



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, Veinticinco (25) de Febrero de dos mil
Veinte (2020)

RAD: 20001 40 03 001 2019 00724 01 Acción de tutela de segunda instancia promovida por **ISELA MARIA GANDARA MESA** como agente oficiosa de **HUGO LEONEL GANDARA MARTINEZ** contra **SALUD TOTAL EPS**. Derecho fundamental la salud.

ASUNTO A TRATAR:

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionada, SALUD TOTAL EPS contra la sentencia de 15 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar, Cesar, dentro de la acción de tutela de la referencia.

HECHOS:

Como fundamento fáctico de la acción constitucional, el agente oficioso de la parte accionante adujo en síntesis, lo siguiente:

Su esposo y compañera permanente HUGO LEONEL GANDARA MARTINEZ, es un anciano de 71 años de edad, que se encuentra afiliado cotizante dentro del régimen contributivo.

Hugo Leonel en la actualidad padece de una patología progresiva denominada, en la cual tiene invalidado en el 100% de sus funciones físicas y motrices, es decir, tiene dificultad para la marcha, padece de trastorno de equilibrio, coordinación de lenguaje incoherente, cuadriparesia, trastorno de comportamiento, comportamiento agresivo permanente, le toca valerse de una silla de ruedas para ser trasladado, lo que obliga a prestarle todas las atenciones tales como bañarlo, vestirlo, sentarlo, acostarlo, suministrarle alimentos, medicamentos, cambiarle posición, manejarle sus excretas (orina, materia fecal) cambiarle pañales, limpiarlo, asearlo, trasladarlo a la silla, a la cama, en fin, pues, no para para hacerlo por sus propios medios.

En la actualidad su núcleo familiar está conformado por Hugo Leonel y la suscrita, pues, sus hijos se encuentran por fuera de la ciudad y no cuentan con ellos, son oriundo de Corozal, Sucre, pero residen en la Ciudad, además, los cuidados que Hugo Leonel requiere le toca brindárselos personalmente, pues, no cuentan con más nadie, por lo que requieren de una persona que se encargue de ayudar a Hugo,

con sus cuidados permanentes, dado a que es una persona de 62 años de edad, también se encuentra delicada de salud, ya que padece ROTO ESCOLIOSIS LUMBAR, ARTROSIS Y DISCOPATIA, lo que le impide levantar peso, adicional a eso, requiere permanentemente acudiendo a la EPS, radicando ordenes, solicitando autorizaciones, reclamando medicamento, no cuenta con los recursos económicos para pagar los servicios de una persona que les ayude a atender a Hugo, por razones que el salario mínimo que perciben producto de su pensión solo permite cubrir los gastos de manutención y medianamente lo que genera esta enfermedad.

Por otra parte tienen dificultad en la actualidad la EPS niega brindar la atención médica requerida mediante el servicio HOME CARE (Plan de atención domiciliaria) lo que agrava más aún más su situación por cuanto viven en el cuarto piso del Edificio Bermúdez, y no se cuenta con servicio de ascensor, por lo que le toca trasladarse hasta la EPS para recibir los servicios médicos, terapias físicas, terapias de lenguaje bajando y subiendo las escaleras, cargando a Hugo, pidiendo la colaboración de vecinos y del celador del edificio.

Frente a todo lo anterior, el 13 de mayo de 2019, solicitó a la EPS SALUD TOTAL le suministrara a Hugo Leonel el servicio de atención en casa, por lo que mediante escrito de calenda de 16 de mayo de 2019, se le informó que sería valora tal situación y posteriormente mediante escrito de fecha 28 de noviembre de 2019, (6 meses después) se le informó que no es posible suministrar lo solicitado, no obstante, nuevamente solicitó la prestación de ese servicio en virtud a que el neurólogo Jaime Riaño y el Psiquiatra consideró que le debía ser atendido en el domicilio.

A Hugo Leonel, le ordenaron ser internado en una unidad mental, no obstante, la Unidad Integral de Salud Mental (SION) se niega a recibirlo por cuanto el paciente no controla el esfínter.

PRETENSIONES:

En virtud de lo anterior, la parte accionante solicitó que se le tutelén los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se le ordene a SALUD TOTAL ESP, lo siguiente:

- 1.- El suministro en casa de los servicios médicos requeridos tales como terapias físicas, de lenguaje, exámenes médicos, muestras de laboratorio y demás según lo que se requiera.
- 2.- Suministrar un acompañamiento domiciliario mediante una persona idónea para realizar este servicio.
- 3.- El suministro de crema antipañalitis, pañales talle M, y alimento suplementario ENTEREX.

4.- El tratamiento integral que se necesario a fin de remediar la patología que padece y hasta cuando sea necesario en virtud a su estado de salud.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El *iudex a quo* finalmente con sentencia de 15 de enero de 2020, tuteló los derechos fundamentales a la salud de HUGO LEONEL GANDARA MARTINEZ conculcado por salud total EPS.

En consecuencia, ordenó al Representante Legal SALUD TOTAL EPS, que preste de manera efectiva al señor HUGO LEONELO GANDARA MARTINEZ, en razón de la patologías que presenta, DETERIORO COGNITIVO MAYOR CON CONDUCTAS DE AUTO Y HETEROAGREASIÓN DEMENCIA ALZHEIMER, AFASIA PROGRESIVA E INSOMNIO CRÓNICO, los servicios médicos por él requeridos en la cantidad y periodicidad que fue prescrita por su médico tratante, esto es, cuidador y periodicidad por 24 horas durante 90 días, terapias físicas 1 vez al día, 5 veces por semana, 20 veces al mes por 3 meses en domicilio, terapias de lenguaje 1 vez al día, 5 veces por semana, 20 veces al mes por 3 meses en domicilio, terapia por psicología familiar 15 sesiones en domicilio, pañales tipo slip, talla M 360 por 90 días, tal y como fue ordenado por su médico tratante en la cantidad y periodicidad prescrita, crema antipañalitis y el suplemento alimentario ENTEREX, en la cantidad y periodicidad prescrita, siempre que medie orden médica que así lo indique.

También le ordenó a SALUD TOTAL EPS, prestar de manera integral la atención en salud que requiere el señor HUGO LEONEL GANDARA MARTINEZ, respecto a la patología que soporta, esto es frente al DETERIORO COGNITIVO MAYOR CON CONDUCTAS DE AUTO Y HETEROAGRESIÓN DEMENCIA ALZHEIMER, AFASIA PROGRESIVA E INSOMNIO CRÓNICO, debiendo EPS SALUD TOTAL cubrir todos los procedimientos, citas médicas, medicamentos, práctica de exámenes de laboratorio en domicilio y demás que sean ordenados por su médico tratante, siempre que medie orden médica que así lo indique.

Al considerar que al analizar las pruebas como son las prescripciones médicas se constata que dichos servicios de salud son prescritos por su médico tratante, de tal modo que trascurrido un tiempo se halla prestado, de tal modo que lo concerniente es que se ordene a la entidad accionada que tome las medidas pertinentes con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Dentro del término legal, el accionado impugnó el fallo de primera instancia para manifestar lo siguiente:

Alega que el servicio de cuidador de 24 horas, es improcedente, toda vez que la asistencia puede y debe ser prestada por un familiar de la persona afectada, ya que para ejercer estas funciones no requiere el manejo de conocimientos especializados, ni profesionales; basta con el auxilio para acciones cotidianas tales como aseo personal, ayuda alimentación, acompañamiento, entre otras.

Con respecto a la crema antipañalitis, no tiene orden médica y desconociendo y desconociendo lo que se ha determinado en la jurisprudencia en salud, la cual ha versado que cuando una persona acude a la EPS para que ésta le suministre un servicio que requiere, o requiere con necesidad (dentro de los servicios se encuadran con medicamentos, remisiones, valoraciones, prestaciones etc) el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad, es que exista orden médica autorizando el servicio. Teniendo en cuenta lo anterior, de no mediar orden médica alguna, no resultaría procedente que el juez de tutela ordénese algún insumo, procedimiento o medicamento que el médico tratante de la persona no le ha formulado.

Argumenta que el protegido devenga bajo una suma por encima de Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, dentro de su núcleo primario y capacidad económica para asumir la responsabilidad y la solidaridad que les asiste frente a los servicios que no están cubiertos por el Plan de Beneficios de Salud, tales como acompañamiento.

Aducen que nos evidencia que la fecha se haya radicado orden médica, ni que los tratantes hayan prescritos autorización alguna para tal insumo, por lo que resulta improcedente conceder este punto. Así mismo, solicita la carencia de objeto por hecho superado relacionado unos servicios de salud que no tiene relación alguna con lo ordenado en el fallo de tutela. (Fol. 84 y 85).

En virtud de lo anterior, solicita admitir el recurso de impugnación, revocar y denegar la acción de tutela por no existir vulneración de derechos fundamentales, revocar y denegar la orden de salud total EPS, preste servicio de acompañamiento 24 H, toda vez que el servicio puede ser prestado por sus familiares al principio solidaridad familiar, requerir a la familia del protegido para que cumpla con su responsabilidad parental, revocar y denegar la crema antipañalitis, revocar y denegar el tratamiento integral y por último, piden facultad de recobro que le asiste ante el ADRES.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

Reiteradamente han venido sosteniendo los Jueces y Tribunales que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Magna y desarrollada por el Decreto 2591 del 91, es un mecanismo judicial

6

de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados generalmente, por autoridad pública o de un particular en los términos que señala la ley. Se trata de una acción que presenta como características fundamentales la de ser un mecanismo inmediato o directo para la debida protección del derecho constitucional fundamental violado; y la de ser subsidiaria, esto es, que su implantación solamente resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial.

De lo anterior se colige que la acción de tutela sólo procede para amparar derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o en casos especiales por particulares, cuando estos tengan entre sus funciones la prestación de servicios públicos o cuando entre accionante y accionado exista una relación de subordinación o indefensión.

De acuerdo con la impugnación promovida, el problema jurídico a resolver se reduce a establecer, ¿si la decisión de primera instancia está ajustada a derecho para conceder el amparo a los derechos fundamentales a HUGO LEONEL GANDARA MARTINEZ?

La Alta Corporación guardiana de la constitución, ha manifestado en Sentencia T-519/14, lo siguiente:

“preciso resaltar que varios de los casos anteriormente enunciados, comparten situaciones comunes: primero, el médico tratante formuló un medicamento o tratamiento que se requería para garantizar la vida digna e integridad física de los accionantes; segundo, las entidades prestadoras de salud se negaron a suministrarlo debido a que no se encontraba contemplado en la lista del Plan Obligatorio de Salud; y tercero, los actores alegaron no tener la capacidad económica suficiente para acceder por ellos mismos a lo prescrito por el médico”.

Sobre la base de aquellas situaciones la Corte construyó, con el paso del tiempo, criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señaló los siguientes:

“a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la

Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante".

"Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio **"requerir con necesidad"**, que antes de la sentencia T-760 de 2008, no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era "requerido" por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente, y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de "necesidad" del paciente".

Posteriormente, la Corte aclaró que "requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará, "requerir con necesidad". En ella, aclaró el concepto de **"requerir"** y el de **"necesidad"**. Respecto al primero señaló que se concretaba en que "a) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y c) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Sobre el segundo dijo que (...) alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadoras), y adicionalmente, no puede acceder a lo ordenado por su médico tratante a través de otro plan distinto que lo beneficie."

"El criterio de la necesidad acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la **sentencia T-760 de 2008**, adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional. A ello se refirió este Tribunal cuando precisó que:

"toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona."

Del suministro de servicios no POS y de pañales desechables sin orden médica - Sentencia T-226/15:

En varias oportunidades esta Corporación ha manifestado que, por regla general, cuando una prestación se encuentra excluida del plan de coberturas, el usuario deberá adquirirla con cargo a su propio peculio, pues de esta manera se asegura el equilibrio financiero del sistema. Sin embargo, la jurisprudencia de este Tribunal también ha inaplicado dicha regulación y ha ordenado la entrega de servicios por fuera del POS, cuando su falta de reconocimiento por parte de una entidad promotora de salud tiene la entidad suficiente de comprometer la eficacia y la

intangibilidad de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema, en respuesta básicamente al criterio de necesidad.

Precisamente, en la **Sentencia T-760 de 2008**, se señaló que: *"toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo"*, siempre que la persona no tenga la capacidad económica para asumir su costo.

Para determinar aquellos casos concretos en los que la entidad promotora de salud deberá otorgar la prestación requerida, aun cuando se encuentre excluida del POS, esta Corporación ha establecido los siguientes requisitos, los cuales, como ya se dijo, fueron igualmente reiterados en la reciente **Sentencia C-313 de 2014**:

- "(i) [Que] la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;
- (ii) [Que] el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;
- (iii) [Que] el interesado no pueda costearlo directamente, (...) y [que] no pueda acceder a [dicho] servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y
- (iv) [Que] el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio".

Por lo demás, en lo que respecta al suministro de pañales desechables, la Corte ha indicado que por tratarse de un servicio expresamente excluido del POS, es necesario que se acrediten los requisitos previamente expuestos. No obstante, en algunos casos excepcionales, se ha ordenado su entrega sin prescripción médica, cuando las circunstancias ameritan que se autorice su suministro, siempre que se cumplan con estos dos requisitos:

- (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.

En consecuencia, en aras de garantizar el derecho a la vida digna de los pacientes que demandan el suministro de pañales desechables, se ha autorizado excepcionalmente su entrega sin orden médica, cuando la persona padece de alguna enfermedad que evidencie la necesidad de su suministro y el solicitante y su familia se encuentran en condiciones económicas precarias, con miras a poder sufragar su costo".

Al respecto, La Corte¹ ha dicho:

"... (ii) La falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no pueden acceder por incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-781 del 8 de noviembre de 2013, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios."

**Especial protección constitucional de los adultos mayores.
Reiteración de Jurisprudencia - Sentencia T-252/17:**

Los adultos mayores son un grupo vulnerable, por ello han sido catalogados como sujetos de especial protección constitucional en múltiples sentencias de esta Corporación. Desde el punto de vista teórico, esto puede obedecer a los tipos de opresión, maltrato o abandono a los que puede llegar a estar sometida la población mayor, dadas las condiciones, físicas, económicas o sociológicas, que la diferencian de los otros tipos de colectivos o sujetos.

En el texto "*La Justicia y la Política de la Diferencia*", de Iris Marion Young, se establece que "*la gente oprimida sufre en sus facultades para desarrollar y ejercer sus capacidades y expresar sus necesidades, pensamientos y sentimientos*". Es decir, que la opresión tiene un significado estructural, que puede observarse en impedimentos sistemáticos que soporta un determinado grupo. Lo anterior implica que las desventajas e injusticias que sufren algunas personas, se deben a "*las prácticas cotidianas de una bien intencionada sociedad liberal*".

Dicha sistematicidad trae como consecuencia que las instituciones contribuyan diariamente a mantener y reproducir estas estructuras, pero lo más grave es que este fenómeno puede tornarse inconsciente, ya que las causas de la opresión "*están insertas en normas, hábitos y símbolos que no se cuestionan, en los presupuestos que subyacen a las reglas institucionales y en las consecuencias colectivas de seguir esas reglas*". Es por esto que los derechos de ciertas personas y grupos se ven constantemente vulnerados, no sólo por agentes estatales sino por los sujetos sociales, y es por ello también que las políticas encaminadas a su protección deben: (i) ser estructurales; (ii) atravesar múltiples ámbitos y (iii) buscar no sólo la atención a las personas oprimidas, sino también la concientización al resto de la sociedad, para así asegurar que en un Estado Social y Democrático de Derecho todos tengan una vida digna.

En el texto indicado, Young trae cinco formas en las que un grupo puede ser oprimido, estas son: la explotación, la marginación, la carencia de poder, la violencia y el imperialismo cultural. En el caso de la marginación, la autora plantea que "*las personas marginales son aquéllas a las que el sistema de trabajo no puede o no quiere usar*". Un claro ejemplo de lo anterior son los adultos mayores, esto porque al llegar a cierta edad ven la imposibilidad de conseguir un empleo digno y estable, de forma tal que deben contar con una pensión o recurrir al apoyo familiar, o asistencia social y del Estado, para suplir sus necesidades. Sin embargo, estos soportes no siempre se dan, haciendo que muchos miembros de este grupo se encuentren en situación de miseria.

En relación con la carencia de poder, esta se refiere a la no participación en la toma de decisiones que afectan las condiciones de vida de los sujetos y sus acciones mismas, así como en la dificultad para acceder a los beneficios que el ordenamiento jurídico prevé, como los referidos al derecho a la salud. En el caso de las personas mayores, estas carecen de poder en varios sentidos debido a que necesitan de: (i) poder económico, porque ya no pertenecen al sistema de producción; (ii) independencia, ya que entran a depender de sus familiares; y (iii) autonomía, reflejada en que el destino de sus vidas no requiere de su exclusiva decisión, sino que deben acudir y esperar la voluntad de otros para poder alcanzar ciertos objetivos.

8

Ahora bien, al observar el ordenamiento jurídico, la Constitución en sus artículos 13° y 46°, contempla la especial protección del Estado y la sociedad a las personas mayores, de acuerdo con el principio de solidaridad y los preceptos del Estado Social de Derecho que inspiran el ordenamiento superior. En especial, el artículo 46° pone en cabeza de las familias, la sociedad y el Estado mismo unos deberes de protección y asistencia en favor de los adultos mayores, que conlleven su integración en la vida comunitaria. Dicho precepto constitucional indica que:

*"Artículo 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de **las personas de la tercera edad** y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. || El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia" (Negrillas fuera de texto original).*

En razón de tal disposición constitucional este Tribunal indicó en la sentencia C-503 de 2014 que *"el Estado debe propender por el cuidado de la vejez como parte del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales. Ello por cuanto a pesar de existir un especial deber de solidaridad en cabeza de la familia, el artículo 46 habla de una responsabilidad concurrente, y por tanto, el Estado no sólo puede sino que debe contar con una política pública de cuidado, protección e integración del adulto mayor, y adoptar las respectivas medidas para implementarlas"*.

La Corte ha valorado la edad como factor de vulneración para establecer la procedencia de la acción de tutela en materia pensional, por cuanto ha estimado que los adultos mayores se encuentran en una posición de debilidad e indefensión, en tanto se encuentran limitadas para obtener ingresos económicos que les permitan disfrutar de una vida digna. Asimismo, tal estado de vida se ve acrecentado por otros factores que esta Corte ha resaltado:

"Empero, es claro que esa protección deriva del deterioro natural de las funciones básicas del ser humano, que sobrevienen con el paso de los años, y que se hacen notorias en unas personas, más que en otras. Ello, trae como consecuencia inexorable que, conforme avance el tiempo, será cada vez más difícil para ellas acceder al mercado laboral, o desarrollar alguna actividad de la cual puedan derivar su sustento. Por eso, la especial protección del Estado hacia esa población no debe abordarse tomando como factor exclusivo la edad a partir de la cual, constitucionalmente, se habla de adulto mayor, sino que debe hacerse a partir del análisis holístico del conjunto de elementos que definen su contexto real, pues, "la omisión de proporcionar especial amparo a las personas colocadas en situación de indefensión bien sea por razones económicas, físicas o mentales puede incluso equipararse a una medida discriminatoria"

Así las cosas, es indispensable otorgar a los adultos mayores un trato preferente para evitar la posible vulneración de sus derechos fundamentales. Acorde con lo expuesto por este Tribunal, cuando estas personas sobrepasan el índice de promedio de vida de los colombianos y no tienen otro medio distinto eficaz, es la acción de tutela la idónea para obtener la efectividad de sus derechos, como se explicó en el acápite anterior.

Lo anterior, en razón a que no se puede desconocer los constantes inconvenientes que tienen que afrontar las personas de edad avanzada cuyas condiciones físicas: (i) les impiden trabajar, (ii) les ocasiona restricciones originadas en las prohibiciones legales que hacen obligatorio el retiro forzoso de su trabajo al arribar a cierta edad, y

en consecuencia, (iii) los inhabilita para poder proveerse sus propios gastos.

En consecuencia, si bien uno de los mayores logros de la humanidad ha sido ampliar la esperanza de vida, esto no se ve reflejado en la calidad de vida de las personas mayores. Por el contrario, se evidencia una mayor exclusión del tejido social, debido en gran parte a prejuicios derivados de su edad y su presunta incapacidad para realizar diferentes tareas. En este sentido, la Corte ha manifestado:

"Desde luego, así como no puede confundirse vejez con enfermedad o con pérdida de las capacidades para aportar a la sociedad elementos valiosos de convivencia, tampoco puede perderse de vista que muchas de las personas adultas mayores se enfrentan con el correr de los años a circunstancias de debilidad por causa del deterioro de su salud, motivo por el cual merecen estas personas una protección especial de parte del Estado, de la sociedad y de la familia, tal como lo establece el artículo 46 de la Constitución Nacional."

Por este motivo, es fundamental que se otorgue un trato preferencial a las personas mayores, con el fin de evitar posibles vulneraciones a sus derechos fundamentales y para garantizar la igualdad efectiva. Por ello, resulta indispensable que el Estado asuma las medidas necesarias para proteger a este grupo frente a las omisiones o acciones que puedan generar violación de sus derechos, obrando incluso sobre consideraciones meramente formales. En el mismo sentido, es importante que se generen espacios de participación en los que las personas mayores puedan sentirse incluidas dentro de la sociedad y puedan valorarse sus contribuciones a la misma. Es así como la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que:

"Reconoce la misma jurisprudencia que "la tercera edad apareja ciertos riesgos de carácter especial que se ciernen sobre la salud de las personas y que deben ser considerados por el Estado Social de Derecho con el fin de brindar una protección integral del derecho a la salud, que en tal contexto constituye un derecho fundamental autónomo". Y si bien, "no puede confundirse vejez con enfermedad o con pérdida de las capacidades para aportar a la sociedad elementos valiosos de convivencia, tampoco puede perderse de vista que muchas de las personas adultas mayores se enfrentan con el correr de los años a circunstancias de debilidad por causa del deterioro de su salud, motivo por el cual merecen estas personas una protección especial de parte del Estado, de la sociedad y de la familia, tal como lo establece el artículo 46 de la Constitución Nacional".

Por tales razones, la Corte itera que los adultos mayores no pueden ser discriminados ni marginados en razón de su edad, pues además de transgredir sus derechos fundamentales, se priva a la sociedad de contar con su experiencia de manera enriquecedora."

Deberes del Estado en relación con los adultos mayores - Sentencia T-252/17:

Bajo ese entendido, el Estado adquiere el deber de implementar medidas que impliquen una verdadera materialización de los derechos radicados en cabeza de las personas de la tercera edad, para que puedan llevar una vida digna al estar reconocidos como sujetos de especial protección constitucional. De igual manera, conforme con el artículo 46 precitado, el principio de solidaridad respecto de este grupo de personas es de mayor exigencia, haciendo un llamado en primera medida a la familia y, en subsidio, a la sociedad y a los entes estatales, a hacer efectivo el amparo reforzado del cual deben ser beneficiarios.

9

Se ha señalado entonces, que cuando por situaciones naturales de la edad la persona se ve disminuida en sus capacidades físicas y mentales, es en principio la familia quien debe entrar a proteger al adulto mayor y procurar que pueda llevar una vida digna. Sin embargo, este deber de solidaridad de los familiares no es absoluto pues, en ocasiones, los integrantes de su núcleo se encuentran en imposibilidad de proveer este auxilio por factores económicos, de salud o incluso de edad, motivo por el cual, el Estado debe intervenir para evitar la desprotección de las personas de la tercera edad".

SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO

Para comenzar, la repuesta al problema jurídico es de carácter positivo dado a que HUGO LEONEL GANDARA MARTINEZ, es una persona de 71 años de edad, con diagnóstico de DETERIORO COGNITIVO MAYOR, DEMENCIA TIPO ALZHEIMER y AFASIA PRIMARIA PROGRESIVA, lo cual indica que es una persona adulta mayor, sus condiciones físicas, mentales y psíquicas se haya en una condición vulnerable por su estado de salud, por lo tanto, los servicios de salud deben ser garantizados de manera oportuna, puesto que la negación de los mismos, coloca en riesgo su estado de salud, inclusive, su vida.

Como fundamento a la repuesta al problema jurídico, tenemos que el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud, con el establecimiento de políticas para la prestación del servicio y el ejercicio de una vigilancia y control de las mismas. De ahí que el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho subjetivo fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad el Estado.

En principio, "se consideró que el alcance del derecho a la salud se limitaba a su órbita prestacional, de ahí que su materialización era programática y progresiva y su desarrollo dependía de las políticas públicas implementadas para su ejecución a través de actos legislativos o administrativos. Posteriormente, fue reconocido jurisprudencialmente como un derecho fundamental cuando su amenaza o vulneración afecta otras garantías superiores como la vida. A continuación, se determinó que todos los derechos de la Carta son fundamentales al conectarse con los valores cuya protección, el legislador primario, pretendió elevar "a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución".

Además, mediante la **Sentencia T-760 de 2008**, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo "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." Por su parte el legislador mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015., en su artículo 2° reconoció que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

Así entonces, la salud al ser un derecho fundamental, puede ser protegido mediante la acción de tutela cuando resulte amenazado o

vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los afectados son sujetos de especial protección constitucional.

Posteriormente, el artículo 8° de la Ley 1751 de 2015 señaló la necesidad de garantizar el tratamiento integral a quienes, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, les hubiese sido negado el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye suministrar *"todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no"*. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir *"prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad"*.

El tratamiento integral implica la obligación de no fraccionar la prestación del servicio, por lo que está conexo con el principio de continuidad, que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, obliga a prestar los servicios de salud de modo adecuado e ininterrumpido. Para tal efecto, las entidades de salud deben actuar con sujeción al principio de solidaridad, de modo que los trámites administrativos no sean un obstáculo en la prestación de sus servicios y los mismos sean brindados de forma coordinada y armónica.

Por tanto, es deber del Estado y de las entidades prestadoras del servicio público de salud asegurarles a los afiliados al sistema la continuidad en el tratamiento, cuidado y manejo de su enfermedad, siempre y cuando, con su retiro, se ponga en riesgo su calidad de vida e integridad. Además, la protección referida se refuerza en el principio de integralidad que enmarca el sistema y que supone que a los pacientes se les debe brindar la totalidad del tratamiento médico que demande su patología, en la buena fe, en la confianza legítima y en la eficiencia².

Bajo la misma línea, el literal f) del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, establece que el Estado está en la obligación de implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral de los derechos consagrados en la Carta Política para las niñas, niños y adolescentes. Estas medidas deben encontrarse formuladas por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años. A su vez, el artículo 11 de la referida ley reconoce como sujetos de especial protección a los niños, niñas y adolescentes, mujeres embarazadas, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, **adultos mayores, personas que padecen enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, cuya atención no podrá ser limitada o restringida por razones de naturaleza administrativa o económica**³.

Descendiendo al caso concreto tenemos probado que **(i)** HUGO MANUEL GANDARA MARTINEZ, tiene 71 años de edad, que **(ii)** tiene diagnosticado DETERIORO COGNITIVO MAYOR, DEMENCIA TIPO ALZHEIMER y AFASIA PRIMARIA PROGRESIVA, que **(iii)** le prescribieron terapia por psicología familiar 15 sesiones en domicilio, internación

² Sentencia T - 016 de 2017.

³ Sentencia T - 196 de 2018.

10

Unidad mental, terapia física 1 vez al día, 5 veces por semana, 20 veces al mes por 3 meses, en domicilio, terapia de lenguaje 1 vez al día, 5 veces por semana, 20 veces al mes por 3 meses, en domicilio, pañales tipo slip talla M, usar 4 pañales al día, cantidad 360, formula por 90 días, terapia física 1 vez al día, 5 veces por semana, 20 veces por semanas, 20 veces al mes por 3 meses, en domicilio, (v) que la compañera permanente la señora GISELA GANDARA MEZA, tiene 62 años de edad (Fol. 31) que, (vi) que le recomendaron no levantar pesos mayores a 10 kilos, por dolor dorsal y dolor lumbar, que (vii) a GISELA le diagnosticaron SS TEST DE ESCOLIOSIS, que (viii) y le ordenaron a HUHO LEONEL GANDARA MARTINEZ, cuidador primario por 24 horas durante 90 días. (Fol. 38)

Así entonces, razón le asiste al juez fallador al conceder al amparo a los derechos fundamentales al agenciado referido, puesto que SALUD TOTAL EPS, no acreditó haber autorizado los servicios de salud que requiere con necesidad y que son ordenados por su médico tratante, adscrito a la EPS SALUD TOTAL, tal conducta conlleva a concluir que existe vulneración a los derechos fundamentales constitucionales protegidos dentro del presente juicio constitucional, además, la patología diagnosticada al actor se percibe que no tener los servicios de salud oportunamente, le entorpece el disfrute de tener un buen estado de salud y vida digna.

Ahondando, no es de recibo que SALUD TOTAL EPS, coloque obstáculo para autorizar los servicios de salud al accionante, que es una personas de 71 años de edad y tiene una enfermedad como el ALZHEIMER, es decir, su condición física por su edad, y mental, no es normal, pues, según los hechos de la tutela, el agente oficioso indica que su esposo no se da para puede realizar sus necesidades básicas de aseo personal, inclusive, no puede caminar solo, por lo tanto, le toca que apoyarlo con su fuerza para ayudarle a sus necesidades.

Ahora, atendiendo los argumentos de la EPS SALUD TOTAL EPS, cual indica que el cuidado primario le corresponde el primer lugar a la familia, hecho este que está desvirtuado primero que todo el servicio de salud está ordenado por su médico tratante, perteneciente a la red prestadores de salud de la EPS, el cual no fue reputado por la misma y, segundo, según los hechos del libelo de tutela, la esposa del agenciado es una señora de 62 años de edad, con problemas de salud, no puede alzar peso superior a 10 kilos, y los hijos no viven con ellos, incluso, no cuenta con los recursos económicos para pagar a una persona que los ayude, puesto que el salario que perciben solo alcanza para cubrir los gatos de manutención y mediamente los que genera la enfermedad.

En este orden de ideas, los argumentos del escrito de impugnación, alegar que el agenciado cuenta con los recursos económicos para sufragar los servicios de salud ordenados, con

IBC de 1682006, suma esta que para este juez de tutela considera que es irrisoria, pues, no se puede desconocer que el principal objetivo del salario es satisfacer las necesidades básicas, es decir, tener para su mínimo vital, máxime que de allí, salen los gastos para algunas cosas que ocasiona la enfermedad, tal como lo puntualizó la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-685 de 2012.

Con respecto a la crema antipañalitis y pañales slip talla M, SALUD TOTAL EPS, miente al manifestar que no están soportado por orden médica, cuando a todas luces se vislumbra dentro del presente juicio constitucional la prescripción médica por parte del Dr. JAIME ALFONSO RIAÑO GOMEZ, médico tratante, adscrito a la entidad accionada, hecho que no fue desvirtuado por la ésta, además, la jurisprudencia citada ha establecido ciertos insumos como pañales y cremas cuando el juez de tutela observe la necesidad del servicio tiene facultad para ordenar que se le autoricen, pues, se trata de garantizar el goce y disfrute de los derechos constitucionales del actor.

Con relación al tratamiento integral, la jurisprudencia ha sostenido que tratándose de atención integral, si bien es cierto, no se puede emitir ordenes de hechos futuros e inciertos, no es menos cierto, que cuando se acredite la vulneración del derecho fundamental y tratándose de adulto mayores y en condiciones de debilidad manifiesta, es dable que se emita un orden de atención integral, así como lo establece la jurisprudencia:

Al respecto, la Sentencia T-531 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, expuso lo siguiente:

"Así, esta Corporación ha dispuesto que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios.

Finalmente, resulta pertinente destacar que para el recobro -cuando hay lugar a él, existe un trámite de orden administrativo, por lo que no es obligatorio para el juez de tutela ordenarlo en la sentencia que concede el amparo⁴. De manera que, este mecanismo de protección constitucional no tiene por fin obviar el trámite legal administrativo de cobro que deben hacer las EPS y EPSS, a la Secretaría de Salud Departamental, ni al Fosyga y/o ADRES cuando tengan derecho a éste, empero no es del resorte del fallador constitucional disponerlo así en la resolución del caso, por lo tanto se negara dicha pretensión.

En este orden de ideas, se comparte íntegramente los argumentos de la sentencia de primera instancia y se procede a su confirmación.

⁴ Corte Constitucional Sentencia T-760 de 2008.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 15 de Enero de 2020, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal En Oralidad de Valledupar, Cesar, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes de esta providencia por el medio más expedito.

TERCERO: En consecuencia, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GERMÁN DAZA ARIZA

Juez.

