un derecho fundamental y se pretende hacerlo valer en la actualidad, por lo que es viable la presente acción constitucional.

### - Del carácter fundamental del derecho a la salud y los principios que la inspiran

Actualmente la salud, es reconocida como un derecho fundamental, debido a que por su relación y conexión directa con la dignidad humana, es instrumento para la materialización del Estado social de derecho. Así es claramente definido en sentencias como la T-760 de 2008:

*"El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. (...) El Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] advierte que 'todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente', y resalta que se trata de un derecho ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos humanos. Observa el Comité que el concepto del 'más alto nivel posible de salud' contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y*



socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, en tal sentido es claro que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de 'buena salud', sino a garantizar 'toda una gama de facilidades, bienes y servicios' que aseguren el más alto nivel posible de salud."

La Corte Constitucional ha señalado que la garantía constitucional con la que cuenta toda persona para acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada en los artículos 48 y 49 la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993, implica que el servicio a la salud debe ser prestado conforme a una serie de principios, entre ellos<sup>1</sup>:

- **Oportunidad:** Significa que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud para no padecer progresivos sufrimientos. Esto quiere decir, que cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente, se configura un acto trasgresor del derecho fundamental a la salud, por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente. Este principio incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen puntual de la patología que padece la persona, con el fin de asegurarle el tratamiento adecuado.
- **Eficiencia:** Busca que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir.
- **Calidad:** Conlleva que todas las prestaciones en salud requeridas por los pacientes, sean los tratamientos, medicamentos, cirugías o procedimientos, contribuyan notoriamente a la mejora de las condiciones de vida y salud de los mismos. Quiere decir que las entidades obligadas a garantizar la prestación del servicio, no deberán suministrar medicamentos o prestar cualquier servicio médico con deficiente calidad, y que como consecuencia, agrave la salud de la persona.
- **Integralidad:** Ha sido postulado por la H. Corte Constitucional para las situaciones en las cuales, los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que la entidad responsable solo le autoriza al interesado, una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud. Esta situación de fraccionamiento del servicio se debe por ejemplo al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir.

En otras palabras, este principio predica que las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para ejecutar un tratamiento.

Este principio pretende (i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología.

- **Continuidad:** La H. Corte Constitucional, ha amparado el derecho a que a toda persona se le garantice la no interrupción de un tratamiento, una vez éste haya sido iniciado, antes de la recuperación o estabilización del paciente.

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-745-13



En este caso la agente oficiosa invoca la acción de tutela, con el fin de garantizar los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social de su progenitora, por lo que es viable la presente acción constitucional.

En sentencia de T-552/17, la Corte Constitucional sostuvo que "los pañales desechables, pañitos húmedos y crema antipañalitis han sido catalogados por la Corte Constitucional como elementos de aseo que en algunas ocasiones son necesarios para garantizar el derecho a la vida digna y a la salud de personas que los requieren en razón de una grave enfermedad o una situación de discapacidad. En ese sentido, ha estudiado en múltiples oportunidades la procedencia de la acción de tutela para acceder al suministro de pañales desechables. (...) cuando los pañales desechables no son un remedio para revertir esta situación causada por la enfermedad o la condición de discapacidad, sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia. (...) **negarse a suministrar pañales a pacientes que padecen enfermedades limitantes de su movilidad o que impiden el control de esfínteres, implica someterlas a un trato indigno y humillante que exige la intervención del juez constitucional.**

- **Autorización de servicios e insumos reclamados sin orden médica, cuya necesidad configura un hecho notorio.**

La Corte Constitucional en sentencia T-014/17 sostuvo que "por regla general, las entidades prestadoras de salud solo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional adscrito a su red de prestadores de servicios médicos. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, ante la inexistencia de una orden o cualquier otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, resulta imperiosa la intervención del juez constitucional con miras a impartir un mandato en el sentido que corresponda".

Dentro de esas posibilidades se encuentran los pacientes cuyas patologías conllevan síntomas, efectos y tratamientos que configuran hechos notorios; tal es el caso de quienes han sido diagnosticados con pérdida del control de sus esfínteres. Las reglas de la experiencia han demostrado que, generalmente, estos se ven expuestos a cuadros de incontinencia urinaria o fecal. Ante esa eventualidad, la solución suele ser paliativa y se circunscribe al uso de pañales desechables, con el fin de hacer menos gravosa una perturbación funcional, difícilmente reversible.

Al analizar un caso similar la Corte Constitucional adujo que "si bien los pañales no fueron ordenados por el médico tratante, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que la necesidad de los mismos para quien padece incontinencia, 'es un hecho notorio' que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro".

De lo anterior se desprende, claramente, que hay situaciones en las que el juez constitucional debe prescindir de la prescripción médica para procurarle a un paciente el acceso a una prestación que necesita, pues, salta a la vista que, de



*no proveérsele, las consecuencias negativas para este serían apenas obvias; principalmente, en situaciones en las que el riesgo de sufrirlas se potencializa en razón de factores socioeconómicos, cuando los recursos de los que dispone –él, o su núcleo familiar– carecen de la entidad suficiente para mitigar el daño ocasionado por la ausencia del elemento pretendido, tenga o no carácter medicinal.*

**- Alcance del principio de solidaridad familiar.**

Sobre este punto la Corte Constitucional en Sentencia T-215/18, señaló que “el sistema de seguridad social en salud es un esfuerzo mancomunado y colectivo creado sobre la lógica de que la protección de las contingencias individuales ocurre con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad. La razón fundamental de la solidaridad sobre la cual se basa el sistema de salud es que los recursos destinados al mismo son limitados y normalmente escasos y deben ser reservados para asuntos prioritarios. **Por este motivo, el juez constitucional ha previsto que uno de los requisitos que debe acreditarse para obtener el suministro de servicios expresamente excluidos del PBS es la falta de capacidad económica de la persona o su grupo familiar para sufragar los costos de los mismos.**

En principio, no hay un derrotero para determinar la capacidad económica, ya que no es un asunto simple ni para el juez constitucional, ni para las entidades prestadoras de servicios de salud. Sin embargo, existe una presunción respecto de los afiliados al régimen subsidiado, ya que es claro que no están en la capacidad de cubrir los costos de prestaciones expresamente excluidas, como los pañales desechables.

La misma Corporación adujo que las personas afiliadas al régimen contributivo, cuentan con al menos un ingreso mensual del cual se desprende el monto de cotización al sistema de salud; el cual permite establecer la capacidad económica familiar para cubrir el costo de pañales. En todo caso, debe combinarse con criterios subjetivos, como el número de personas que derivan su sustento del ingreso familiar. **Estos aspectos subjetivos deben ser informados de buena fe por el interesado.**

Concluyó que “el juez constitucional deberá analizar en cada caso variables como el régimen al que se encuentra afiliada la persona, el nivel del ingreso, el costo de los insumos, medicamentos o prestaciones requeridas, así como la conformación del grupo familiar y el número de personas que dependen del mismo ingreso. Estos factores son criterios válidos de decisión para considerar en qué casos las personas podrían en principio asumir la carga económica para acceder a los servicios y tecnologías no incluidos dentro del Plan de Beneficios de Salud”.



**VIII. – PRUEBAS RELEVANTES PARA DECIDIR**

- Copia de certificación expedida por la Médico Psiquiatra, Esther V. Perea Castro, donde consta que la señora Delia Cuesta de Lacayo presenta poliomielitis y demencia, lo que la imposibilita para poder realizar sus necesidades básicas (fl. 4).
- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Delia Cuesta de Lacayo (fl. 5).
- Copia del Registro Civil de nacimiento de la señora Manuela Lacayo Cuesta, quien funge como agente oficiosa y que la acredita como hija de la accionante (fl. 6).
- Copia de la Historia Clínica de la señora Delia Cuesta de Lacayo y orden de tratamiento emitida por la doctora Angie Melissa Arteta Arteta (Fls. 22 - 28).

**IX.- CASO CONCRETO.**

De la historia clínica allegada al expediente visible a folios 22 - 28, se observa que la señora Delia Cuesta de Lacayo, actualmente cuenta con 86 años de edad, padece de Alzheimer, secuelas de fractura de cadera, secuelas de poliomielitis, de otras enfermedades cerebrovasculares, hipertensión esencial, entre otras, además que es una persona incapacitada que requiere de cuidados personales.

De la valoración en la escala de Barthel se observa que la señora Cuesta es dependiente total (f.23).

Por otra parte, de acuerdo a valoración médica (fl. 4), la paciente recibe tratamiento psicofarmacológico, no puede laborar y responde de terceros para la satisfacción de sus necesidades básicas.

Si bien al proceso no se allegó prueba que demostrara el médico tratante prescribiera a la accionante pañales desechables, lo cierto es al contestar la acción de tutela la entidad accionada reconoció haber autorizado la entrega de pañales por 3 meses, y aunque no especificó la fecha de esa autorización, sus manifestaciones permiten inferir, junto con la historia clínica de la paciente, en la que consta la dependencia total de otras personas para la satisfacción de sus necesidades básicas, que requiere suministro de pañales para superar las dificultades que surgen de su falta de movilidad y de control sobre sus necesidades fisiológicas.



No obstante lo anterior, el Juez A quo no tuteló los derechos fundamentales de la actora, porque no se demostró que sus familiares cercanos estuvieran impedidos económicamente para costear dicho gastos.

Tal como lo ha establecido la Corte Constitucional, el principio de solidaridad impone a cada miembro de la sociedad, el deber de ayudar a sus parientes cuando se trata del disfrute de sus derechos a la salud y a una vida digna, deber que tiene mayor grado de compromiso cuando se trata de las personas de la tercera edad, quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, puesto que no están en capacidad de procurarse su cuidado, y requieren de alguien más, lo cual en principio es una carga de la familia, y en caso de que ella no pueda proporcionarlo, el deber se radica en la sociedad y en el Estado, que deben concurrir a su protección y ayuda.

Si bien la accionante está afiliada en calidad de beneficiaria al régimen contributivo, lo que permite en principio presumir que el familiar cuenta al menos con un ingreso mensual, el cual permite establecer la capacidad económica familiar para cubrir el costo de pañales. Lo cierto es que tal como lo ha manifestado la Corte Constitucional, esa presunción debe analizarse junto con las demás condiciones que alegan los familiares del paciente, circunstancia que deben ser manifestadas y entendidas a partir principio de la buena fe.

En el presente caso, la Agente oficiosa alegó no contar con los ingresos suficientes para cubrir el costo de los pañales desechables, pues actualmente se encuentra sin trabajo, y debe cubrir la seguridad social de salud de su hermana, de quien es beneficiaria su madre, ya que esta tampoco labora.

La Sala partiendo del principio de buena fe, asumirá como ciertas las manifestaciones alegadas por la agente oficiosa, y en aras de garantizar los derechos fundamentales de la accionante, ordenará a la accionante la entrega inmediata de pañales desechables y la valoración por parte un médico de la entidad para que prescriba la cantidad y calidad que requiere la accionante, dada su condición de salud.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

#### **X.- FALLA**

**PRIMERO: Revocar** la sentencia de 9 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual el A-quo



denegó la protección de los derechos fundamentales alegados por la accionante. En su lugar:

**Primero:** Declarar vulnerados los derechos fundamentales a la seguridad social en salud y vida digna de la señora Delia Cuesta de Lacayo, por parte de la Nueva E.P.S.

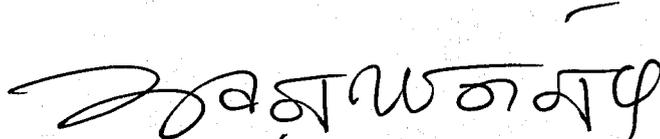
**Segundo:** Ordenar a la Nueva E.P.S. que dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la notificación de esta providencia, suministre a la accionante los pañales desechables para adulto talla L que requiera; y autorice adicionalmente dentro del mismo término cita con su médico tratante, a fin de que establezca la cantidad y calidad que requiere para atender sus condición de salud. La cita médica deberá concretarse y el pronunciamiento del médico tratante deberá emitirse, a más tardar, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia. La accionada deberá cumplir estrictamente con lo prescrito por el médico tratante.

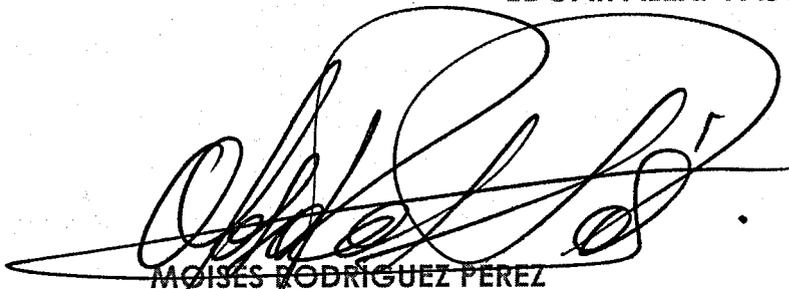
**SEGUNDO: COMUNICAR** la presente providencia a las partes y al Juzgado de origen.

**TERCERO: ENVIAR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los Magistrados,**

  
**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**

  
**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

  
**CLAUDIA PATRICIA PENUELA ARCE**

