



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

Valledupar, Cesar, Seis (06) de Octubre de dos mil Veinte
(2020)

RAD: 20001-40-03-003-2020-00195-01. Acción de tutela de segunda instancia promovida por **ANA MERCEDEZ ROBLES** contra **ASMET SALUD EPS**. Derecho fundamental la **salud**.

ASUNTO A TRATAR:

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionante ANA MERCEDEZ ROBLES y la parte accionada ASMET SALUD EPS contra la sentencia del 12 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Valledupar, Cesar, dentro de la acción de tutela de la referencia.

HECHOS:

Como fundamento fáctico de la acción constitucional la parte accionante actuando en nombre propio adujo en síntesis, lo siguiente:

A la fecha se encuentra afiliada en el sistema de seguridad social, Régimen subsidiado en el ASMET SALUD EPS, En el Municipio de Aguachica, Cesar.

Padece de (DX: ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA, HIPERTENSIÓN ARTERIAL, DESNUTRICION PROTEICO CALORICA MODERADA, de conformidad al criterio médico por Dr. José Antonio Álvarez Chacón (Medico General), razón por la cual ordena a su favor CONTINUAR CON CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS y PAÑITOS HÚMEDOS PAQUETE X 100 UNIDADES#6 / 3 MESES, servicio del cual fue solicitado a la EPS y como respuesta niega la prestación del servicio arguyendo que el mismo es considerado una EXCLUSION del Plan Obligatorio de Salud POS.

PRETENSIONES:

En virtud de lo anterior, la parte accionante solicita se le amparen sus derechos fundamentales a la salud y dignidad humana.

En consecuencia de lo anterior, se ORDENE a ASMET SALUD EPS SAS, autorice el servicio de CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS y PAÑITOS HÚMEDOS PAQUETE X 100 UNIDADES#6 / 3 MESES y la entrega y suministro de Medicamento, exámenes, procedimientos o cualquier otro servicio médico como consecuencia de la patología que padezco y que en adelante, preste, atienda y suministre de manera integral, continúa, suficiente, oportuna todos y cada uno de los servicios

ordenados por su galeno tratante y se la exoneren de copagos por cualquier condición servicio de salud.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El *iudex a quo* finalmente con sentencia de 12 de Agosto de 2020, tuteló el derecho fundamental a ANA MERCEDES ROBLES.

En consecuencia, ordenó al Representante Legal de ASMET SALUD EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la providencia, en caso de no haberlo hecho, autorice y materialice la entrega a la señora ANA MERCEDES ROBLES de los PAÑITOS HÚMEDOS solicitados, en la cantidad y periodicidad ordenada y justificada por su médico tratante con ocasión a las enfermedades que padece DX: ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA, HIPERTENSIÓN ARTERIAL, DESNUTRICION PROTEICO CALORICA MODERADA, conforme a lo expuesto en la presente sentencia y negó las demás pretensiones de la acción de tutela.

Al considerar, que la parta actoras es un sujeto de especial protección constitucional por su avanzada edad y la situación de discapacidad que presentaba, lo que hacía que su condición de salud fuera frágil y permitiera la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad sobre la exclusión establecida en el ítem 42 del Anexo Técnico de la Resolución 5267 de 2017, referente a toallas higiénicas, pañitos húmedos, papel higiénico e insumos de aseo.

Con relación al cuidador 24 horas, en el caso no se hallan reunidos los requisitos previstos por la Corte, pues se solicita un servicio que en principio debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, y en esa ocasión no se encuentra acreditado que el núcleo familiar de la paciente se encuentre materialmente imposibilitado para el efecto, por lo que no se avizoran motivos para entrar a trasladar dicha obligación al Estado.

Concluye, que el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

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

LA PARTE ACCIONADA:

Argumenta, que el servicio de PAÑITOS HUMEDOS, no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud-Subsidiado POS-S, debiendo ser asumido por la entidad que legalmente obligada, en ese caso la Administradora del Sistema de Recursos de Seguridad Social en Salud (ADRES).

Indica que no le asiste no le asiste obligación legal a ASMET SALUD SAS de garantizar tanto patología como procedimientos requeridos

por la accionante, en virtud a que su patología se encuentra por fuera del contenido del POS-S. En otras palabras, el servicio de salud solicitado por la accionante, ya no corresponde cubrirlo a la EPS-S con cargo a los recursos del subsidio a la demanda, por lo tanto, la ley 715 de 2001, lo considerará persona pobre y vulnerable en lo no cubierto con los subsidios a la demanda, y como tal, deberá acudir ante el ente territorial para que le proporcione los servicios de salud solicitados, a través de los recursos del subsidio a la oferta.

En virtud de lo anterior, solicita revocar el fallo de tutela y en consecuencia, concede la Tutela impetrada por ANA MERCEDES ROBLES, y por tanto ORDENAR a la Administradora del Sistema de Recursos de Seguridad Social en Salud (ADRES), que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la sentencia ordene la entrega de PAÑITOS HUMEDOS.

Como pretensión subsidiaria, solicita en caso de no acceder a la anterior petición: MODIFICAR el fallo impugnado, en el sentido de autorizar a "ASMET SALUD" EPS SAS - Conforme a lo expuesto en la Resolución 41656 de 2019, expedida por la Administradora del Sistema de Recursos de Seguridad Social en Salud (ADRES), RECOBRAR en un 100% los servicios EXCLUIDOS DEL POS que se erogen como consecuencia del cumplimiento al referido fallo de tutela.

LA PARTA ACCIONANTE:

Argumenta, que es una persona de escasos recursos la cual no cuenta con un ingreso económico fijo ni tampoco con la ayuda o beneficio por parte del Gobierno Nacional; actualmente se encuentra en estado de vulnerabilidad dada su edad y condición patológica, lo que se lleva a depender totalmente de una tercera persona quien atienda sus cuidados y necesidades que por sí sola no puede desarrollar, en vista de ello el Dr. Juan David Olarte considera que requiere atención por parte de un CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS, servicio que se encuentra expresamente detallado en la orden médica de fecha 15 de Julio de 2020.

Alega, que actualmente se encuentra conviviendo con su hija la cual desarrolla las labores como ama de casa, lo que le impide su cuidado y atención con respecto al suministro de medicamentos e instalación de la cánula de oxígeno de la cual dependo para sobrevivir, aclarando que de igual forma su apoyo económico proviene del desarrollo de su labor, motivo suficiente para considerar que su hija no puede renunciar a su trabajo para ejercer los cuidados de un cuidador domiciliario 24 horas, no cuenta con un familiar que se dedique a su cuidado por 24 horas, situación que pone en riesgo su condición actual de salud considerando que actualmente se encuentra dependiendo del suministro de oxígeno y medicamentos, labor que requiere de cuidados propiamente del sector salud y no de un familiar.

En virtud de lo anterior, solicita revocar el numeral tercero del fallo de tutela y en consecuencia, ordenar el servicio de CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS.

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 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, surgen dos problemas jurídicos a resolver:

El primer problema jurídico a resolver se reduce a establecer, ¿si decisión del juez de primera instancia está ajustada a los lineamientos normativos y jurisprudenciales vigentes para conceder el amparo a los derechos fundamentales a la actora o contrario sensu le asiste la razón a la parte impugnante?

El segundo problema jurídico radica en determinar, ¿si la señora ANA MERCEDES ROBLES, cumple con los requisitos jurisprudenciales para ordenar un CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS, ordenado por su médico tratante?

Primero que todo procedemos a resolver los problema jurídicos formulados en su orden, como se plantearon.

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL AL PRIMER PROBLEMA JURIDICO PLANTEADO:

El concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud - Reiteración de Jurisprudencia - Sentencia T-345/13:

En múltiples ocasiones, diferentes Salas de Revisión de esta Corporación han señalado que los usuarios del Sistema de Salud tienen el derecho constitucional a que se les garantice el acceso efectivo a los servicios médicos necesarios e indispensables para tratar sus enfermedades, recuperar su salud y resguardar su dignidad humana. Esto fue recogido por la **sentencia T-760 de 2008** en la regla: *toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, EPS, autorice el acceso a los servicios que requiere, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud'*, pues lo que realmente interesa es si de aquel depende la dignidad y la integridad del peticionario y si el servicio ha sido ordenado por el médico tratante.

En esta línea, la Corte ha resaltado que en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una

persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, *prima facie*, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente.

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.

Adicionalmente, 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."

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".

Sobre el tema la Corte Constitucional se ha pronunciado en Sentencia T-510/13, la cual ha manifestado lo siguiente:

Los derechos de las personas en situación de discapacidad a la seguridad social, la salud y la vida en condiciones dignas:

"En múltiples pronunciamientos esta corporación ha analizado la seguridad social y la salud, particularmente a partir de lo estatuido en los artículos 48 y 49 superiores, catalogados en el acápite de los derechos sociales, económicos y culturales; no obstante, a la salud, como parte fundamental de la seguridad social, se le ha reconocido expresamente su carácter de derecho fundamental en sí mismo, ubicado como un mandato cardinal del Estado social de derecho.

Así, se ha ensamblado un sistema conformado por entidades y procedimientos dirigidos a procurar una cobertura general, ante las contingencias que puedan afectar el bienestar orgánico y psíquico de los seres humanos, que se erige y garantiza con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, buena fe, continuidad y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados¹.

En virtud de ello, la Corte Constitucional ha asumido que la acción de tutela es un medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir judicialmente respeto al derecho a la salud, especialmente frente a grupos poblacionales que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta (inciso final art. 13 Const.), entre los que están los menores de edad, cuyos derechos tienen preeminencia (art. 44 ib.) y las personas en situación de discapacidad. De tal manera ha indicado²:

"El criterio anterior ha sido complementado y precisado por la propia jurisprudencia, en el sentido de señalar que, tratándose de personas que por sus condiciones de debilidad manifiesta son sujeto de especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47), la salud tiene el alcance de un derecho fundamental autónomo, sin que surja la necesidad de demostrar conexidad alguna con otros derechos de tal rango, para efectos de disponer su protección constitucional a través de la acción de tutela."

Ese enfoque fue posteriormente desarrollado en términos como los siguientes³:

"... la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando pelagra la vida como mera existencia, sino que

¹ T-128 de febrero 14 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

² T-420 de mayo 24 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

³ T-144 de febrero 15 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández

ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas...⁴

En conclusión, la Corte ha señalado que todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales."

Bajo ese entendido, el ámbito de protección al derecho a la salud no solo cubre la garantía de la mera existencia física de la persona, sino que se proyecta a la parte psíquica y afectiva del ser humano. Así, la jurisprudencia constitucional ha establecido la procedencia de la acción de tutela para amparar este derecho, cuando se identifica 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 acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios"⁵.

Con relación a los servicios no incluidos en el POS, esta Corte ha decantado los criterios que permiten verificar en cada escenario, cuando se configura para una entidad de salud la obligación de autorizar un servicio no incluido en plan obligatorio de salud y, por ende, cuando la negativa a suministrarlo viola el derecho de acceso a los mismos⁶:

"(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) con necesidad 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 servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo."

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL AL SEGUNDO PROBLEMA JURIDICO PLANTEADO:

LA ATENCIÓN DOMICILIARIA EN SUS MODALIDADES DE SERVICIO DE ENFERMERÍA Y CUIDADOR. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA - SENTENCIA T-065/18:

El Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en la Ley 100 de 1993 ha dispuesto los mecanismos y estructuras a través de los cuales se hace efectivo el derecho fundamental a la salud de los colombianos (regulado mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015).

En relación con las prestaciones que dicho sistema asegura para sus usuarios, la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 estableció el ahora denominado "Plan de Beneficios en Salud" en el cual se contempla la atención médica domiciliaria como un

⁴ "Sobre el tema particular, consultar las sentencias: T-1384 de 2000, T-365A de 2006, entre muchas otras."

⁵ T-999 de octubre 14 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación (UPC).

Al respecto, el artículo 26 prevé a esta modalidad de atención como una *"alternativa a la atención hospitalaria institucional"* que debe ser otorgada en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado.

Esta Corporación ha destacado que, en específico, el auxilio que se presta por concepto de *"servicio de enfermería"* constituye una especie o clase de *"atención domiciliaria"* que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente.

De conformidad con esto, debe entenderse que se trata de un servicio médico que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado y que su suministro depende de unos criterios técnicos-científicos propios de la profesión que no pueden ser obviados por el juez constitucional, por tratarse de una función que le resulta completamente ajena.

En relación con la atención de cuidador, es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud.

Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico, esta Corte ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado. Ello, pues propende por garantizar los cuidados ordinarios que el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, y no tiende por el tratamiento de la patología que lo afecta. No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia del afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud.

En ese sentido, resulta pertinente llamar la atención en que el Ministerio de Salud y de la Protección Social, mediante Resolución 5267 del 22 de diciembre de 2017, estableció el listado de los procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud, entre los que omitió incluir expresamente el servicio de cuidador. Motivo por el cual se evidencia que este tipo específico de *"servicio o tecnología complementaria"* se encuentra en un limbo jurídico por cuanto no está incluido en el Plan de Beneficios, ni excluido explícitamente de él.

Por su parte, la Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016 estableció el procedimiento para que, cuando se ordenen servicios complementarios, sea posible efectuar el recobro de los gastos generados ante el FOSYGA o, en el caso del régimen subsidiado, la entidad territorial correspondiente. A pesar del establecimiento de las exclusiones explícitas, el sistema le ha dado a este servicio el tratamiento de aquellos que no se financian con cargo a la UPC y, por tanto, habrán de ser recobrados al fondo o autoridad territorial correspondiente.

Se destaca que de conformidad con la interpretación dada por esta Corte a la Ley 1751 de 2015, estatutaria del derecho fundamental a la salud, en la Sentencia C-313 de 2014, la

administración cuenta con la carga de desarrollar el sistema de salud como uno de naturaleza de exclusiones en virtud del que todo aquello que no se encuentre explícitamente excluido, se halle incluido.

No obstante, se considera que a la luz del tratamiento que esta Corte ha otorgado a la atención de cuidador, resulta necesario concluir que, antes de tratarse de una obligación o carga que deba asumir el Estado, se trata de atenciones que son exigibles, en primer lugar, a los familiares de quienes las requieren. Ello, no solo en virtud de los lazos de afecto que los unen sino también como producto de las obligaciones que el principio de solidaridad conlleva e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculos.

La familia, entendida como institución básica de la sociedad, conlleva implícitas obligaciones y deberes especiales de protección y socorro recíproco entre sus miembros, los cuales no pueden pretender desconocerlos por motivos de conveniencia o practicidad.

En Sentencia T-801 de 1998, se expresó que: *"En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir mas allá de las desavenencias personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)"*.

Para esta Corte, los deberes de solidaridad descritos no obligan a los miembros del núcleo familiar, esto es, los primeros llamados a ejercer la función de cuidadores, a sacrificar definitivamente el goce efectivo de sus derechos fundamentales en nombre de las personas a quienes deben socorrer, pues no se estima proporcionado exigirles que, con independencia de sus circunstancias particulares, deban asumir obligaciones cuyo cumplimiento les resulta imposible.

Por ello, se ha considerado que, en los casos excepcionales en que se evidencia la configuración de los requisitos descritos, es posible que el juez constitucional, al no tratarse de un servicio en estricto sentido médico, traslade la obligación que, en principio, corresponde a la familia, de manera que sea el Estado quien deba asumir la prestación de dicho servicio.

En conclusión, respecto de las atenciones o cuidados que pueda requerir un paciente en su domicilio, se tiene que: **(i)** en el caso de tratarse de la modalidad de "enfermería" se requiere de una orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente, sin que el juez constitucional pueda arrogarse dicha función so pena de exceder su competencia y ámbito de experticia; y **(ii)** en lo relacionado con la atención de cuidador, esta 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 se encuentra materialmente imposibilitado para el efecto, se hace obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.

El concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud - Reiteración de Jurisprudencia - Sentencia T-345/13:

En múltiples ocasiones, diferentes Salas de Revisión de esta Corporación han señalado que los usuarios del Sistema de Salud tienen el derecho constitucional a que se les garantice el acceso efectivo a los servicios médicos necesarios e indispensables para tratar sus enfermedades, recuperar su salud y resguardar su dignidad humana. Esto fue recogido por la **sentencia T-760 de 2008** en la regla: *toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los*

servicios de salud, EPS, autorice el acceso a los servicios que requiere, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud', pues lo que realmente interesa es si de aquel depende la dignidad y la integridad del peticionario y si el servicio ha sido ordenado por el médico tratante.

En esta línea, la Corte ha resaltado que en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona *requiere* un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, *prima facie*, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente.

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.

En consecuencia, es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar y es quién se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado de acuerdo con la evolución en la salud del paciente.

En este orden de ideas, siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos, tal como podría ocurrir en el caso concreto.

Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.

Por supuesto, hay casos en los que, con mayor evidencia técnica y científica puede controvertirse la posición del médico tratante. Esto fue recogido por la sentencia T-344 de 2002 al establecer que para que el dictamen del médico pueda ser legítimamente controvertido *"la opinión de cualquier otro médico no es suficiente. La base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante"*.

Así las cosas, existen casos en los que se pueden desatender las órdenes de los médicos tratantes y ello es constitucionalmente legítimo en tanto la decisión contraria a

lo prescrito por el médico tratante (i) se fundamente en la mejor información técnica o científica (ii) en la historia clínica del paciente, y las particularidades relevantes del caso concreto, estipulando claramente las razones por las cuales ese determinado servicio de salud ordenado no es científicamente pertinente o adecuado y (iii) especialmente cuando está en riesgo la vida y la integridad personal del paciente.

TRATAMIENTO INTEGRAL. CONDICIONES PARA ACCEDER A LA PRETENSIÓN - SENTENCIA T-259/19:

El tratamiento integral tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante. *"Las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos"*^[441]. En esa medida, el objetivo final del tratamiento integral consiste en *"asegurar la atención (...) de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes"*.

Por lo general, se ordena cuando **(i)** la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente. Igualmente, se reconoce cuando **(ii)** el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas **(iii)** personas que *"exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas"*

El juez constitucional en estos casos debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto al accionante y frente al cual recae la orden del tratamiento integral. Lo dicho teniendo en consideración que no resulta posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas; lo contrario implicaría presumir la mala fe de la EPS en relación con el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones con sus afiliados, en contradicción del artículo 83 Superior.

Al respecto, en la **Sentencia C-313 de 2014**, se ha establecido que el referido principio de integralidad:

"es transversal en el Sistema de Salud y determina su lógica de funcionamiento, pues la adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas es un principio que "está en consonancia con lo establecido en la Constitución y no riñe con lo sentado [con anterioridad] por este Tribunal". Precisó también que el principio de integralidad opera no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino también para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal, de modo que se propenda para que su entorno sea tolerable y adecuado.

En síntesis, este principio comprende la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud de garantizar la autorización completa y oportuna de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología y para sobrellevar su enfermedad.

La Corte ha considerado que es posible solicitar por medio de la acción de tutela la garantía del tratamiento integral, cuando con ello se pretende asegurar la atención en conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes, que han sido previamente determinadas por su médico tratante. Esta Corporación ha manifestado que el reconocimiento de dicho amparo requiere "(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr [superar o sobrellevar] el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable", precisando que el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez de tutela. Esto, por cuanto no le es posible a la autoridad judicial dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas, pues, de hacerlo, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados.

De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha identificado una serie de eventos en los que se hace necesario otorgar una atención integral al paciente, cuando están en juego las garantías fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas.

En estos casos, la Corporación ha reconocido que la atención integral debe ser brindada independientemente de que las prestaciones requeridas se encuentren o no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud. Asimismo, la Corte ha sostenido que ante la existencia de casos excepcionales en los cuales las personas exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones que los agobian.

LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN SUBSIDIADO DE LA POBLACIÓN POBRE Y VULNERABLE QUE RESIDE EN EL TERRITORIO NACIONAL - SENTENCIA T-192/19:

Para efectos de contar con los elementos de juicio necesarios para resolver el presente caso, en esta ocasión se hará énfasis en el alcance y contenido del derecho a la afiliación al régimen subsidiado de la población más pobre y vulnerable del país a la cual se le subsidia su participación en el SGSSS.

De conformidad con el artículo 211 de la **Ley 100 de 1993**, el régimen subsidiado de salud "es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad (...)". El objetivo de este régimen es el de "financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar".

Pues bien, es preciso reiterar que con posterioridad a la Ley 100, con el fin de ampliar la cobertura a los ciudadanos más pobres, el Legislador expidió la **Ley 715 de 2001**, mediante la cual decidió aumentar los subsidios con cargo a las entidades territoriales y asignarles el deber de financiar los aludidos subsidios a partir de sus ingresos corrientes de libre destinación; destinación específica para salud, y los recursos de capital, a efectos de garantizar la continuidad y cubrimiento por 5 años más.

La **Ley 715 de 2001** reguló también las **competencias de los municipios en materia de la prestación del servicio de salud**, y señaló que, sin

perjuicio de las establecidas en otras disposiciones legales, les corresponde a los municipios, dirigir, coordinar y vigilar el Sistema General de Seguridad Social en Salud en su jurisdicción, para lo cual, tendrán la función de:

"(...) 44.2.1. Financiar y cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y ejecutar eficientemente los recursos destinados a tal fin.

44.2.2. Identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado, atendiendo las disposiciones que regulan la materia (...) "¹⁵⁵¹.

EL CASO CONCRETO:

Para comenzar, la parte accionada impugnó la decisión de primera instancia al alegar que no son ellos los obligados legalmente para costearle los servicios de salud que se encuentran por fuera del POS, sino, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, la obligada a suministrar dicho servicios.

Entonces, la respuesta al primer problema jurídico planteado se encamina a confirmarse el numeral primero y segundo de la sentencia cuestionada, puesto que la actora es una adulta mayor, con 87 años de edad, con patologías de DX: ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA (J449) HIPERTENSIÓN ARTERIAL (I10X) DESNUTRICION PROTEICO CALORICA MODERADA (E43X), siendo un SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL.

Así mismo, conforme la jurisprudencia citada, la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado de manera oportuna y eficaz a las personas, pues, contrario a ello, la situación eventualmente podría verse afectado por no tener acceso a la prestación de los servicios prescrito por su médico tratante.

Igualmente, 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.

Habida cuenta, 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, dado que la accionante por su estado de salud, se encuentra en estado de debilidad manifiesta, pues, las condiciones físicas, psíquicas y mentales de esta no se encuentran en facultad para valerse por sí misma, teniendo en cuenta no solo por su diagnósticos, sino por la patología que versa sobre la accionante.

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"*.

Así entonces, 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 eficiencia⁷.

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 económica⁸.

Descendiendo al caso concreto, tenemos que ANA MERCEDES ROBLES, es una persona de 87 años de edad, con diagnóstico de DX: ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA (J449) HIPERTENSIÓN ARTERIAL (I10X) DESNUTRICION PROTEICO CALORICA MODERADA (E43X), PARKINSON, OSTEOPOROSIS DEGENERATIVA, pertenece al régimen subsidiado, a raíz de las valoraciones médicas le ordenaron **Pañales desechables talla M realizar 2 cambios al día #180/ 3 meses, Pañitos húmedos paquete x 100 unidades #6 / 3 meses**, entre otros servicios más que se pueden observar en la formula médica, expedida por el Dr. Juan David Olarte, Médico General, adscrito a la entidad prestadora de los servicios de salud a la hoy accionante.

De acuerdo a lo anterior, no cabe duda de las condiciones de salud de la actora, pues, nada más con tener en cuenta la edad, se vislumbra el estado de debilidad manifiesta para que el juez de

⁷ Sentencia T - 016 de 2017.

⁸ Sentencia T - 196 de 2018.

tutela, intervenga en la protección de sus derechos constitucionales fundamentales.

En ese orden de ideas, la orden de los pañitos húmedos lo prescribió su médico tratante adscrito a la entidad accionada, por ende, siendo el profesional de la medicina quien a través del conocimiento técnico científico consideró la utilización de los pañitos húmedos a la hoy accionante, no podría cuestionarse la necesidad de ese servicio.

Ahora bien, si en gracia de discusión el Plan Obligatorio de Salud se encontrara vigente, frente al interrogante a quién le corresponde la prestación de los servicios No POS, ese Alto Tribunal ha dicho que:

(...) cuando se refiere al suministro de servicios médicos excluidos del POS del Régimen Subsidiado, la obligación principal, esto es, su satisfacción directa, recae principalmente en el Estado, dada la precaria situación económica y social en la que se encuentra la población afiliada a dicho régimen. Las normas que se refieren a la responsabilidad del Estado en las prestaciones de los servicios no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado son el Decreto 806 de 1998 y la Ley 715 de 2001. Del análisis de las mismas se derivan las obligaciones directas de las entidades territoriales de i) informarle al paciente el procedimiento que debe seguir para recibir la atención que requiere; ii) de indicarle de manera específica la institución encargada de prestarle el servicio y iii) de acompañarlo en el proceso que culmine con el efectivo acceso a los servicios de salud. En armonía con lo anterior, jurisprudencialmente a la EPS-S se le ha impuesto la obligación de acompañar al paciente y coordinar con las entidades públicas o privadas con las que el Estado tiene convenio para el efectivo suministro de los requerimientos excluidos del POS. En todo caso, y cuando la afectación del derecho a la salud exija medidas urgentes, la EPS-S, de manera excepcional, tiene el deber de garantizar el procedimiento requerido, manteniendo ésta la facultad de recobrar al Estado los gastos en que incurra por la prestación del servicio no POS. La exigencia a la EPS-S del suministro de los servicios de salud excluidos del POS que requiere sus afiliados, se deriva precisamente de la relación contractual que tiene con el paciente, la que implica que su recuperación se encuentra bajo su cuidado y su responsabilidad, más aún cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional, y también cuando en el caso de las personas afiliadas al régimen subsidiado, éstas se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y pobreza⁹. (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, en uno y otro evento (Existiendo o no POS) es la EPS-S quien debe asumir directamente la prestación del servicio, ello con la finalidad de propender porque el/la paciente sea atendido sin dilaciones y de forma inmediata para dar garantía a sus derechos fundamentales constitucionales.

Por lo tanto, le asiste la razón al juez A-quo, al conceder el amparo a los derechos fundamentales y ordenar la entrega de los pañitos húmedos, máxime cuando los mismos son ordenados por su médico tratante en aras de la recuperación de su enfermedad que la aqueja.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-115 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

En ese orden de ideas, se confirma el amparo otorgado por el juez fallador y se confirma los numerales 1 y 2 de la sentencia impugnada.

Ahora, con relación al segundo problema jurídico se encamina a revocarse el numeral tercero de la sentencia adiada 12 de agosto de 2020, puesto que, existe elementos de juicios suficientes dentro del presente juicio constitucional para ordenar el CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS, dadas a las condiciones actuales de salud de la parte actora tal como se evidencia en la historia clínica y el plan ordenado por su médico tratante.

Entonces, la pretensión de ordenar a la EPS ASMET SALUD, autorizar un CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS por 3 meses, así como lo ordenó el médico tratante, para ello, se procede analizar las directrices jurisprudenciales para la procedencia del mismo.

Así mismo, se considerar que de acuerdo a la patóloga diagnosticada "DX: ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA (J449) HIPERTENSIÓN ARTERIAL (I10X) DESNUTRICION PROTEICO CALORICA MODERADA (E43X), PARKINSON, OSTEOPOROSIS DEGENERATIVA" la accionante se encuentra en una evidente condición de dependencia y requiere de atenciones que, si bien no se encuentran directamente relacionadas con el tratamiento de sus patologías (aseo personal, alimentación, vestido, cambio de posición, soporte de desplazamiento y entre muchas otras), siguen siendo indispensables y pueden llegar a tener injerencia no solo en su efectiva recuperación o en la estabilidad de su condición de salud, sino en su dignidad misma como ser humano.

Cabe resaltar, que si bien se trata de cuidados que no requieren de los servicios de un profesional de la salud en el área de la enfermería, sí se trata de unos que concuerdan perfectamente con lo que se ha definido como el servicio de "cuidador"; servicio respecto del cual, en virtud del principio de solidaridad, se ha entendido que se constituye en una obligación que debe ser asumida por el núcleo familiar del afiliado y respecto de la cual no es posible éste se desentienda.

Sin embargo, haciendo énfasis en la jurisprudencia que se ha emitido sobre el caso concreto, también ha evidenciado **la existencia de eventos excepcionales** en los que, a pesar de que la carga de prestar este tipo de atenciones radica, en principio, en la familia, ella puede llegar a trasladarse e imponerse en cabeza del Estado, esto es, cuando **(i)** existe certeza sobre la necesidad de las atenciones y **(ii)** el primer obligado a asumirlas "núcleo familiar" se encuentra imposibilitado para otorgarlas.

En el presente caso, se estima clara la acreditación del primer requisito en cuanto las especiales condiciones de salud de la señora ANA MERCEDES ROBLES, quien tiene diagnosticado DX: ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA (J449) HIPERTENSIÓN ARTERIAL (I10X) DESNUTRICION PROTEICO CALORICA MODERADA (E43X), PARKINSON, OSTEOPOROSIS DEGENERATIVA, enfermedad está que según la historia clínica implican que requiere de estos cuidados, pues, le resulta imposible garantizárselos por sí misma, inclusive, el historial clínico se describe, lo siguiente:

"ANÁLISIS: paciente 87 años, antecedente EPOC oxígeno dependiente, hipertensión arterial. Actualmente paciente en regulares condiciones generales, hemodinámicamente estable, signos vitales en metas, con buena saturación de O₂ por cánula nasal, sin signos de SIRS, paciente

sin deterioro neurológico con limitación para la marcha, paciente sin control de esfínteres en horas de la noche por lo que requiere el uso de pañales desechables de manera permanente nocturnos, paciente quien en el momento no presenta complicaciones, con buena mejoría de control de EPOC con tratamiento con tratamiento instaurado el cual a disminuidos episodios de disnea y hospitalizaciones al examen físico no hay evidencia de escaras por decúbito, quien tolera vía oral sin limitación, se evidencia desnutrición proteico calórica moderada a severa por lo cual se indica suplementación con ensure, para ayudar a ganar masa muscular Paciente frágil, por lo cual se realiza índice de Barthel la cual da puntuación para dependencia total, quien en el momento no está administrado medicamentos intravenosos, no se realizan curaciones, quien no tiene manejo de traqueostomía o gastrostomía, por lo cual se considera que paciente no amerita servicio de enfermería, pero en vista de que paciente presenta dependencia total por índice de Barthel y requiere de terceros para movilizarse, alimentarse y realizar sus actividades fisiológicas (bañarse, cepillarse los dientes, cambio de pañal y acompañamiento permanente, en vista de lo anterior se solicita cuidador permanente, quien brindará el apoyo en el cuidado a la patología de la paciente, para su movilización, alimentación y realizar sus necesidades fisiológicas. Se solicita por parte del servicio de enfermería entrenamiento al cuidador y familiares que garantice la adecuada atención y administración de medicamentos vía oral del paciente y se debe tener en cuenta que el servicio de enfermería se suspenderá en el momento que se asegure cuidador de paciente, y se debe realizar entrenamiento al familiar sobre cuidados básicos de paciente, se explica a familiares quienes refiere entender, se programa visita domiciliaria en 30 días por medicina general"

De acuerdo a lo consignado por el médico tratante, se vislumbra que la actora se encuentra en un estado de dependencia total, la cual requiere de la ayuda de terceros, por lo tanto, el médico tratante ordenó "**Ss cuidador domiciliario 24 horas por 3 mes # 1**" por las condiciones de salud en la cual se encuentra la actora, por lo tanto, el primer requisito se cumple.

Con respecto al segundo de los requisitos, se fijaron unos factores para poder entender que existe esa "*imposibilidad material*", tal lo estipula la **sentencia T - 065 de 2018**, sobre ello tenemos que la tutelante a la fecha se encuentra afiliada a la EPS accionada a través del régimen subsidiado, esto es, son aquellas personas que carecen de medios de pagos para costear su salud y la Jurisprudencia las considera que son vulnerables por su condición económica.

Además de ello, la accionante manifiesta que convive con una hija la cual trabaja como ama de casa y no puede dedicarle el tiempo para su cuidado por razón a su trabajo, por ende, no tiene a más nadie de su familia quien le pueda brindar ese cuidado que requiere con mucha importancia, puesto que de allí, depende su recuperación y llevar una vida de manera normal, apoyándose en esa persona, tal argumento le asiste la buena fe, tampoco ha sido desvirtuado dentro del presente juicio constitucional por la parte accionada.

Cabe resaltar, que existe orden médica en la cual se orden el cuidador, pues, es el médico tratante quien en primer lugar decide sobre la necesidad del servicio de salud, de acuerdo al criterio técnico científico, hecho este, donde se percibe que la accionante ha venido siendo atendida por parte de los galenos en su domicilio, considerando la pertinencia del cuidador domiciliario 24 horas.

Bajo esa óptica argumentativa, se aprecia que el segundo requisito para ordenar el CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS se cumple, por lo siguiente:

1.- A la fecha tiene 87 años de edad.

2.- Tiene diagnosticado DX: ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA (J449) HIPERTENSIÓN ARTERIAL (I10X) DESNUTRICION PROTEICO CALORICA MODERADA (E43X), PARKINSON, OSTEOPOROSIS DEGENERATIVA.

3.- Se encuentra afiliada en el régimen subsidiado en salud.

4.- El CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS, fue ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad.

5.- Solo convive con su hija quien además trabaja.

6.- ES UNA ADULTA MAYOR.

7.- **ES UN SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL.**

Por otra parte, 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.***

Habida cuenta, la jurisprudencia constitucional ha dicho que el tratamiento integral es procedente de la siguiente manera:

Por lo general, se ordena cuando (i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente. Igualmente, se reconoce cuando (ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas (iii) personas que "exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas"

Aunado a lo anterior, existe elementos suficientes de juicio para considerar que los tres (03) presupuesto se cumplen para ordenar a la EPS accionada que preste una atención integral, primero que todo, si la actora acudió a este mecanismo es porque hubo negativa por parte de la entidad tutelada en negarle los servicios de salud, esto se puede corroborar con los argumentos de la impugnación al considerar que ellos no le corresponde legalmente asumir los servicios de salud sino al ADRES. El segundo presupuesto, tenemos que la actora tiene 87 años de edad, es una ADULTA MAYOR, es un sujeto de especial protección constitucional y, el último presupuesto, la accionante según se describe en la historia clínica, las condiciones de salud son precarias por sus diagnósticos y estado físico.

Así las cosas, no le asiste la razón a la juez falladora al negar este servicio de salud ordenado por su médico tratante y además acreditándose que se encuentra afiliada en el régimen subsidiado, tal hecho se deduce que es una persona vulnerable. Por lo tanto, los argumentos de la impugnación se comparten, y en consecuencia, se deberá revocarse el numeral tercero de la sentencia adiada 12 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Valledupar, Cesar, y se procede a ordenarle al Representante Legal de Asmet Salud, dentro del mismo término inicial, autorice el CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS POR 3 MESES A ANA MERCEDES ROBLES, tal como lo ordenó su médico tratante y además de ello, le preste

una ATENCIÓN INTEGRAL, en las patologías DX: ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA (J449) HIPERTENSIÓN ARTERIAL (I10X) DESNUTRICION PROTEICO CALORICA MODERADA (E43X), PARKINSON, OSTEOPOROSIS DEGENERATIVA, para lo cual deberá autorizar y entregar medicamentos, exámenes, procedimiento, cirugías y todos los demás servicios de salud que sean prescrito por su médico tratante adscrito a la entidad.

Finalmente, con respecto al recobro ante el Adres, sobre ello, 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 amparo¹⁰. 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.

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 los numerales 1 y 2 de la sentencia adiada 12 de agosto de 2020, proferida Juzgado Tercero Civil Municipal de Valledupar, Cesar, por las motivaciones antes expuestas.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia adiada 12 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Valledupar, Cesar, y se procede a ordenarle al Representante Legal de Asmet Salud, dentro del mismo término inicial, autorice el CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS POR 3 MESES A ANA MERCEDES ROBLES, tal como lo ordenó su médico tratante y además de ello, le preste una ATENCIÓN INTEGRAL, en las patologías DX: ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA (J449) HIPERTENSIÓN ARTERIAL (I10X) DESNUTRICION PROTEICO CALORICA MODERADA (E43X), PARKINSON, OSTEOPOROSIS DEGENERATIVA, para lo cual deberá autorizar y entregar medicamentos, exámenes, procedimiento, cirugías y todos los demás servicios de salud que sean prescrito por su médico tratante adscrito a la entidad.

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

CUARTO: 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.

¹⁰Corte Constitucional Sentencia T-760 de 2008.