



Cartagena de Indias D. T. y C., seis (06) de junio de dos mil diecinueve (2019)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA – IMPUGNACIÓN
Radicado	13-001-33-33-009-2019-00081-01
Demandante	JOSÉ IGNACIO DE POMBO BETTIN como AGENTE OFICIOSO de ROSA ELENA BETTIN DE POMBO
Demandado	NUEVA EPS
Asunto	SUMINISTRO DE CUIDADOR DOMICILIARIO
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionada, NUEVA EPS, contra la sentencia de fecha dos (2) de mayo de 2019 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena a través de la cual se amparó el derecho fundamental de La Salud y a La Dignidad Humana, de la señora ROSA ELENA BETTIN DE POMBO.

III. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la Acción de Tutela las siguientes:

- PRIMERO: Que se tutele el derecho fundamental a la salud y a la dignidad humana de la señora Rosa Elena Bettin de Pombo.
- SEGUNDO: Que se ordene a la Nueva EPS S.A. representada legalmente por su gerente y/o quien haga sus veces, la asignación de enfermera o cuidador para la atención en su lugar de residencia de la señora Rosa Elena Bettin de Pombo.
- TERCERO: Que se ordene a la Nueva EPS S.A. representada legalmente por su gerente y/o quien haga sus veces, para que





brinden una atención integral en salud a la señora Rosa Elena Bettin de Pombo.

- CUARTO: Reconocer mi calidad como agente oficioso de la señora Rosa Elena Bettin de Pombo.
- QUINTO: Las demás medidas y reparaciones que a su sana crítica señor juez crea pertinentes para la completa protección de los derechos de la señora Rosa Elena Bettin de Pombo.

1.2. HECHOS (Fl.1)

Se señalan como hechos relevantes los siguientes:

“La señora Rosa Elena Bettin de Pombo es una paciente totalmente dependiente, tiene la escala de Barthel en 0 y Escala de Karnofsky en donde se describe que requiere cuidados especiales, con diagnóstico de Alzheimer secuelas de ACV, alimentación gástrica, reemplazo de cadera izquierda, incontinencia fecal y urinaria, y IVU recurrente entre otras.

Sostiene además el agente oficioso, que tanto él como su esposa desatienden sus responsabilidades laborales en ocasiones, para poder atenderla.

Continúa argumentando que la atención que le brinda a su señora madre es insuficiente, debido a la compleja situación de salud que ella padece.

Afirma que ha solicitado reiteradamente en las oficinas de atención al usuario de la entidad Nueva Eps, la asignación de enfermera o cuidador domiciliario, por la condiciones de su madre, solicitud que ha sido denegada por la funcionaria de turno, argumentando que se requiere una orden médica, aun cuando aparece en la historia clínica de la señora Rosa Elena Bettin de Pombo la especificación: “17.



Cuidador: con cuidador. Con déficit de conocimiento del manejo del paciente en domicilio..."

Que además de cubrir gastos del hogar debe cubrir lo que implica tener en casa un paciente en condiciones especiales y con dependencia total, los que no son cubiertos en muchas ocasiones por la EPS, la que está en obligación de cubrir debido a la condición especial de la paciente y se le brinde una vida digna.

En virtud de lo dicho, afirma que no cuenta con los recursos económicos necesarios para contratar la asistencia médica particular, por lo que se abocó a acudir a las instancias judiciales constitucionales con el fin de que sean protegidos los derechos a la salud y a la vida de su progenitora. "

2. CONTESTACIÓN DE TUTELA (Fis. 47-58)

En la contestación de Tutela la Nueva EPS, manifestó que se opone a las pretensiones formuladas por la parte accionante, por cuanto no se ajustan a las realidades fácticas y jurídicas, pues considera que el servicio es NO PBS (sic) el cual debe ser garantizado por los familiares. Además la usuaria no cuenta con una orden médica del servicio solicitado.

Afirma que la usuaria se encuentra afiliada a la NUEVA EPS, a través del Régimen Contributivo Categoría B, estado actual de su afiliación es ACTIVO, a quien se le han garantizado los servicios de salud con base en las prescripciones de sus médicos tratantes con oportunidad y calidad. Sostiene además, que la usuaria recibe paquete de atención domiciliaria mensual "paciente crónico" en IPS Innovar Salud.

Aduce que al hacer la validación de los soportes relacionados como anexos en la presente acción de tutela, no se evidencia que la usuaria cuente con un ordenamiento médico para el servicio de CUIDADOR PRIMARIO, siendo el médico tratante la única persona idónea para determinar el plan de tratamiento de cada paciente con base a su diagnóstico.





En cuanto a la solicitud del cuidador primario, para que este le brinde ayuda a su familiar en las actividades básicas del paciente como son comer, caminar, bañarse y vestirse, tal como lo indica en los hechos de la presente acción de tutela; cuidados que deben ser suministrados por los familiares, mas no por el personal médico.

Concluye que la entidad accionada que se declare improcedente la presente acción de tutela, toda vez que el servicio solicitado es NO PBS el cual se debe garantizar por parte de los familiares, más no por el personal médico.

En la eventualidad que sea concedida la presente acción de tutela, solicita se ordene expresamente en la parte resolutive de la sentencia que la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRE), pague a NUEVA EPS el 100% del costo de los servicios de salud que no están en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), y le sea suministrados al usuario, dentro de los quince (15) días siguientes a la formulación de la cuenta pertinente.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Fls. 60-66)

A través de sentencia de fecha dos (2) de mayo de 2019 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, el A quo decidió **amparar** la tutela teniendo en cuenta lo siguiente:

Efectuado el análisis del caso concreto, encuentra el A quo que en el caso bajo estudio se evidencia que si bien no se ha emitido una orden concreta de enfermería, las condiciones de salud y la edad de la paciente, plasmadas en la historia clínica, evidencian la necesidad de contar con cuidados especializados, lo que se infiere igualmente de la anotación que se dejó en el punto 17 del mismo documento.

Por tal motivo el juzgado estima procedente conceder el amparo constitucional deprecado y como medida de protección ordenará que se le suministre, por parte de la EPS, el servicio de cuidador especializado por



24 horas a la señora ROSA BETTIN DE POMBO, el cual no puede ser asumido por parte de los familiares cercanos debido a la manifestación expresa de su hijo, JOSE IGNACIO DE POMBO BETTIN, quien actúa como su agente oficioso, de carecer de los medios económicos para asumir su costo, por una parte y por otra, además de tener que cumplir con sus obligaciones laborales, carecen del conocimiento especializado que requiere.

Siguiendo esta línea de ideas, es procedente el amparo de tutela solicitado y en consecuencia se accederá a tutelar los derechos fundamentales a la VIDA, SALUD y VIDA DIGNA del accionante. A efectos de garantizar su protección efectiva, la accionada NUEVA EPS proceda a AUTORIZAR y GARANTIZAR sin necesidad de trámites o diligencias, el servicio de un cuidador o enfermera las 24 horas.

NUEVA EPS podrá efectuar ante el FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍAS – FOSYGA – el recobro de los dineros invertidos por los servicios y procedimientos no contemplados en el POS que se efectúen en cumplimiento de la sentencia.

Por lo anteriormente expuesto el Juzgado decidió ordenar a NUEVA EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas después de la notificación de la sentencia, proceda a AUTORIZAR y GARANTIZAR, sin necesidad de más trámites o diligencias, el servicio de cuidador especializado, las 24 horas, para la señora ROSA ELENA BETTIN DE POMBO.

4. IMPUGNACIÓN (Fls.47-49)

En el escrito de impugnación, el actor expone que ha garantizado los servicios de salud al usuario, con oportunidad y calidad basadas en los ordenamientos de sus médicos tratantes.

Consideran ellos que el juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, solo le es permitido hacerlo si existen en realidad las acciones u omisiones de la entidad y ellas constituyen violación de algún derecho fundamental, por lo que solicitan que se revoque el fallo judicial de la



referencia y en su lugar se declare la improcedencia de la presente acción de tutela, toda vez que el servicio solicitado es NO PBS, el cual se debe garantizar por parte de los familiares.

5. TRÁMITE

La acción de la referencia fue admitida el día 10 de abril de 2019 (Fl. 31), notificada el 11 de abril de 2019 (Fl. 32-33).

El día 22 de abril de 2019, LA NUEVA EPS S.A., envió respuesta de la acción de Tutela de la referencia (Fls. 34-37).

El 02 de mayo de 2019, se dictó el fallo de primera instancia (Fls. 62-72), el día 07 de mayo de 2019 (Fl.76 - 80) se presentó el escrito de impugnación contra la sentencia de primera instancia.

Finalmente, el expediente ingresó al Despacho para estudio de la impugnación, y el día 09 de mayo de 2019 concedió la impugnación para que surta el recurso ante el superior funcional. (Fl. 93)

IV. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer de la impugnación propuesta por la parte accionada, por tratarse de un fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Decimó Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena.

El artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, enseña que la impugnación de los fallos de tutela será conocida por el superior jerárquico del Juez de primera instancia, siendo esta Corporación el superior de los Jueces Administrativos del Circuito de Cartagena.

2. PROBLEMA JURÍDICO



En el caso bajo análisis, teniendo en cuenta el objeto de la impugnación la Sala considera necesario resolver los siguientes problemas jurídicos:

-¿Vulnera La NUEVA EPS los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana de la señora ROSA ELENA BETTIN DE POMBO, al negar el suministro de enfermera o cuidadora para su atención en su lugar de residencia?

Si la respuesta al anterior problema es positiva, se confirmará el fallo impugnado; en caso contrario se revocará, y en su lugar se negarán las pretensiones.

3. TESIS

La Sala Magistral modificará el numeral segundo del fallo impugnado, en el sentido que el término por el cual se debe suministrar el cuidador es el que indique el médico tratante; así mismo se confirmará el fallo impugnado, debido a que, al negar la accionada, la enfermera o cuidador a la señora ROSA ELENA BETTIN DE POMBO, se le vulnera el derecho fundamental a la salud y dignidad humana; al no poseer el núcleo familiar de la accionante la capacidad física para la atención que requiere, como tampoco la capacidad económica para pagar un cuidador domiciliario; el cual requiere la accionante, dada su condición de dependencia, producto de las patologías que padece.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. LA ACCIÓN DE TUTELA -SU NATURALEZA JURÍDICA.

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela como herramienta idónea que faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, si estos resultan vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o inclusive respecto de particulares encargados que en la prestación de un servicio.



4.1.1. -Requisitos de procedencia.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, esta requiere para su procedencia el cumplimiento de ciertos presupuestos, los que son analizados ulteriormente.

La Subsidiariedad o Residualita:

Se refiere a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados debemos agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el Actor pretenda, con la Acción de Tutela, evitar un perjuicio irremediable con ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales, ajustándose así al criterio esgrimido por la Corte Constitucional, como se cita a continuación:

"De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención".

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU- 901 de 2005. Expediente N° T-905903. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.



Al respecto el inciso 3° del artículo 86 superior dice:

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

La inmediatez:

La Acción de Tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

La especialidad:

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, ahí la especialidad de la Acción.

Sin embargo es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

4.2 La legitimación para interponer la Acción de Tutela.

El sujeto legitimado en la causa para proponer la Acción de Tutela es el titular del Derecho vulnerado o amenazado, tal como lo dispone el artículo 86 cuando ordena que *toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces... por si misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...).*

La interposición de la Acción de Tutela no requiere de la intervención de Abogado, sin embargo cuando el Actor a bien lo tenga podrá hacer uso de



los profesionales del derecho. Aquellas personas que no puedan comparecer por sí mismas, por discapacidad o por falta de capacidad procesal, podrán hacerlo por conducto de representante.

4.2-1 ACTIVA

La legitimación en la causa por activa es aquel nexo sustancial que debe coexistir entre las partes de un proceso y el interés sustancial del litigio, es decir, es la persona habilitada por la ley para actuar procesalmente. En materia de acción de tutela, sobre la legitimación en la causa por activa el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 10 establece:

"Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud."

Sobre este tema la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional² ha manifestado:

"De acuerdo con la normatividad, existen cuatro conductos a través de los cuales se puede interponer la acción de tutela por parte de la persona presuntamente vulnerada en sus derechos:

(i) Por sí misma. En este caso no se precisa de profesional del derecho.

(ii) Cuando se trata de personas jurídicas, incapaces absolutos o menores de edad, el facultado para presentar la demanda es el representante legal.

(iii) A través de abogado, caso en el cual se requiere de un poder que expresamente otorgue la facultad para interponer la acción tuitiva.

(iv) Por intermedio de un agente oficioso, o sea, una persona indeterminada, la cual no requiere de poder, pero debe especificar que lo hace en esa calidad y siempre que el titular del derecho "no esté en condiciones" de promoverla directamente."

Por lo anterior, en el sub judice existe legitimación por activa; debido a que el accionante, actúa como agente oficioso de la titular de los derechos fundamentales cuya protección se persigue.

² Sentencia T-406 de 2017 MP: Iván Humberto Escruería Mayolo



4.2.2 PASIVA.

En relación con la legitimación por pasiva en el trámite de la acción de tutela el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

"Artículo 13. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubieren actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior". (Negrillas fuera de texto)

La entidad accionada, NUEVA EPS, en principio tiene competencia para garantizar el derecho fundamental de salud. Por lo tanto, está legitimada en la causa por pasiva frente a la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que el actor narra en su escrito de tutela.

4.3. LA SUBSIDIARIEDAD O RESIDUALIDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA.

Como se describió en las características esenciales de la Acción de Tutela, la subsidiariedad se refiere a que la acción procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, o que de existirlos, se tornen ineficaces, por tanto, la subsidiariedad de la Acción es vital para su procedencia.

De conformidad con el artículo 86 Constitucional, se puede dilucidar en qué consiste la Subsidiariedad o Residualidad de la Acción de Tutela.

"Artículo 86. Acción de Tutela. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

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



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

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

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o con respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión." (Subrayado fuera del texto original)

De la lectura del artículo en cita, se entiende que la subsidiariedad de la Acción de Tutela se refiere a que ella procede únicamente cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado no cuenta con otra herramienta judicial para la defensa de sus Derechos Constitucionales Fundamentales. Es dable anotar que existen excepciones a la subsidiariedad en la Acción de Tutela, esto es cuando: **i-**. El interesado no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial; **ii-**. Teniendo otro medio judicial éste no resulte eficaz para la protección de los derechos; y, **iii-**. En los eventos en los que, luego de verificar los elementos de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la acción, se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable el cual se pretende evitar a través de la acción de tutela. Cuando el Accionante se encuentra en cualquiera de las situaciones arriba descritas puede acudir, sin ningún reparo, ante el Juez de Tutela, sin importar la existencia de la vía ordinaria, debido a que en estos casos prevalece la protección, restablecimiento y materialización del derecho conculcado sobre el carácter subsidiario de la Acción de Tutela.

4. Marco Normativo y Jurisprudencial

4.1 INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD.

El artículo 49 de la Constitución Política, le otorga a la prestación del servicio de salud la categoría de servicio público, el cual debe estar orientado por los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, a los cuales la Ley 100 de 1993 agregó los de integralidad, unidad y participación, estando en cabeza del Estado la garantía de dichos principios, así como la organización, dirección y reglamentación del servicio público de salud.



Sobre el principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional en sentencia T-576 de 2008 enfatizó que *"la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del de la paciente."*

En esa misma sentencia la Corte Constitucional, precisa las facetas del principio de atención integral en materia de salud:

"A propósito de lo expresado, se distinguen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad de la garantía del derecho a la salud. Una, relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que proyectan las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional, social, para nombrar sólo algunos aspectos. La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un(a) paciente."

De lo anterior, puede establecerse que el servicio de salud comporta no sólo el deber de la atención necesaria y puntual, sino también, la obligación de suministrar oportunamente los medios indispensables para recuperar y conservar el estado de salud.

En sentencia T-970 de 2008, la H. Corte Constitucional determinó que el juez de tutela, en virtud del principio de integralidad, deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología.





4.2 DE LA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTÓNOMO

La Constitución Política en su artículo 49 preceptúa que, la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado y, que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Respecto del derecho a la salud, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

"(...) el derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera, ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda, ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando, en general, la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna"³

Por otra parte en sentencia T- 058 de 2011 señaló:

"(...)3.2. No obstante lo anterior y sin dejar de reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional ha precisado que, al menos por ahora, no es posible que todos los aspectos del derecho a la salud sean susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela, ya que "los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Carta Política suponen un límite razonable al derecho fundamental a la salud, haciendo que su protección mediante vía de tutela proceda en principio cuando: (i) esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho.

En este orden de ideas, esta Corte ha sostenido que la acción de tutela procede para amparar el derecho a la salud en su dimensión de acceso a los servicios médicos que se "requieren con necesidad", es decir, la protección de la garantía básica con la que cuentan todas las personas de tener acceso efectivo a los

³ Corte Constitucional, Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa





"servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad".

De lo anterior se puede concluir que si bien la salud es un derecho fundamental, sólo se podrá acudir a su protección por vía de tutela, cuando se logre demostrar que la falta de reconocimiento de éste signifique a un mismo tiempo: a) lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; b) afectar a un sujeto de especial protección constitucional; c) poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

Ahora bien, en desarrollo de dicha norma superior -49, la Ley 1751 de 2015 en su artículo 20, al regular la naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud, señala que i) el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, ii) comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, iii) el Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas y iv) de conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado..

La **Resolución 006408 del 26 de diciembre de 2016, por medio de la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC** establece la obligación de que las EPS presten el servicio de salud respetando los principios de integralidad, complementariedad, transparencia, corresponsabilidad, calidad, universalidad, entre otros. Respecto del suministro de medicamentos, en su artículo 39, señala que al paciente se le debe suministrar cualquiera de los medicamentos de marca o genéricos autorizados por el INVIMA que cumplan las condiciones descritas en ese acto administrativo y siempre que hayan sido ordenados por el médico tratante. En caso de medicamentos, anticonvulsivantes, anticoagulantes y otros de estrecho margen terapéutico definidos de forma periódica por el INVIMA, no deberá cambiarse el producto ni el fabricante una vez iniciado



el tratamiento. La norma establece que sólo se permitirá lo anterior, previo monitoreo clínico y paraclínico necesarios.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para proteger el mencionado derecho, señaló la Corte que 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.

Igualmente, consideró 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".

4.3 LOS SERVICIOS DE SALUD DEBEN PRESTARSE CON CALIDAD, EFICACIA Y OPORTUNIDAD.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha manifestado también que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, con calidad, eficacia y oportunidad, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad.

La obligación de garantizar este derecho fue radicada por el legislador nacional en cabeza de las EPS tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, pues dichas entidades son las que asumen las funciones indelegables del aseguramiento en salud (Ley 1122 de 2007, artículo 14), entre las cuales se incluyen, (i) la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, (ii) la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y (iii) la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario.

Específicamente sobre el derecho a acceder a los servicios de salud en forma oportuna, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que se vulneran los derechos a la integridad física y la salud de una persona cuando se demora la práctica de un tratamiento o examen diagnóstico ordenado por el médico tratante. Esta regla ha sido consignada por la Corte



Constitucional, entre otras, en la sentencia T-881 de 2003, en la cual se indicó:

"Ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, que el hecho de diferir, casi al punto de negar los tratamientos recomendados por médicos adscritos a la misma entidad, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y la salud de los pacientes, quienes deben someterse a esperas indefinidas que culminan por distorsionar y diluir el objetivo mismo del tratamiento originalmente indicado. El sentido y el criterio de oportunidad en la iniciación y desarrollo de un tratamiento médico, también ha sido fijado por la jurisprudencia como requisito para garantizar por igual el derecho a la salud y la vida de los pacientes. Se reitera entonces, que las instituciones de salud no están autorizadas para evadir y mantener indefinidamente en suspenso e incertidumbre al paciente que acredita y prueba una urgencia vital y la necesidad de un tratamiento médico como en este caso."

4.4. LA ACCIÓN DE TUTELA Y EL CUBRIMIENTO DE SERVICIOS E INSUMOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS (ANTERIOR POS).

Mediante Sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional, señaló las reglas específicas que deben verificarse a efectos de facilitar la labor del Juez Constitucional, y asegurar la sostenibilidad fiscal del sistema de salud en armonía con las obligaciones que están en cabeza del Estado, en su condición de garante del goce efectivo de la salud. Dicha sentencia concluyó, que deben cumplirse las siguientes condiciones de manera concurrente:

"(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad;

(ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad;

(iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente;

Y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado".

4.5. CONCEPTO DE CUIDADOR SEGÚN EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.

El Ministerio de Salud y Protección Social decretó la resolución número 005928 del 2016 por la cual se establecen los requisitos para el



reconocimiento y pago del servicio de cuidador ordenado por fallo de tutela en las entidades recobrantes, como servicio excepcional financiado con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En su artículo 3 define al cuidador de la siguiente manera:

"Artículo 3. Definición de Cuidador. Se entiende por cuidador, aquella persona que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufra una enfermedad grave, sea congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que dependa totalmente de un tercero para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas; sin que lo anterior implique sustitución paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud cubierto por la UPC."

4.6. PROCEDENCIA DE CUIDADOR EN CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES.

Sobre el suministro de cuidador en circunstancias especiales, La Corte Constitucional⁴ ha precisado:

"(...) Con todo, es claro que no siempre los parientes con quien convive la persona dependiente se encuentran en posibilidad física, psíquica o emocional de proporcionar el cuidado requerido por ella. Pese a que sean los primeros llamados a hacerlo, puede ocurrir que por múltiples situaciones no existan posibilidades reales al interior de la familia para brindar la atención adecuada al sujeto que lo requiere, a la luz del principio de solidaridad, pero además, tampoco la suficiencia económica para sufragar ese servicio. En tales situaciones, la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el deber en mención permanece en la familia si dan ciertas condiciones y puede ser desplazado hacia el Estado a falta de alguna de ellas. La responsabilidad es de los seres queridos siempre que concurren las siguientes circunstancias:

(i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-906 de 2016





la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que sí debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.

Conforme lo anterior, los miembros del hogar deben solidarizarse y atender al ser querido en situación de dependencia si lo que este requiere es, no por ejemplo servicio de enfermería, sino solamente alguien que lo cuide y le facilite llevar a cabo sus actividades elementales ordinarias, y la E. P. S. ha suministrado una orientación previa acerca del modo en que se deben realizar esos cuidados. Pero además, es deber de la familia solo si se trata de una carga susceptible de ser sobrellevada por ella, atendidas las circunstancias materiales en que se encuentra.

Por el contrario, si una de las anteriores condiciones no concurre y, en especial, los que rodean a quien requiere el cuidado no se hallan en posibilidad de atenderlo de manera permanente ni de sufragar el costo que implica el servicio, se activa la obligación subsidiaria del Estado de suministrarlo, que compromete la subsistencia digna de una persona quien, por razón de su enfermedad, de sus padecimientos, no se puede valer por sí sola y se halla en total indefensión y riesgo de perecer ante su propia debilidad. La Corte ha sostenido:

«En torno al servicio de cuidador primario, recuérdese que la Constitución dispone la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia para brindar protección y asistencia a las personas con dificultades de salud. La familia es la primera obligada moral y afectivamente para sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos, y en este orden de ideas, la Corte ha expuesto que solo cuando la ausencia de capacidad económica se convierte en una barrera infranqueable para las personas, debido a que por esa causa no pueden acceder a un requerimiento de salud y se afecta la dignidad humana, el Estado está obligado a suplir dicha falencia».

Así, compete en primer lugar a la familia solidarizarse y brindar la atención y cuidado que necesita el pariente en situación de indefensión. En virtud de sus estrechos lazos, la obligación moral descansa en primer lugar en el núcleo familiar, especialmente de los miembros con quien aquél convive. Con todo, si estos no se encuentran tampoco, principalmente, en la capacidad física o económica de garantizar ese soporte, el servicio de cuidador a domicilio, cuya prestación compromete la vida digna de quien lo necesita, debe ser proporcionado por el Estado."

De lo anterior podemos concluir, en el caso de que la familia de una persona totalmente dependiente se encuentre imposibilitada física, psíquica, emocional y económicamente para asumir la carga del cuidado del pariente en mención, este deber se traslada inmediatamente a manos del Estado quien está obligado a proporcionar los medios necesarios para que se cumplan debidamente los derechos fundamentales de sus asociados.



7. CASO CONCRETO

7.1. Hechos probados

Revisada la tutela y sus anexos, observa la Sala que se encuentran probados los siguientes hechos:

- Obra en el expediente copia de la historia clínica de la paciente ROSA ELENA BETTIN DE POMBO (Fls. 7-12).
- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora ROSA ELENA BETTIN DE POMBO (Fl. 5).
- Copia de la cédula de ciudadanía del señor JOSE IGNACIO DE POMBO BETTIN (Fl. 6).
- Historia clínica de la señora ROSA ELENA BETTIN DE POMBO (Fls. 7-12).
- Factura venta IN-416974 por valor de \$1'700.000, emitida por ARAUJO Y SEGOVIA, por concepto de canon de arriendo (Fl. 49).
- Factura de consumo de energía, expedida por Electricaribe del mes de marzo de 2019, por un valor de \$286.070 (Fl. 50).
- Recibo de gas del mes de marzo de 2019 por un valor de \$65.810 (Fl. 51).
- Recibo de Aguas de Cartagena del mes de marzo de 2019 por un valor de \$207.003 (Fl. 52).
- Extracto vehículo consumo "Crédito y endeudamiento" a nombre del señor JOSE IGNACIO, en la cual se le detalla el valor del crédito de la suma de \$832.799, con su respectiva constancia de pago (Fl. 53).
- Factura tarjeta de crédito de nombre del señor JOSE IGNACIO, con pago mínimo de \$343.830, con un saldo pendiente de \$4'125.203 (Fl. 55).
- Factura tarjeta de crédito Mastercard, a nombre del señor JOSE IGNACIO, con pago mínimo de \$724.024 (Fl. 56).
- Tarjeta de crédito Falabella a nombre del señor JOSE IGNACIO con pago mínimo de \$173.283 (Fl. 57).
- Factura expedida por LOCATEL a nombre del señor JOSE IGNACIO, en la cual consta compra de oxígeno y cánula biopla (Fl. 58).
- Factura expedida por Droguería Inglesa, por compras de insumos por un valor de \$15.200 (Fl. 59).



- Factura de mercado correspondiente al supermercado "ARA" por un valor de \$540.000, \$198.000 y \$101.550 (Fl. 60).

7.2. Análisis de los hechos probados frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto.

El señor JOSE IGNACIO DE POMBO BETTIN, actuando como agente oficio de la señora ROSA ELENA BETTIN DE POMBO, presentó tutela en contra de LA NUEVA EPS SA, por la vulneración a su derecho fundamental a la vida y a la salud.

Para el restablecimiento de sus derechos solicita se ordene a la accionada proceda a conceder un cuidador o en su defecto enfermera que pueda hacerse cargo de los cuidados especiales que requiere.

La accionada en su respuesta, solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela, toda vez que el servicio solicitado es NO PBS el cual se debe garantizar por parte de los familiares de la paciente, ROSA ELENA BETTIN DE POMBO, y que adicionalmente la usuaria no cuenta con un ordenamiento médico del servicio solicitado.

El Juez de primera instancia concedió las pretensiones del actor considerando que, la paciente es una señora de 92 años de edad, es decir, es un sujeto de protección constitucional que requiere de atención preferente, quien padece de múltiples afectaciones a su salud, tales como Alzheimer, oxígeno permanente, alimentación por sonda gástrica, secuelas de accidente cardiovascular, reemplazo de cadera izquierda, incontinencia fecal y urinaria lo que la califica como una persona en difíciles condiciones de salud y totalmente dependiente, por tales razones necesita de cuidados y atenciones especiales, por carecer de facultades mentales y motrices. Siendo así de vital importancia la compañía por 24 horas de un cuidador especializado para el establecimiento de la salud de la paciente y para mantener una vida en condiciones dignas, pues a pesar de no ser autorizados por el médico tratante se observa en la historia clínica de la señora ROSA BETTIN DE POMBO la especificación: "17. Cuidador: con



cuidador. Con déficit de conocimiento del manejo del paciente en domicilio...

La anterior decisión fue impugnada por LA NUEVA EPS, quien reitera que han garantizado los servicios de salud al usuario con oportunidad y calidad, basado en los ordenamientos de sus médicos tratantes, quien recibe también PAQUETE DE ATENCIÓN DOMICILIARIA PACIENTE CRÓNICO (MENSUAL) con IPS Innovar Salud.

El A quo, en el fallo objeto de impugnación, tuteló los derechos fundamentales de la accionante y ordenó a la Nueva EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia proceda a AUTORIZAR y GARANTIZAR, sin necesidad de más trámites o diligencias, el servicio de un cuidador especializado, las 24 horas, para la señora ROSA ELENA BETTIN DE POMBO.

En este contexto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, los hechos probados y el objeto de la impugnación.

En primer lugar, precisa la sala que el suministro del servicio de cuidador o enfermería domiciliaria, es definido como una modalidad de prestación de salud extra hospitalaria que persigue brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia, contando con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud⁵.

Es necesario acotar que el servicio de cuidador en estricto sentido no se cataloga como médico; por lo que en principio debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado; pues los mismos no están directamente relacionados con el tratamiento de la patología que se padece. De tal manera que dicho servicio contempla el apoyo físico y emocional que se debe dar a la persona que se encuentra en estado de dependencia. En este orden la ausencia de dicho servicio puede conducir a la afectación a las condiciones de salubridad y salud del paciente⁶.

⁵ Ministerio de Salud. Resolución 5521 de 2013.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-065-2018.





Como se indicó en el marco normativo y jurisprudencial, el apoyo físico y emocional al paciente, debe ser proporcionado, en primera instancia, por su núcleo familiar; sin embargo, la prestación de dicho servicio se traslada al Estado en los eventos en que el núcleo familiar no cuente con la capacidad física para prestar las atenciones requerida, bien sea por razones de la edad o enfermedad, o porque requiere suplir otras obligaciones básicas necesarias, o por carencia de entrenamiento o capacitación adecuados para la atención del paciente.

En este orden, advierte la Sala que como quiera que el servicio de cuidador no es en estricto sentido un servicio médico, no necesariamente se requiere que el mismo sea ordenado por el médico tratante; a diferencia del servicio de enfermería, el cual debe ser prestado por profesional con conocimientos calificados y que resultan necesarios para la realización de procedimientos propios de la ciencia de la salud y que por tanto tiende a la recuperación de la paciente.

Descendiendo al sub iudice, se advierte que la señora ROSA ELENA BETTIN DE POMBO es una persona de 92 años (Fl. 5), quien padece de múltiples afectaciones a su salud (Fls. 7-12), tales como demencia – Alzheimer -, hipertensión, gastrostomía, incontinencia, desnutrición, antecedente de fractura de cadera, así como secuelas de ACV (accidente cardiovascular).

De lo anterior se concluye con claridad, que la señora BETTIN DE POMBO se encuentra en grave estado de salud y que sus innumerables patologías le impiden además llevar una vida digna, pues por si sola se le dificulta realizar las actividades básicas. Si bien no existe la orden expresa de cuidador por parte del médico tratante, del numeral 18 (Fl. 9) de la historia clínica se infiere que la paciente requiere del servicio de cuidador; cuando en dicho numeral se consigna expresamente "**Con cuidador. Con déficit de conocimiento del manejo de paciente en domicilio.**"

Por otro lado, el agente oficio en calidad de hijo de la señora BETTIN DE POMBO, manifiesta en el numeral 5° del acápite de hechos de la solicitud, que por sus responsabilidades laborales le es imposible brindarle atención a



la paciente, aunado ello a los conocimientos especializados que para ello se requiere; así mismo en el hecho 6° manifiesta carecer de las condiciones económicas para poder suministrar una enfermera o cuidadora.

Lo anterior se constituye en una afirmación indefinida que por tanto traslada la carga de la prueba a la NUEVA EPS; quien no ha desvirtuado dichas afirmaciones; pues se limitó a aportar una serie de gastos o erogaciones realizadas por el hijo de la accionante; pero nada acreditó en relación con los ingresos, lo cual a juicio de la sala si es relevante para desvirtuar la referida afirmación indefinida; igual situación ocurre en relación con la falta de disponibilidad para la atención de la paciente, por razones laborales.

Así las cosas, la Sala considera que en el sub examine, de acuerdo con lo establecido en el marco normativo y jurisprudencial, concurren los requisitos para que el suministro del servicio de cuidador sea trasladados a la NUEVA EPS; sin perjuicio de que dicha entidad recobre lo dineros invertidos en la prestación del servicio de cuidador, al FOSIGA; si dicho servicio se encuentra excluido del PBS, tal como lo dispuso el A quo; sin embargo, se modificara la orden impartida por el A quo en cuanto dispuso que el servicio de cuidador domiciliario se proporcione 24 horas; lo anterior debido a juicio de la Sala , en el término por el cual se debe proporcionar dicho servicio debe ser señalado por el médico tratante; en ese sentido se ordenará el suministro de servicio por el término que establezca el respectivo medico; en consecuencia de esa forma se modificará el numeral segundo del fallo impugnado.

Por lo anterior se confirmará en todo lo demás el fallo impugnado.

En mérito de los expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR** administrando justicia en nombre de la República y por la oportunidad de la Ley,

V.- FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutive del fallo impugnado, el cual quedara así:



“**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, ordenase a NUEVA EPS S.A., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia procede a AUTORIZAR y GARANTIZAR, sin necesidad de más trámites o diligencias, el servicio de un cuidador especializado, por el término que señale el médico tratante, para la señora ROSA ELENA BETTIN DE POMBO.”

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de fecha dos (02) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: REMITIR por Secretaría el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, a la Corte Constitucional para su eventual revisión y envíese copia de la misma al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
(Ausente con Permiso.)

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

