



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

Cartagena, CINCO (05) de Noviembre del 2020

TIPO DE PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA

ACCIONANTE: LEDIS MARIA PEÑALOZA ARROYO EN REPRESENTACION DE ANA MARÍA ARROYO DE PEÑALOSA

ACCIONADO: NUEVA EPS.

I. OBJETO

Procede el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cartagena, a resolver la presente **Acción de Tutela** instaurada por LEDIS MARIA PEÑALOZA ARROYO, Ciudadano colombiano, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 23.085.481 expedida en San Jacinto en calidad de representante de ANA MARÍA ARROYO DE PEÑALOSA contra NUEVA EPS, en procura de la protección de los derechos fundamentales de la vida en condiciones dignas y la salud, que considera han sido vulnerados por parte de la entidad accionada.

II. ANTECEDENTES

2.1 Supuestos fácticos

De acuerdo a lo consignado en el escrito de tutela los hechos se contraen a lo siguiente:

Se indica en la acción constitucional que la señora Arroyo de Peñalosa está afiliada a la **NUEVA EPS** desde el desde el 01 de enero del 2016 en el régimen subsidiado.

Que es una paciente de 78 años con antecedes de hipertensión, diabetes crónica tipo II y que en la actualidad se encuentra diagnosticada con Alzheimer, desorientación, temblores, ansiedad, miedos, alteración del sueño y fallas globales en la memoria desde hace dos años con secuelas crónicas limitantes e incapacitante de tipo físico y motriz, por tal razón, no puede caminar, ni realizar ningún tipo de movimiento por sí misma, se encuentra en cama desde hace dos años y depende 100% de su cuidador para realizar actividades como el baño, el cambio de pañales, la alimentación, moverse y sentarme en la silla de ruedas y demás actividades que son propias para mi bienestar.

Sostiene que, por la condición y enfermedad, requiere de atención multidisciplinaria para poder minimizar los impactos de sus comorbilidades, que debido a los múltiples riesgos de complicaciones y caídas necesita atención 24 horas. Que sus médicos le aplicaron la prueba de Barthel donde se evidencia que tiene limitaciones y es incapaz para comer, bañarse, aseo personal, subir y bajar escaleras, vestirse y desvestirse, control de heces y control de orina en

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

el cual su resultado sin la escala califica en 0 y en punto cruciales como uso del retrete necesita ayuda, del mismo modo para desplazarse y para desplazarse de la cama a la silla necesito ayuda de 1 o 2 personas.

Aduce que Ledis Peñaloza Arroyo (hija) es quien se encuentra en calidad de su cuidador y quien asume sus cuidados y realiza las actividades correspondientes al cambio de los pañales cada 4 horas o cada 2 horas como es estipulado por el médico tratante y los cambios de posición sugeridos por las múltiples escaras que presenta y demás complicaciones que puedan producirse por mi pérdida de movimiento.

Aduce que la salud de su hija se ha visto deteriorada porque es quien ha asumido su cuidado, y no dispone de más hijos que le colaboren en las actividades y esfuerzos propios. Que su hija presenta dolor de espalda frecuentes, dolor en las extremidades y su descuido se evidencia en la falta de recursos que tienen, del mismo modo refiere que es una persona mayor que requiere mucha atención, por lo tanto, su hija descuida sus asuntos médicos por sus cuidados y estar a su disposición las 24 horas del día.

Indica que teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, su cuidador necesita ayuda auxiliar para sobrellevar los cuidados que requiere por las secuelas motrices que le ha dejado su enfermedad y le limitan físicamente a estar en cama o sentada en la silla de ruedas todo el tiempo.

Afirma que no cuenta con los medios económicos para adquirir el servicio de enfermera de 24 o 12 horas los que a su juicio necesita para conservar su bienestar y vivir una vida en condiciones dignas. Que tampoco cuenta con recursos para comprar paños desechables debido a que en el año 2019 le dieron orden y nunca fue efectuada por la EPS a la espera de una junta médica, que su hija se dirigió en muchas ocasiones para que le entregaran los paños que habían prescrito y no se los entregaron. Adicionalmente manifiesta que por sus padecimientos requiere además cremas antiescaras, pañitos húmedos para no tener más afectaciones en la piel así como suplementación alimenticia como lo es el Ensure.

2.2. Pretensiones

Se tutelen de manera inmediata los derechos fundamentales a la salud y vida digna

Y en consecuencia se ordene se le lleve a una junta médica donde se evalúe su condición, sus patologías y las secuelas de su enfermedad .



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

Se ordene de forma inmediata a la NUEVA EPS que, como garantía fundamental a la continuidad e integralidad en el tratamiento médico, autorice, ordene, remita y facilite los medios para que se le suministre el servicio de auxiliar de enfermería, los pañales desechables, crema protectora para prevenir escaras, pañitos húmedos y suplemento dietario Ensure.

Que la NUEVA EPS cumpla con el suministro de pañales desechables, la crema protectora antiescaras, los pañitos húmedos y el suplemento dietario. Lo anterior acompañado del servicio de auxiliar de enfermería para su cuidado y ayuda a su hija en actividades del baño, cambio de posición, cura de escaras, etc.

2.3. Actuación procesal

La presente acción fue admitida mediante auto de fecha Veintitrés (23) de Octubre del 2020, en la que se dispuso notificar al representante legal de la entidad accionada **NUEVA EPS**, y se les concedió el término dos (2) días, para que rindan informe a este Despacho sobre los hechos objeto de la acción, remitiéndoles copia de la tutela y haciéndoles saber que el desconocimiento a esta orden judicial acarrea las sanciones previstas conforme al Decreto 2591 de 1991 (art. 20), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Se libraron los oficios dirigidos a las partes accionante y accionada.

2.4 Contestación

Por su parte, la accionada **NUEVA EPS**, por medio de escrito de contestación, manifestó que la parte accionante no aporta ordenamientos médicos de los servicios solicitados, por lo que, no es viable emitir una orden judicial sobre un servicio que no ha sido autorizado por médico tratante. Refieren que, dentro de las historias clínicas aportadas por la accionante, no se evidencia como plan de tratamiento el servicio de enfermería solicitado, así como tampoco los ordenamientos médicos de los insumos y suplemento dietario solicitados en la presente acción.

Aducen que en caso de conceder pretensiones que carecen de sustento médico se estaría atentando de manera directa en contra del ejercicio de la medicina. Qué como lo evidenció la jurisprudencia constitucional, los profesionales en medicina son las personas autorizadas para definir los servicios y tratamiento médicos que requiere un paciente.

Que el profesional tratante es el actor idóneo para determinar el tratamiento y las intervenciones requeridas por el paciente con base en el análisis del caso y en lo sucesivo, no debe obedecerse al criterio que puedan tener los familiares, el propio usuario o inclusive, los entes judiciales.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

Aclaran que en Colombia la práctica médica esta normativizada y tiene establecido que el plan de manejo médico de un paciente ya sea farmacológico, quirúrgico, rehabilitación o cualquier intervención, lo DEFINE el equipo médico y la ORDEN MÉDICA es un requisito jurisprudencial y legal imposible de eludir ya que, es el único soporte que permite verificar el estado actual de salud del paciente, y a su vez debe estar soportado con el historial Clínico que sustente la necesidad del mismo, y que una vez se agotaron todas las posibilidades de los insumos y servicios PBS, si no tiene la orden, debe tener MIPRES.

En cuanto a los PAÑALES DESECHABLES se informa que la entidad **NUEVA EPS** generó autorización de servicios del Insumo direccionado para la Farmacia Medicamentos & Equipos, adicionalmente la farmacia informa a través de correo electrónico que a la usuaria se le realizó la primera entrega del insumo el día 27 de octubre 2020. SE ADJUNTA AUTORIZACIONES Y **SOPORTES CON FECHA DE ENTREGA.**

En referencia a el SUPLEMENTO DIETARIO Informan que la usuaria tiene programada valoración por NUTRICION para el día 04/11/2020 HORA: 5:00 P.M Dra. GINA OSORIO" en la IPS Bienestar, con el fin de que la especialista defina por pertinencia medica si el usuario requiere suplemento dietario dentro de su plan de tratamiento y de ser así, lo radique por MIPRES, para la aprobación del ministerio y posterior autorización por parte de la EPS.

En cuanto a la CREMA ANTIESCARAS - OXIDO DE ZINC 25% (UNGUENTO) X 500G – ALMIPRO aducen que no se evidencia radicación al MIPRES por parte del médico tratante del insumo NO PBS, por lo que no es posible acceder a esta solicitud.

En referencia a los PAÑITOS HUMEDOS afirman que de acuerdo con el anexo técnico de la Resolución 244 de 2019, "Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación de los recursos públicos en salud" en su ítem No. 57 "Las toallas higiénicas, los pañitos húmedos, el papel higiénico y los insumos de aseo";

Indican al despacho que lo solicitado no está contenido en las coberturas del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC. Que el PBS procura dar cobertura a los servicios y tecnologías necesarios para la protección efectiva del derecho a la salud y excluye de forma expresa aquellos a los que les aplicaron los criterios establecidos en la norma en mención.

En relación al servicio de CUIDADOR, aducen que es transcendental que el despacho analice y valore las pruebas pertinentes para verificar que la usuaria cumpla con los requisitos que indiquen una "imposibilidad material" para los familiares del mismo. Además, que la paciente no cuenta

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00
con un ordenamiento médico que avale por el tratante el servicio solicitado a través de la presente acción constitucional.

Y, en consecuencia, solicita:

- Denegar las pretensiones de la parte accionante por no existir perjuicio irremediable a evitar.
- Denegar las pretensiones de la accionante, toda vez que no aporta ordenamientos médicos que avalen su solicitud. Y que en relación a los pañitos húmedos y al servicio de CUIDADOR, son una exclusión del PBS y deben ser asumidos por los familiares de la paciente.

2.5 Pruebas

Parte Accionante:

- Copia de certificación de afiliación.
- Copia de cedula de ciudadanía de representante.
- Copia de cedula del accionante.
- Adjunto copia de la prueba de Barthel
- Orden de los paños suministrada por la EPS.
- Valoración por nutrición.
- Material fotográfico del estado actual de la paciente.

Parte Accionada NUEVA EPS:

- Autorizaciones de Servicios
- Correo de soporte de entrega

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia y Procedencia.

Esta funcionaria judicial es competente para conocer de la presente acción de tutela, conforme a lo previsto en el art 1.-, inciso tercero del numeral 1, del Decreto 1382 del 2000, por el lugar donde se producen los efectos de la vulneración. Así mismo, la misma reúne los requisitos de ley previsto en el artículo 86 de nuestra constitución política, en concordancia con el Decreto 2591 de 1991, y su decreto reglamentario 306 de 1992.



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

3.2 Problema jurídico

Determinar si la entidad accionada, vulnera los derechos fundamentales de la accionante.

3.3 Tesis del despacho

La tesis que acoge este Despacho es **CONCEDER** la presente acción constitucional.

3.4 Premisas normativas

Marco Jurídico de la Acción de Tutela.

Constitución Nacional

Art. 86 C.N “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 a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que éstos 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, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

“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”.

“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 respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

La naturaleza subsidiaria y excepcional de la Acción de Tutela, permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los Derechos. Al existir tales mecanismos, los ciudadanos se encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

conducentes para conferir una eficaz protección constitucional. De allí que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales deba haber agotado los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto. Exigencia que se funda en el principio de subsidiariedad de la tutela descrito, que pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador, y menos aún, un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes en los procesos judiciales...”.

3.5 Jurisprudencia.

Sentencia T-423/19

El suministro del servicio domiciliario de enfermería en el nuevo Plan de Beneficios en Salud y sus diferencias con la figura del cuidador. Reiteración de jurisprudencia¹.

48. La Resolución 5269 de 2017² se refiere a la atención domiciliaria como 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 la salud y la participación de la familia*”³. De manera puntual, el artículo 26 de la misma resolución establece que esta atención podrá estar financiada con recursos de la UPC, siempre que el médico tratante así lo ordene para asuntos directamente relacionados con la salud del paciente.

49. En consecuencia, la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, que debe ser asumido por las EPS siempre: (i) que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y (ii) que de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar⁴, en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud en virtud de la jurisprudencia no tiene la obligación de asumir dichos gastos⁵.

¹ Las siguientes consideraciones se basan en lo expuesto en las Sentencias T-196 de 2018 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, T-644 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-510 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

² “*Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)*”.

³ Artículo 8º, numeral 6º de la Resolución 5269 de 2017.

⁴ Sentencia T-226 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵ Textualmente, el artículo en comento dispone que: “*Atención domiciliaria. La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está financiada con recursos de la UPC en los casos que*



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

50. Así, para que las EPS asuman la prestación de la atención domiciliaria, esta Corporación ha sido clara en señalar que *“sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso”*⁶. Por ende, el juez de tutela no puede arrogarse las facultades de determinar la designación de servicios especializados en aspectos que le resultan por completo ajenos a su calidad de autoridad judicial, que, por la materia, están sujetos a la *lex artis*⁷.

Ahora bien, la jurisprudencia ha diferenciado entre dos categorías diferentes, en atención al deber constitucional de proteger la dignidad humana: los servicios de enfermería y los de cuidador, en donde los primeros se proponen asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente y los segundos, se encuentran orientados a brindar el apoyo físico necesario para que una persona pueda desenvolverse en sociedad y realizar las actividades básicas requeridas para asegurarse una vida digna, en virtud del principio de solidaridad.

Al respecto, la **Sentencia T-154 de 2014** determinó que el servicio de cuidador: (i) es prestado generalmente por personas no profesionales en el área de la salud; (ii) a veces los cuidadores son familiares, amigos o sujetos cercanos; (iii) es prestado de manera prioritaria, permanente y comprometida mediante el apoyo físico necesario para que la persona pueda realizar las actividades básicas y cotidianas, y aquellas que se deriven de la condición médica padecida que le permitan al afectado desenvolverse adecuadamente; y (iv) representa un apoyo emocional para quien lo recibe⁸.

51. En efecto, en virtud del principio de solidaridad, este apoyo necesario puede ser brindado por familiares, personas cercanas o un cuidador no profesional de la salud⁹. La Corte ha señalado, de hecho, que el servicio de cuidador no es una prestación calificada cuya finalidad última sea el restablecimiento de la salud de las personas, aunque sí es un servicio necesario para asegurar la calidad de vida de ellas. En consecuencia, responde al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho e impone al poder público y a los particulares, determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos¹⁰.

considere pertinente el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Esta financiación está dada solo para el ámbito de la salud.

PARÁGRAFO: *En sustitución de la hospitalización institucional, conforme con la recomendación médica, las EPS o las entidades que hagan sus veces, serán responsables de garantizar que las condiciones en el domicilio para esta modalidad de atención, sean las adecuadas según lo dispuesto en las normas vigentes”.*

⁶ Sentencia T-345 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa.

⁷ Sentencia T-226 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁸ Sentencia T-154 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁹ Sentencia T-226 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁰ *Ibidem*.



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

52. En el caso de los familiares, la Corte ha destacado que se trata de un cuidado y función, que debe ser brindado en primer lugar por estos actores, salvo **que estas cargas resulten desproporcionadas para la garantía del mínimo vital de los integrantes de la familia**. Es decir, el deber de cuidado a cargo de los familiares de quien padece graves afecciones de salud no puede atribuirse un alcance tal *“que obligue a sus integrantes a abstenerse de trabajar y desempeñar las actividades que generen los ingresos económicos para el auto sostenimiento del núcleo familiar, pues esto a su vez comprometería el cuidado básico que requiere el paciente”*¹¹.

Para esta Corporación, a la luz de la **Sentencia T-096 de 2016**: *“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.”*¹²

53. En el mismo sentido, la **Sentencia T-414 de 2016** de la Corte determinó que existen circunstancias *excepcionalísimas* en las que, a pesar de que las EPS no deben suministrar el servicio de cuidador en comento, se requiere en todo caso dicho servicio, y en consecuencia se debe determinar detalladamente si puede ser proporcionado o no. Dichas circunstancias son: *“(i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional de sus familiares, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.”*¹³.

A modo de reiteración, en la **Sentencia T-065 de 2018**, esta Corporación reconoció la existencia de eventos excepcionales en los que: **(i)** es evidente y clara la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y **(ii)** el principal obligado, -la familia del paciente-, está **“imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga a la sociedad y al Estado”**¹⁴, quien deberá asumir solidariamente la obligación de cuidado que recae principalmente en la familia.

¹¹ Sentencia T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹² Sentencia T-096 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³ Sentencia T-414 de 2016 M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁴ Sentencia T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

Dijo esa providencia, que la “imposibilidad material” del núcleo familiar del paciente que requiere el servicio¹⁵ ocurre cuando este: “**(i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia¹⁶; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio¹⁷.**

54. En consideración a tales requerimientos, la **Sentencia T-458 de 2018¹⁸** se abstuvo, por ejemplo, de conceder el apoyo del cuidador en mención a una persona que lo solicitaba, ya que no se probó debidamente la incapacidad física o económica por parte de la familia del accionante. En efecto, aunque se trataba de un señor de 72 años de edad con demencia vascular no especificada, obesidad, trastorno afectivo bipolar, Parkinson, artrosis generalizada, diabetes tipo 2 y problemas urinarios, a quien la EPS no autorizó el servicio de cuidador a pesar de haber sido ordenado por el médico tratante, la Corte negó dicha pretensión y ordenó la capacitación por parte de la EPS a la persona que se designe como cuidador, por cuanto: (i) el agenciado percibía ingresos por \$1´700.000, de los cuales solo destinaba \$600.000 para pagar una deuda bancaria; (ii) la agente oficiosa en dicha ocasión, no convivía con el agenciado, por lo que no había certeza de que ella tuviera que dedicarse a su cuidado todos los días de la semana y que dicha circunstancia, le impidiera trabajar; y (iii) quien figuraba en la historia clínica como acudiente no era la agente oficiosa, sino la esposa del agenciado, de quien no se adujo ni probó alguna circunstancia específica que le impidiera asumir su cuidado.

55. En consecuencia, es claro que el servicio de cuidador únicamente se otorga en casos excepcionales en los que sea evidente la configuración de los requisitos citados. En tales circunstancias, el juez constitucional tiene la posibilidad, al no tratarse de un servicio médico en estricto sentido, de trasladar la obligación que en principio le corresponde a la familia, al Estado, para que asuma la prestación de dicho servicio¹⁹.

56. Ejemplo de lo anterior son las **Sentencias T-208 de 2017²⁰ y T-065 de 2018²¹** de esta Corporación, en las que se protegieron los derechos fundamentales a la salud y vida digna de

¹⁵ Ver, entre otras, las Sentencias T-782 de 2013, T-154 y T-568 de 2014, T-096 y T-414 de 2016, así como la T-208 de 2017.

¹⁶ Subraya fuera del original

¹⁷ Sentencia T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁸ Sentencia T-458 de 2018 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁹ Ibídem.

²⁰ Sentencia T-208 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

²¹ Sentencia T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

dos jóvenes de 17 y 25 años con *“daño cerebral severo y pérdida de las funciones mentales superiores y mínimas”* y *“epilepsia generalizada, PC tipo cuadriparesia, retraso mental grave [y] prematuridad extrema”*, respectivamente, y se ordenaron a sus EPS brindarles el servicio de cuidador, en atención a su condición de sujetos de especial protección y la imposibilidad de su núcleo familiar de prestarles los cuidados especiales que requieren, y se les dio la posibilidad de recobro ante el ente territorial. En esos casos se cumplían los requisitos indicados de imposibilidad material de sus familias y del deber de proteger la vida digna de los ciudadanos.

57. En este sentido, desde un punto de vista normativo y operativo, el Ministerio de Salud, mediante la Resolución 3951 de 2016, expedida con el propósito de darle cumplimiento al Auto de Seguimiento de la Corte Constitucional A-071 de 2016 y garantizar el acceso oportuno a los servicios y tecnologías en salud no cubiertos por el Plan de Beneficios con cargo a la UPC, definió precisamente en su artículo 3º como *servicios o tecnologías complementarias*, aquel *“servicio que si bien no pertenece al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad”*. Una categoría que parecería describir *prima facie*, los servicios de los cuidadores enunciados, aunque sin precisarlo de manera expresa.

Sin embargo, con la Resolución 1885 de 2018²² sobre tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y servicios complementarios, quedó claro que la figura que se describe, sí pertenece a este tipo de servicios complementarios, ya que de acuerdo con el numeral 3 del artículo 3²³ de la Resolución 1885 de 2018 debe entenderse por cuidador:

“[A]quel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud”.

Es más, el artículo 39 de la referida Resolución 1885, menciona con detalle los distintos requisitos que se deben cumplir para que las EPS asuman los costos de dicho servicio derivados de un fallo

²² Por medio de la cual se estableció 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 UPS

²³ Artículo 3. Definiciones. Para efectos de la aplicación de la presente resolución, se adoptan las siguientes definiciones: (...) 3. Cuidador: aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención 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.



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

de tutela y realicen los recobros que correspondan, sin importar el régimen al que el paciente se encuentre afiliado.

58. A modo de conclusión, las atenciones o cuidados especiales que pueda requerir un paciente en su domicilio exigen verificar que: **(i)** en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiera de una orden médica proferida por el profesional de la salud, ya que el juez constitucional no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia; y **(ii)** en casos excepcionales derivados de las condiciones particulares del paciente, podrá hablarse de la figura del cuidador, frente a lo que la Corte ha concluido que se trata de un servicio que, en principio debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este núcleo se encuentre materialmente imposibilitado para brindar el apoyo permanente, es obligación del Estado suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado. En tales casos, se ha ordenado a las EPS suministrar cuidador para apoyar a las familias frente a las excepcionalísimas circunstancias de sus familiares, incluso sin tener orden médica, cuando la figura sea efectivamente requerida.

Sentencia T-471/18

4.1. Entrega de insumos como pañales desechables, pañitos húmedos, guantes quirúrgicos, tapabocas, cremas antiescaras

Para el caso de pañales desechables y otros insumos como pañitos húmedos, cremas antiescaras, tapabocas y guantes quirúrgicos, se presentan algunas circunstancias a tener en cuenta: la Resolución 5267 de 2017 “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”, en el numeral 42 del Anexo Técnico, excluye en forma taxativa los “pañitos húmedos”

Se tiene que con la expedición de la Resolución 1885 de 2018, *“Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones”*, se previó la prescripción de insumos como los pañales, en ciertas cantidades, que de superarse deben ser autorizadas por la Junta de Profesionales de salud.²⁴ No hay mención sobre guantes quirúrgicos, tapabocas o cremas.

²⁴ Parágrafo 2, artículo 19 Resolución 1885 de 2017: “Cuando se trate de prescripción de pañales y la cantidad requerida para un mes de tratamiento sea igual o menor a 120 unidades contabilizados por usuario, no se requerirá del análisis por parte de la Junta de Profesionales de la Salud. La entidad responsable del asegurado deberá controlar el suministro de dichas cantidades de forma mensual, independiente del número de prescripciones por usuario que se hayan registrado en la herramienta tecnológica. Lo anterior hasta tanto se establezca un protocolo para tal fin.”



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

Ha sido postura de esta Corporación y se ha reiterado en múltiples ocasiones, con base en estudios que se han tomado como referencia, que a pesar de que algunos insumos como pañales, pañitos húmedos, cremas antiescaras no correspondan o no proporcionen un efecto sanador de las enfermedades en los pacientes, sí *“se constituyen en elementos indispensables para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien los requiere con urgencia y, en este sentido, permiten el efectivo ejercicio de los demás derechos fundamentales”*²⁵ y, por dicho motivo, se han dispuesto algunas reglas para señalar los casos en que se hace urgente otorgar el amparo solicitado.

Lo anterior, por cuanto aunque no se adviertan incluidos los insumos señalados en los listados del Sistema de Salud como parte de los costos que asumirá, ello no obsta para que no sea prestado tal beneficio porque, bajo el concepto de la integralidad del servicio, la regla general es la inclusión para garantizar el derecho y, solo cuando exista una exclusión taxativa se constituirá en la excepción, como así se deduce de lo expresado por esta Corporación en Sentencia C-313 de 2014, por medio de la cual hizo el análisis de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2014: *“Si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas.”*

Entonces, ha dicho esta Corte que, para reclamar servicios asistenciales o elementos que no hacen parte del Plan de Beneficios en Salud, con el fin de verificar si procede ordenar o no, que la entidad promotora de salud los suministre, es preciso evidenciar que *“(i) la falta del servicio médico o el medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”*²⁶

²⁵ Sentencia T-131 de 2015. MP. Martha Victoria Sáchica. 16 expedientes acumulados. Se solicita se tutelen los derechos a la salud y vida digna en virtud de no ser entregados por las promotoras de salud los elementos o insumos como pañales y cremas, así como sillas de ruedas para movilización, por no contar con recursos para proporcionárselos. Sentencia T-519 de 2014: “En este caso específico, es claro que la omisión de Capresub en otorgar los pañales a la actora, vuelve indigna su existencia, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente. La inhabilidad para controlar los esfínteres, su avanzada edad (80 años), la situación económica que no le permite acudir a métodos más sofisticados para la solución de su problema, la disfunción cerebral que originó dicha anomalía y el riesgo de infecciones en la zona (heridas, llagas, hongos) no le permiten una vida normal, ni llevar a buen término sus actividades diarias, a menos que se le proporcionen en alguna medida, las condiciones que le faciliten vivir con la dignidad que demanda la existencia. Recuérdese además que en tratándose de personas de la tercera edad el derecho a la seguridad social se erige en fundamental y su protección se torna insoslayable en casos como el presente.”

²⁶ Sentencia T-905 de 2010

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

Ahora, en cuanto a los pañales, contemplados como insumos que pueden entregarse a los pacientes bajo orden médica, en algunas ocasiones los profesionales no emiten tal prescripción y, con ello, la persona ve deteriorada su calidad de vida, pues al no proporcionarle los elementos que, a juicio de esta Corporación, se constituyen como indispensables para paliar los síntomas de las enfermedades, se vulnera el derecho fundamental a la salud.

En cuanto a la protección para suministrar insumos, ante la falta de prescripción médica, esta Corporación ha señalado la necesidad de proceder en favor del paciente, en los siguientes casos:

(i) Que se evidencie la falta de control de esfínteres, derivada de los padecimientos que aquejan a la persona, o la imposibilidad de ésta para moverse sin la ayuda de otra. De comprobarse esta afectación, los pañales serían el único elemento apropiado para garantizar la calidad de vida del paciente; (ii) Que se pueda probar que tanto el paciente como su familia no cuentan con la capacidad económica para sufragar el costo de los pañales desechables”.²⁷

Antes de la Resolución 1885 de 2018, insumos como pañales desechables no eran previstos en los planes de salud y la posición de esta Corporación siempre demostró la necesidad de proteger el derecho a la salud de los ciudadanos bajo el concepto de la integralidad y la garantía de una vida digna.

Evidencia de ello fue plasmada en Sentencia T-216 de 2014 en la que, al justificarse la carencia de recursos y la necesidad del uso para paliar su situación de salud, ordenó la entrega de los mismos, al igual que otros insumos necesarios para llevar una vida digna en caso de deterioro de la salud bajo estas consideraciones: *“Una entidad promotora de servicios de salud (i) tiene la obligación de facilitar pañales desechables, crema antipañalitis y paños húmedos, así no estén contemplados en el POS y no hayan sido ordenados por el médico tratante, cuando (ii) esté demostrado que los requiere una persona que carece de recursos económicos para sufragarlos, y padece una enfermedad grave que la somete a un estado de postración relevante. Y además, (iii) debe facilitarle el servicio de transporte en ambulancia con acompañante para tratamientos médicos fuera de su hogar, si se verifica adicionalmente que el mismo es esencial para garantizar el goce efectivo de sus derechos a la salud y la dignidad, dado su estado de inmovilidad y postración.”²⁸*

²⁷ Sentencia T-120 de 2017 MP Luís Ernesto Vargas

²⁸ Sentencia MP María Victoria Calle. Caso de Joven de 19 años y antecedentes de “leucemia linfoblástica”, fue hospitalizada como consecuencia de una “encefalopatía hipóxica secundaria a asp y rcp prolongada, e insuficiencia respiratoria espirativa”, que le dejó secuelas neurológicas. Se remitió a su casa para seguir allí tratamiento y le fueron negados los servicios de silla de ruedas y transporte así como el suministro de pañales, pañitos y cremas, que fue lo invocado vía acción de tutela para proteger derecho fundamental a la salud y vida digna.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

En igual sentido, esta Corporación decidió el caso de un niño, de doce años diagnosticado con parálisis cerebral espástica con secuelas de encefalitis viral, que carecía de control de esfínteres pero la entidad prestadora del servicio de salud no proporcionó los pañales desechables ni pañitos húmedos solicitados vía tutela. La Corte consideró que si bien no estaban contemplados en el Plan de Beneficios de Salud, eran indispensables, no para la cura de su enfermedad, pero sí para brindar al menor una *“pervivencia en condiciones dignas, así como para evitar el desarrollo de nuevas patologías”*²⁹ y se dispuso, en tal oportunidad, la entrega de los pañales en las cantidades prescritas por el médico tratante.

En otras decisiones,³⁰ fueron ordenados los insumos, no obstante no fueran ordenados por los médicos, lo que hace concluir que, de verificarse cumplidos los requisitos contenidos en las subreglas jurisprudenciales, habrán de entregarse aquellos si se advierte vulnerado o en riesgo de vulneración el derecho fundamental a la salud y a una vida digna.

Lo que se ha demostrado, a través de la observación y la experiencia, es que el uso de pañales, pañitos húmedos y las cremas antiescaras ayudan a prevenir que se agudicen los problemas de piel como irritaciones e infecciones que, contrario al argumento empleado por las entidades prestadoras del servicio, podrían causar mayores costos para su tratamiento que la provisión de los insumos para evitarlos.

En relación con los pañitos húmedos, expresamente excluidos del Plan de Beneficios en Salud por causa de la Resolución 5267 de 2017, al tenerlos en cuenta como complemento de los pañales desechables, se hace necesario verificar las subreglas para dispensar su entrega: (i) Que la patología que padece el paciente sea un hecho notorio y, de comprobarse esta afectación, los pañitos húmedos sean los únicos elementos apropiados para garantizar la calidad de vida del paciente; (ii) Que se pueda probar que tanto el paciente como su familia no cuentan con la capacidad económica para sufragar el costo de los pañitos húmedos.

Ahora, en relación con el uso de guantes quirúrgicos y tapabocas, deberá advertirse, además, la imperiosa necesidad de su uso en el domicilio para verificar si en el sitio hay contacto con múltiples pacientes, como ocurriría en centros hospitalarios en donde podría existir

29 Sentencia T-742 de 2017. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado: En este orden de ideas, se concederá el amparo y se ordenará la entrega de los insumos prescritos en esa orden médica para los tres meses posteriores a la notificación de esta providencia. Adicionalmente, como quiera que no existe certeza sobre los insumos que requerirá el menor de edad con posterioridad a los tres meses, se ordenará una valoración médica para establecer en qué cantidad y con qué periodicidad se requieren los referidos elementos.”

30 Sentencia T-790 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada. Sentencia T-014 de 2017 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: “En uno de esos casos, este Tribunal Constitucional ha señalado 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.”



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

contaminación. Verificar además que sean elementos que no puedan ser reemplazados en casa, lo que indicaría su inminente uso.

No obstante que pueda proceder la entrega de estos insumos, la provisión y periodicidad del uso de estos estará supeditado a lo dispuesto en las normas que así lo contemplen, a la prescripción que los profesionales en salud autoricen y, a las reglas que ha contemplado la jurisprudencia en las cuales se justifique su entrega, siempre en atención de la integralidad de la prestación del servicio y la garantía del derecho fundamental a la salud.

3.5 Caso concreto

Descendiendo al caso sub judice, se observa que la accionante **ANA MARÍA ARROYO DE PEÑALOSA**, a través de su agente oficioso, pretende que el juez constitucional ampare sus derechos fundamentales de la vida en condiciones dignas y la salud, que considera se han visto afectados por la falta de los elementos necesarios para su cuidado, tales como: pañales, crema antiescaras, pañitos húmedos y Ensure.

También solicita que le sea suministrado el servicio de cuidador, pues su hija, quien es la encargada de su cuidado, necesita ayuda auxiliar para sobrellevar la situación de la paciente, y se encuentra presentando dificultades de salud debido al desgaste que le genera la atención que requiere su madre.

Por su parte la entidad encarta frente a las solicitudes aduce que:

En cuanto a los Pañales desechables sostiene que generó autorización de servicios del Insumo direccionado para la Farmacia Medicamentos & Equipos, y que la farmacia informó a través de correo electrónico que a la usuaria se le realizó la primera entrega del insumo el día 27 de octubre 2020. ADJUNTA AUTORIZACIONES Y **SOPORTES CON FECHA DE ENTREGA.**

En cuanto a la crema antiescaras OXIDO DE ZINC 25% (UNGUENTO) X 500G – ALMIPRO: indica que no se evidencia radicación al MIPRES por parte del médico tratante del insumo NO PBS, por lo que no es posible acceder a esta solicitud.

En cuanto a los pañitos húmedos aducen que de acuerdo con el anexo técnico de la Resolución 244 de 2019, “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación de los recursos públicos en salud” en su ítem No. 57 “Las toallas higiénicas, los pañitos húmedos, el papel higiénico y los insumos de aseo

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

En referencia al Ensure o suplento dietario Informan que la usuaria tiene programada valoración por NUTRICION para el día 04/11/2020 HORA: 5:00 P.M Dra. GINA OSORIO" en la IPS Bienestar, con el fin de que la especialista defina por pertinencia medica si el usuario requiere suplemento dietario dentro de su plan de tratamiento y de ser así, lo radique por MIPRES, para la aprobación del ministerio y posterior autorización por parte de la EPS.

En lo referente al cuidador solicitan al despacho analizar y valorar las pruebas pertinentes para verificar que la usuaria cumpla con los requisitos que indiquen una "imposibilidad material" para los familiares del mismo. Además, que la paciente no cuenta con un ordenamiento médico que avale por el tratante el servicio solicitado a través de la presente acción constitucional.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, y tomando como referencia jurídica los fundamentos jurisprudenciales citados en los acápites anteriores, y la respuesta de la entidad **NUEVA EPS**, procederá este Despacho a entrar a valorar la situación de la paciente con respecto a sus solicitudes.

Como primera medida deberá el despacho debe establecer si están dadas o no las condiciones generales de procedencia de la acción de tutela en el caso de estudio, al respecto es menester indicar que en cuanto al requisito legitimación en la causa por activa si bien, la acción de tutela es presentada por LEDIS MARIA PEÑALOZA ARROYO, en ella se manifestó que se hacia en representación de ANA MARÍA ARROYO DE PEÑALOSA, y de los hechos claramente se desprende que la señora Arroyo de Peñalosa sufre de alzheimer y se encuentra inmovilizada dada su enfermedad y edad por lo que se encuentra imposibilitada para ejercer la acción de tutela, debido a las circunstancias físicas que padece, razón por la cual es admisible para esta judicatura que LEDIS MARIA PEÑALOZA ARROYO represente los intereses de su madre en calidad de agente oficioso. Por lo tanto, a juicio del despacho se reúne el requisito de legitimación en la causa por activa. En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, se tiene que es la entidad NUEVA EPS en su calidad de EPS, la encargada de prestar los servicios de salud a la señora ANA MARÍA ARROYO DE PEÑALOSA.

En cuanto al requisito de inmediatez en el proceso de marras se cumple, por cuanto, se está solicitando la protección del derecho a la salud y se acredita el padecimiento actual.

Ahora bien, dado el carácter subsidiario de la tutela, es necesario analizar si además de esta acción, la ley colombiana consagra otras herramientas jurídicas idóneas. De lo que se tiene que de los hechos narrados por el agente oficioso y las pruebas aportadas al plenario se infiere que finalmente lo que se pretende es que la entidad accionada proceda a realizar servicio de cuidador

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

24 horas en casa, cremas anti escaras y el suministro de pañales desechables, pañitos desechables y ENSURE para evitar un perjuicio irremediable.

Por lo tanto, este Despacho Judicial debe indicar que ciertamente, la acción de tutela resulta ser excepcionalmente aplicable, siempre y cuando observe el juzgador constitucional que en una situación en concreto se ha ocasionado a la parte actora un perjuicio irremediable, siendo entonces deber del juez de tutela dilucidar primordialmente la procedencia excepcional de este mecanismo jurídico, teniendo en cuenta que no existe otro mecanismo dentro del ordenamiento jurídico que resulte más idóneo para desplegar tal debate litigioso.

Como exigencia general de procedencia de la acción de tutela, conforme con el artículo 86 de la Carta y el Decreto 2591 de 1991, se destaca el carácter subsidiario del cual está revestida, y que, tal como lo ha expresado la Corte en varias de sus sentencias, autoriza su uso en alguna de las siguientes hipótesis: (i) cuando no exista otro medio de defensa judicial que permita resolver el conflicto relacionado con la supuesta vulneración de un derecho fundamental; o cuando, aun existiendo, (ii) dicho mecanismo no resulte eficaz e idóneo para la protección del derecho; o cuando, incluso, (iii) a pesar de brindar un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Para el despacho es claro que en el presente asunto lo que se pretende es la garantía del derecho a la salud de una persona de la tercera edad. Al respecto se tiene que la Corte Constitucional ha sido reiterativa en que “existen circunstancias que ameritan el suministro de un medicamento o la práctica de un tratamiento o intervención no POS, en aquellos eventos en los que dicha situación amenaza o vulnera la integridad personal y la vida en condiciones dignas y justas del paciente. Es necesario recordar que este Tribunal en abundante jurisprudencia ha estudiado el asunto del suministro de pañales desechables , bajo el entendido de que si bien no pueden entenderse strictu sensu como un servicio médico, se trata de un elemento indispensable para la salud, para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien lo requiere con urgencia, y debe ser facilitado aunque no allegue al expediente fórmula del médico tratante adscrito a la entidad que prescriba su suministro.”

“La Corte Constitucional considera que 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); (iii) que dependen totalmente de un tercero para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

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.

Ahora bien, en cuanto a los elementos no prescritos por el médico tratante, pero requeridos para la calidad de vida de la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante, al considerar que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.

En el presente asunto observa el despacho que en el caso en estudio la accionante es un sujeto de especial protección esto es un adulto mayor así mismo, que existe una notoriedad de su condición de conformidad con las fotografías anexas. Amen de lo anterior pues la encartada ya esta proporcionando dicha requerimiento.

En cuanto al ENSURE o suplemento dietario, como se evidencia que la accionante será atendida por Nutricionista, será dicha profesional quien determine la necesidad del mismo.

En cuanto a los paños húmedos y la crema anti escara si bien podría indicarse que los primeros estarían fuera de la cobertura del sistema , dado el principio de solidaridad y en atención a los condiciones de salud y económicas de la accionante se ordenará a la encartada que la accionante sea valorada por un medico adscrito a la entidad para que este determine la necesidad de los mismo. Resulta pertinente señalar que en cuanto a la situación económica de la agenciada, en el escrito de tutela se indica que no se cuenta con los recursos para asumir esos costos. Pues en relación con el suministro de elementos esenciales para llevar una vida en condiciones dignas, la Corte Constitucional ha indicado, además, que, en aras de la protección y la garantía efectiva del derecho a la salud, las personas que requieran con necesidad de estos insumos y elementos, que, aunque no sean medicamentos, deberán proveérsele por parte de la EPS, aunque tales servicios no se encuentren incluidos en el POS. Más aun cuando se trata de una persona de especial protección constitucional, que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, y pertenece a un grupo social vulnerable, frente al cual el constituyente adoptó la decisión de brindar un cuidado especial, que puede ser exigido a través de la acción constitucional.



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

Ante estas consideraciones y como quiera que se desconoce la necesidad de los mismos, haciendo uso de las facultades que tiene el juez constitucional, se procederá a ordenar a la NUEVA EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, realice todos los trámites conducentes para que se efectué una valoración a la señora ANA MARÍA ARROYO DE PEÑALOSA para definir la necesidad de los pañitos húmedos y la crema antipañalítica y en caso de que el galeno considere que son necesarios, deberá la EPS suministrárselos dentro de las 48 horas siguientes a dicha valoración, en la cantidad y con la periodicidad que el médico tratante adscrito a la entidad lo considere necesario. Aclárese bien, la orden que se imparte es para mejorar “la calidad de vida del paciente” y ayuden a su recuperación.

En lo que refiere al servicio de enfermería 24 horas se tiene que de conformidad con las normas y jurisprudencias anteriormente relacionadas la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, que debe ser asumido por las EPS siempre: (i) que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y (ii) que de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar³¹, en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud en virtud de la jurisprudencia no tiene la obligación de asumir dichos gastos³².

Y es que la Corte Constitucional ha sido reiterativa en señalar que “sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso”³³. Por ende, el juez de tutela no puede arrogarse las facultades de determinar la designación de servicios especializados en aspectos que le resultan por completo ajenos a su calidad de autoridad judicial, que, por la materia, están sujetos a la lex artis³⁴.

31 Sentencia T-226 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

32 Textualmente, el artículo en comento dispone que: “Atención domiciliaria. 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. PARÁGRAFO: En sustitución de la hospitalización institucional, conforme con la recomendación médica, las EPS o las entidades que hagan sus veces, serán responsables de garantizar que las condiciones en el domicilio para esta modalidad de atención, sean las adecuadas según lo dispuesto en las normas vigentes”..

33 Sentencia T-345 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa.

34 Sentencia T-226 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

Igualmente, la jurisprudencia ha diferenciado entre dos categorías diferentes, en atención al deber constitucional de proteger la dignidad humana: los servicios de enfermería y los de cuidador, en donde los primeros se proponen asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente y los segundos, se encuentran orientados a brindar el apoyo físico necesario para que una persona pueda desenvolverse en sociedad y realizar las actividades básicas requeridas para asegurarse una vida digna, en virtud del principio de solidaridad.

Y en sentencias como la T-154 de 2014 la Corte Constitucional determinó que el servicio de cuidador: (i) es prestado generalmente por personas no profesionales en el área de la salud; (ii) a veces los cuidadores son familiares, amigos o sujetos cercanos; (iii) es prestado de manera prioritaria, permanente y comprometida mediante el apoyo físico necesario para que la persona pueda realizar las actividades básicas y cotidianas, y aquellas que se deriven de la condición médica padecida que le permitan al afectado desenvolverse adecuadamente; y (iv) representa un apoyo emocional para quien lo recibe³⁵.

Y que, en virtud del principio de solidaridad, este apoyo necesario puede ser brindado por familiares, personas cercanas o un cuidador no profesional de la salud³⁶. Así mismo se ha indicado por dicha corporación que el servicio de cuidador no es una prestación calificada cuya finalidad última sea el restablecimiento de la salud de las personas, aunque sí es un servicio necesario para asegurar la calidad de vida de ellas. En consecuencia, responde al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho e impone al poder público y a los particulares, determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos³⁷. Ha destacado igualmente la Corte que, en el caso de los familiares, se trata de un cuidado y función, que debe ser brindado en primer lugar por estos actores, salvo que estas cargas resulten desproporcionadas para la garantía del mínimo vital de los integrantes de la familia. Es decir, el deber de cuidado a cargo de los familiares de quien padece graves afecciones de salud no puede atribuirse un alcance tal “que obligue a sus integrantes a abstenerse de trabajar y desempeñar las actividades que generen los ingresos económicos para el auto sostenimiento del núcleo familiar, pues esto a su vez comprometería el cuidado básico que requiere el paciente”³⁸.

En el mismo sentido, la Sentencia T-414 de 2016 de la Corte determinó que existen circunstancias excepcionalísimas en las que, a pesar de que las EPS no deben suministrar el servicio de cuidador en comento, se requiere en todo caso dicho servicio, y en consecuencia se debe

³⁵ Sentencia T-154 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁶ Sentencia T-226 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁷ Ibídem.

³⁸ Sentencia T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos. .



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

determinar detalladamente si puede ser proporcionado o no. Dichas circunstancias son: "(i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional de sus familiares, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente."39.

Ahora bien, de las pruebas arrojadas a la presente acción constitucional no se avizora el cumplimiento de los requisitos antes mencionados, toda vez que si bien se señala que el cuidador de la señora **ANA MARÍA ARROYO DE PEÑALOSA** es su hija y que la misma tiene problemas de salud no se acredita el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales de esta como consecuencia de su deber de cuidador así como tampoco se acredita que los requerimientos sobrepasen el apoyo físico y emocional de sus familiares, nótese que no se vislumbra que el agente oficioso se única hija del accionante y/ o que el o el resto de familiares se encuentre en imposibilidad para asumir la labor de cuidador por razones, físicas, medicas laborales o de otra índole, así las cosas dadas las condiciones excepcionalísimas de su amparo se negara la solicitud, no obstante lo anterior se haciendo uso de las facultades que tiene el juez constitucional, se procederá a ordenar a la NUEVA EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, realice todos los trámites conducentes para que se efectué una valoración por parte de un galeno adscrito a la entidad a la señora **ANA MARÍA ARROYO DE PEÑALOSA** a fin de determinar si requiere la atención domiciliaria y en caso afirmativo deberá la EPS suministrárselos dentro de las 48 horas siguientes a dicha valoración, en la cantidad y con la periodicidad que el médico tratante adscrito a la entidad lo considere necesario. Aclárese bien, la orden que se imparte es para mejorar "la calidad de vida del paciente" y ayuden a su recuperación

En virtud de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONCEDER el amparo solicitado por **ANA MARÍA ARROYO DE PEÑALOSA (CC 22.927.274)** contra **NUEVA EPS**, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00

SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, realice todos los trámites conducentes para que se efectué una valoración a la Señora **ANA MARÍA ARROYO DE PEÑALOSA** para definir la necesidad de los pañitos húmedos y la crema anti escaras y deberá la EPS suministrárselos dentro de las 48 horas siguientes a dicha valoración, en la cantidad y con la periodicidad que el médico tratante adscrito a la entidad lo considere necesario. Aclárese bien, la orden que se imparte es para mejorar “la calidad de vida del paciente” y ayuden a su recuperación.

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, realice todos los trámites conducentes para que se efectué una valoración por parte de un galeno adscrito a la entidad a la Señora **ANA MARÍA ARROYO DE PEÑALOSA** a fin de determinar si requiere la atención domiciliaria y en caso afirmativo deberá la EPS suministrárselos dentro de las 48 horas siguientes a dicha valoración, en la cantidad y con la periodicidad que el médico tratante adscrito a la entidad lo considere necesario. Aclárese bien, la orden que se imparte es para mejorar “la calidad de vida del paciente” y ayuden a su recuperación.

CUARTO: levántese la medida provisional.

QUINTO: NOTIFÍQUESE a las partes por el medio más idóneo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

SEXTO: ORDENAR, si este fallo no fuese impugnado, el envío del expediente dentro del término previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión

NOTIFÍQUESE

LINA MARIA HOYOS HORMECHEA

JUEZ

Njhp

Lina Maria Hoyos Hormechea

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SENTENCIA No.

Radicado No. 13001-31-05-007-2020-00215-00
Juez(a)

Juzgado De Circuito - Laboral 007 Cartagena

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

a01cc531f9789831bb2466d711b708ea0f28c14bbb149116232fdecf6f43838a

Documento firmado electrónicamente en 05-11-2020

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

**[https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Justicia21/Administracion/FirmaElectronica
/frmValidarFirmaElectronica.aspx](https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Justicia21/Administracion/FirmaElectronica/fmValidarFirmaElectronica.aspx)**