



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

Valledupar, Cesar, Veinticuatro (24) de Marzo de dos mil
Veintiuno (2021)

RAD: 20001-40-03-004-2020-00421-01 Acción de tutela de segunda instancia promovida por **YESENIA OSORIO** agente oficioso de **ROSENDA HERRERA DE OSORIO** contra **ASMET SALUD E.P.S.** Derecho fundamental a la **salud** - vida digna y Seguridad Social.

ASUNTO A TRATAR:

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por la parte vinculada ASMET SALUD E.P.S. contra la sentencia de primera instancia de fecha 9 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado cuarto civil municipal de Valledupar, dentro del asunto de la referencia.

HECHOS:

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

Se encuentra afiliada al Sistema General en Salud en el régimen subsidiado por intermedio de Asmet Salud E.P.S. y que fue diagnosticada con demencia en la enfermedad de Alzheimer, atípica o de tipo mixto, G0309 - enfermedad de ALZHEIMER NO ESPECIFICADA.

De conformidad con el médico tratante el Dr. Juan David Olarte (Médico General) le ordenó el servicio de cuidador domiciliario durante 24 horas, el cual fue solicitado a la E.P.S., a través de la línea y quien como respuesta negó la prestación alegando que se trataba de una exclusión del POS, según lo dispuesto en la resolución 5521 de 2014.

Por último, resalta que no tiene los recursos económicos suficientes para asumir el gasto que representa contratar a alguien que asuma como cuidador y tiene el sisben nivel 1.

PRETENSIONES:

En virtud de lo anterior, solicita que se le amparen los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana.

Solicita que este Despacho ordene a ASMET SALUD E.P.S. autorizar el servicio de cuidador por 24 horas para lograr sobrellevar la enfermedad que padece.

Además, que se le autoricen todos los medicamentos, procedimientos y tratamientos que le sean ordenados brindándole una atención integral.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El *iudex a quo* finalmente con sentencia de 9 de diciembre de 2020, concedió el amparo solicitado por Yesenia Osorio, quien actúa en calidad de agente oficioso de su abuela Rosenda Herrera de Osorio.

En consecuencia de lo anterior, ordenó al Gerente y/o Representante Legal de Asmet Salud E.P.S. que, si aún no lo ha hecho, en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la providencia, autorice el servicio de un cuidador durante 24 horas por tres meses y durante el tiempo que el médico tratante lo ordene en favor de la señora Rosenda Herrera de Osorio.

Así mismo, ordenó al Representante Legal de Asmet Salud E.P.S., que brinde el tratamiento integral en salud que le sea prescrito a la señora Rosenda Herrera de Osorio, garantizando la autorización de medicamentos, procedimientos, cirugías y todo en cuanto se requiera para el restablecimiento del estado de salud de la agenciada y para mantener su vida en condiciones dignas.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

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

Alega, que el juez A-quo, hizo una interpretación parcial, y no atemperada a la normatividad que regula el Sistema de Seguridad Social en Salud del Régimen Subsidiado, toda vez que para su decisión, se basó en la mala interpretación de la Resolución 41656 de 2019- adoptada por parte de la Administradora del Sistema de Recursos de Seguridad Social en Salud (ADRES), como también la CIRCULAR NÚMERO 000022 DE 2017.

Manifiesta, que el servicio de cuidador domiciliario 24 horas, no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud-Subsidiado POS-S, debiendo ser asumido por la entidad que legalmente obligada, en este caso la Administradora del Sistema de Recursos de Seguridad Social en Salud (ADRES).

Indica, que no ser obligación legal de ASMET SALUD ESS EPS-S el otorgar el servicio ordenado al accionante, por no estar dentro del POS-S, se debió como mínimo brindarle la posibilidad de realizar el recobro de las atenciones brindadas a la Administradora

del Sistema de Recursos de Seguridad Social en Salud (ADRES), en un 100%, situación que no ocurrió en el fallo de tutela hoy impugnado, con lo que cercenó tal posibilidad a la empresa.

En virtud de lo anterior, solicita lo siguiente:

1.- REVOCAR el fallo de tutela y en consecuencia CONCEDER la Tutela impetrada por YESENIA OSORIO agente oficioso de ROSENDA HERRERA DE OSORIO 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 el servicio de "CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS"

En caso de no acceder a la anterior petición, solicito en forma subsidiaria: 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 eroguen como consecuencia del cumplimiento al referido fallo de tutela.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL:

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.

PROBLEMA JURIDICO:

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?

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL AL 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.

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.

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 peligra la vida como mera existencia, sino que 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

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

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

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.”

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 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.

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.

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 el 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.

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"*^[44]. 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"*. Preciso 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 (...) "[55].

DEL SUMINISTRO DE SERVICIOS NO POS 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".

SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO:

Para comenzar, el juez A-quo concedió el amparo a los derechos fundamentales a Rosenda Herrera de Osorio, ordenando al Representante Legal de ASMET SALUD EPS, autorice el servicio de un cuidador durante 24 horas por tres meses y durante el tiempo que el médico tratante lo ordene en favor de la señora Rosenda Herrera de Osorio y, además de ello, brinde el tratamiento integral en salud que le sea prescrito a la señora Rosenda Herrera de Osorio, garantizando la autorización de medicamentos, procedimientos, cirugías y todo en cuanto se requiera para el restablecimiento del estado de salud de la agenciada y para mantener su vida en condiciones dignas.

No obstante, la parte accionada inconforme con la decisión, impugnó la misma para alegar en resumidas cuentas lo siguiente: *"Alega, que el juez A-quo, hizo una interpretación parcial, y no atemperada a la normatividad que regula el Sistema de Seguridad Social en Salud del Régimen Subsidiado, toda vez que para su decisión, se basó en la mala interpretación de la Resolución 41656 de 2019- adoptada por parte de la Administradora del Sistema de Recursos de Seguridad Social en Salud (ADRES), como también la CIRCULAR NÚMERO 000022 DE 2017. Manifiesta, que el servicio de cuidador domiciliario 24 horas, no se encuentra incluido*

en el Plan Obligatorio de Salud-Subsidiado POS-S, debiendo ser asumido por la entidad que legalmente obligada, en este caso la Administradora del Sistema de Recursos de Seguridad Social en Salud (ADRES). Indica, que no ser obligación legal de ASMET SALUD ESS EPS-S el otorgar el servicio ordenado al accionante, por no estar dentro del POS-S, se debió como mínimo brindarle la posibilidad de realizar el recobro de las atenciones brindadas a la Administradora del Sistema de Recursos de Seguridad Social en Salud (ADRES), en un 100%, situación que no ocurrió en el fallo de tutela hoy impugnado, con lo que cercenó tal posibilidad a la empresa"

De entrada, la repuesta al problema jurídico se encamina a confirmar la sentencia impugnada, pues, no cabe duda que Rosenda Herrera de Osorio, es una persona con 90 años de edad, es un adulto mayor, diagnosticada con una enfermedad de DEMENCIA EN LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, ATÍPICA O DE TIPO MIXTO (G30.8†) - Tipo diagnóstico: Observación: G309 - ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, NO ESPECIFICADA, a todas luces es un SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL y por los argumentos que se pasan a explicar:

Así 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.

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.

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". 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.

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.

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.

Descendiendo al caso concreto, tenemos que ROSENDA HERRERA DE OSORIO, es una persona de 90 años de edad, con diagnóstico de DEMENCIA EN LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, ATÍPICA O DE TIPO MIXTO (G30.8†) - Tipo diagnóstico: Observación: G309 - ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, NO ESPECIFICADA, pertenece al régimen subsidiado, a raíz de las valoraciones médicas le ordenaron CUIDADOR DOMICILIARIO TURNO 24 HORAS, ORDEN POR 3 MESES.

Ahora, 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 considera que de acuerdo a la patóloga diagnosticada "DEMENCIA EN LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, ATÍPICA O DE TIPO MIXTO (G30.8†) - Tipo diagnóstico: Observación: G309 - ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, NO ESPECIFICADA" la accionante se encuentra en una

⁷ Sentencia T - 016 de 2017.

⁸ Sentencia T - 196 de 2018.

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 ROSENDA HERRERA DE OSORIO, quien tiene diagnosticado DEMENCIA EN LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, ATÍPICA O DE TIPO MIXTO (G30.8†) - Tipo diagnóstico: Observación: G309 - ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, NO ESPECIFICADA, enfermedad está que según la historia clínica implican que requiere de estos cuidados, pues, le resulta imposible garantizárselos por sí misma.

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 "cuidador domiciliario 24 horas por 3 mes" 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.

Cabe resaltar, que existe orden médica en la cual se ordena 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 por tele consulta, 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 90 años de edad.

2.- Tiene diagnosticado DEMENCIA EN LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, ATÍPICA O DE TIPO MIXTO (G30.8†) - Tipo diagnóstico: Observación: G309 - ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, NO ESPECIFICADA.

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.- ES UNA ADULTA MAYOR.

7.- ES UN SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL.

Por otra parte, frente a la orden integral, 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 90 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.

Con relación al argumento de la EPS accionada que le corresponde al ADMINISTRADOA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

- ADRES, asumir el costo del servicio de salud NO PBS o NO POS, para ello traemos a colación lo que ha dicho la jurisprudencia:

Ahora bien, si en gracia de discusión el Plan Obligatorio de Salud se encontrara vigente, frente al interrogante de 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 pobreza"⁹. (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.

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

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

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.

Así las cosas, le asiste razón al juez fallador al amparar los derechos fundamentales al actor, puesto que su condición de salud, al constatar la negación de los mismos, se considera que hay vulneración a los derechos fundamentales de la actora, además, los servicios de salud son ordenados por su médico tratante adscrito a la entidad el cual debe respetarse y tenerse en cuenta.

Sin más elucubraciones, se procede a confirmar la sentencia adiada 09 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Valledupar, Cesar.

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 09 de diciembre de 2020, proferida Juzgado cuarto civil municipal de Valledupar, por las motivaciones antes expuestas.

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 la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GERMÁN DAZA ARIZA
Juez.

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia T-760 de 2008.