



RAMA JUDICIAL
JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE VALLEDUPAR-CESAR
REPÚBLICA DE COLOMBIA

Referencia: SENTENCIA DE TUTELA
Accionante: ANA MERCEDES ROBLES.
Accionado: ASMET SALUD EPS.
Radicado: 200014003003 2020 00195 00.

Valledupar, doce (12) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO A RESOLVER:

Procede el despacho a decidir, la acción de tutela promovida por ANA MERCEDES ROBLES contra ASMET SALUD EPS.

HECHOS:

El acervo fáctico soporte de la presente acción de tutela admite la siguiente síntesis:

Manifiesta el accionante actualmente, se encuentra afiliada al sistema de Seguridad Social a través del régimen subsidiado, en la entidad promotora de salud ASMET SALUD EPS, y fue diagnosticada con (ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA, HIPERTENSIÓN ARTERIAL, DESNUTRICION PROTEICO CALORICA MODERADA razón por la cual, su médico tratante le ordenó la continuidad con cuidador domiciliario 24 horas y pañitos húmedos paquete x 100 unidades #6 / 3 meses, servicio que fue solicitado a la EPS a través de línea de frente obteniendo una respuesta negativa a la prestación del servicio indicando que los servicios solicitados están excluido del Plan Obligatorio de Salud POS, de conformidad a lo dispuesto dentro de la resolución 5521 de 2014.

Solicita además que se ordene a la EPS accionada le autorice los servicios denominados CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS y PAÑITOS HÚMEDOS PAQUETE X 100 UNIDADES#6 / 3 MESES, debido a las condiciones de salud en que se encuentra ya que de contar con los servicios que le fueron ordenados mejoraría su condición de vida, porque se encuentra en condiciones precarias ya que no cuenta con los recursos económicos para adquirir este servicio de forma particular.

Finalmente solicita que se prevenga a la EPS para que no vuelvan a incurrir en estas clases de conductas que dieron mérito a iniciar esta tutela y que si de no hacerlo sean sancionadas conforme lo dispone el art. 52 del Decreto 2591/91 (arresto, multa, sanciones penales).

DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS:

La parte actora en la solicitud señala como derechos fundamentales violados los de la salud y la dignidad humana.

PRETENSIONES:

PRIMERO: Se le tutelen de manera inmediata sus derechos fundamentales a: LA SALUD Y DIGNIDAD HUMANA.

SEGUNDO: Se ordene a ASMET SALUD EPS SAS, que como garantía fundamental a la continuidad e integralidad en el tratamiento médico, autorice el servicio de CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS y PAÑITOS HÚMEDOS PAQUETE X 100 UNIDADES#6 / 3 MESES, para lograr sobrellevar la ENFERMEDAD que padece (DX: ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA, HIPERTENSIÓN ARTERIAL, DESNUTRICION



PROTEICO CALORICA MODERADA), así mismo, proceda a autorizar 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 mi galeno tratante.

TERCERO: con el fin de evitar interponer acciones constitucionales a futuro, frente a cada procedimiento solicito de su Honorable despacho, le sea brindada LA ATENCION MEDICO INTEGRAL, como lo es la realización de procedimientos médicos, que sean diagnosticados por su médico tratante o especialistas, así mismo, medicamentos, exámenes, procedimientos, materiales o cirugías relacionadas con mi patología o que sean consecuencia de la misma.

CUARTO: Ordenar al ADRES que efectúe el respectivo reembolso por el valor de los gastos que realice la EPS por concepto del cumplimiento de esta acción de tutela. Lo anterior teniendo en cuenta la dispuesto en la Sala Unificada de Tutela de la Corte Constitucional # 480/97.

QUINTO: Que se exonere de todo pago, por cualquier concepto de servicio de salud por tener su condición, es decir copago o cotas de recuperación.

ACTUACIÓN PROCESAL:

Mediante auto de fecha 29 de julio de 2020 se admitió la tutela en referencia, requiriendo a la EPS, para que rindiera un informe respecto de los hechos y pretensiones de la acción de tutela, igualmente para que indiquen por qué no le han resuelto al accionante cada una de las pretensiones solicitadas en el escrito de tutela. Dicho requerimiento se le comunicó mediante oficio 854 enviado a través de correo electrónico el día 29 de julio de 2020.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA:

ASMET SALUD EPS-S

La entidad accionada, ASMET SALUD EPS-S, respondió al requerimiento judicial, revelando lo siguiente: ASMET SALUD EPS tiene unas obligaciones legales y presupuestales establecidas en la ley y debido a ello se compromete con sus afiliados a la prestación de servicios cubiertos por el plan de beneficios en salud (PBS), y (NO PBS), en ese sentido, los servicios excluidos por este plan radican única y exclusivamente en cabeza del núcleo familiar del usuario, al considerar que los mismos NO son considerados propiamente servicios de salud, para mayor ilustración, su concepto lo podemos apreciar dentro de las disertaciones contempladas en la ley 1751 de 2015 artículo 15, cual indica “prestaciones de salud, el sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso los recursos públicos asignados a la salud no podrán designarse a financiar servicios o tecnologías en los que se advierta algunos de los siguientes criterios...” La UPC girada a Asmet Salud, se encuentra destinada específicamente al Plan de Beneficios en Salud (PBS) y (NO PBS) o también entendido como NO POS, es un recurso público, si lo destinamos a un fin diferente podemos incurrir en un tipo penal denominado “peculado



por aplicación oficial diferente” ya que se trata de recursos de destinación específica dirigidos al sistema nacional de salud, por lo tanto si nosotros estamos haciendo esa afectación de recursos POS a EXCLUSIONES estaremos realizando una conducta para la cual no están facultados.

PROBLEMA JURÍDICO:

El problema jurídico sometido al escrutinio del despacho se puede determinar de la siguiente manera:

¿La entidad accionada ASMET SALUD EPS, le está vulnerando el derecho fundamental de la salud a la señora ANA MERCES ROBLES, como consecuencia de haber omitido autorizarle los servicios de un CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS y la entrega de PAÑITOS HÚMEDOS PAQUETE X 100 UNIDADES #6 / 3 MESES, en las cantidades y periodicidad ordenados por su médico tratante?

CONSIDERACIONES:

Síntesis jurisprudencial sobre el derecho fundamental a la salud^{1,2}

3.3 Respecto de la salvaguarda del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional en diferentes momentos ha cumplido con el deber de garantizarlo; para sus inicios (años 1992³ y 2003⁴) se utilizaba la figura de la conexidad a un derecho fundamental (vida, dignidad humana, integridad física, etc.) en pro de que prosperara la protección a través de la acción de tutela, ya que por la ubicación dentro del texto de la Carta Política se le dio a la salud una connotación prestacional al encontrarse en el capítulo de los derechos económicos sociales y culturales (DESC)⁵.

3.4. Con posterioridad, el derecho a la salud fue adquiriendo una identidad propia cuando se estaba en presencia de un riesgo en la población vulnerable, identificada con el *status* de sujetos de especial protección constitucional. Tal era el caso de los menores de edad, las mujeres embarazadas, las personas de la tercera edad, los enfermos del VIH, entre otros⁶.

(...)

En tanto, que en el caso de los adultos mayores, la sentencia T-111 de 2003⁷ estableció que:

“La protección de las personas de la tercera edad tiene un carácter reforzado dentro del Estado social de derecho. Uno de los ámbitos en el cual se manifiesta este tratamiento preferencial es en la salud.

¹ Sentencia T-117/19

² Sentencia T-117/19

³ Ver sentencias T-487 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-491 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-489 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴ Ver sentencias T-021 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Linett; T-1105 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ Ver sentencia T-1030 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁶ Ver sentencias T-535 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-527 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-638 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería; entre otras.

⁷ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



Es tal la vulnerabilidad y desprotección de este grupo poblacional que, en algunas ocasiones, la jurisprudencia de esta Corporación ha llegado a considerar la salud de las personas de la tercera edad como derecho fundamental autónomo” (n.f.d.t.).

3.5. Con posterioridad, los primeros antecedentes del carácter autónomo del derecho a la salud, se dieron con la sentencia T-307 de 2006⁸, cuando se protegió el derecho a la salud de un menor de edad con una deformidad en sus orejas, enfermedad que afectaba su esfera psíquica; postura que tomo una mayor fuerza con la sentencia T-760 de 2008⁹, la cual hizo evidente graves falencias dentro del sistema de salud, por lo cual profirió una serie de órdenes a diferentes entidades, en aras de brindar una real y efectiva protección de todos los usuarios¹⁰.

(...)

3.6. No obstante, hoy la salud al ser un derecho fundamental plenamente autónomo, todavía conserva un vínculo cercano con el derecho a la dignidad humana y con el de otros derechos de índole constitucional; en este sentido, la sentencia T-014 de 2017 expresó:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del PBS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud”.

3.7. Por último, vista la autonomía del derecho a la salud con la actual legislación, artículo 2º de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, el cual fue estudiado previamente en sede de constitucionalidad en la sentencia C-313 de 2014 se tiene que:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

3.8. En consecuencia, es innegable la protección reforzada que debe brindar el Estado a los adultos mayores y a los menores de edad, que como población en circunstancias de debilidad manifiesta merecen todas las garantías constitucionales; puesto que en ellos, el derecho a la salud reviste una mayor importancia, por la misma situación de indefensión en las que se encuentran.

3.8.1. En jurisprudencia reciente, frente a la protección de los adultos mayores, la Corte Constitucional afirmó que:

⁸ M.P. Humberto Sierra Porto.

⁹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰ Ver sentencia T-465 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.



“es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”.

La acción de tutela y el cubrimiento de servicios y tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud¹¹

En relación con el suministro de servicios y tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), esa Corporación ha precisado¹² que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.

Para facilitar la labor de los jueces, la **Sentencia T-760 de 2008**¹³, resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están a cargo del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

“(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”.

La Corte ha señalado puntualmente en relación con la primera *subregla*, atinente a la amenaza a la vida y la integridad por la falta de prestación del servicio, que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no sólo para sobrevivir, sino para desempeñarse adecuadamente y con unas condiciones mínimas que le permitan mantener un estándar de dignidad, propio del Estado Social de Derecho.

De esta manera, esa Corporación ha reiterado que el derecho a la vida implica también la salvaguarda de condiciones tolerables y mínimas de existencia, que permitan subsistir con dignidad. Por lo tanto, para su garantía no se requiere necesariamente enfrentarse a una

¹¹ Las consideraciones expuestas en este acápite se basan en las Sentencias T-637, T-742 de 2017 y T-235 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹² Ver, entre otras, Sentencias T-034 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-017 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa



situación inminente de muerte¹⁴, sino que su protección exige además asegurar la calidad de vida en condiciones dignas y justas, según lo dispuesto en la Carta Política.

30. En torno a la segunda *subregla*, atinente a que los servicios no tengan reemplazo en el PBS, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se debe demostrar la calidad y efectividad de los medicamentos o elementos solicitados y excluidos del Plan de Beneficios en Salud. En relación con esto, ha señalado la Corte¹⁵ que, si el medicamento o servicio requerido por el accionante tiene un sustituto en el plan de beneficios que ofrezca iguales, o mejores niveles de calidad y efectividad, no procederá la inaplicación del PBS¹⁶.

31. En cuanto a la tercera *subregla*, esto es que el servicio haya sido ordenado por un galeno adscrito a la EPS, para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, la Corporación ha sostenido que:

(i) Es el profesional médico de la EPS quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experiencia para verificar la necesidad o no de los elementos, procedimientos o medicamentos solicitados.

(ii) Cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, la EPS no puede restarle validez y negar el servicio únicamente con base en el argumento de la no adscripción del médico a la entidad prestadora de salud. De esta forma, sólo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también pueden tener validez, a fin de propiciar la protección constitucional de las personas.

(iii) La Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso –bien sea la historia clínica o algún concepto médico– la plena necesidad de suministrar lo requerido por el accionante.

En suma, las exclusiones del PBS son admisibles siempre y cuando no atenten contra los derechos fundamentales de los ciudadanos. Empero, en aquellos casos excepcionales en que la denegación del suministro de un servicio o tecnología por fuera del PBS afecte de manera decisiva el derecho a la salud, en sus dimensiones físicas y mentales el juez de tutela deberá intervenir para su protección. De ese modo, el juez constitucional podrá ordenar la entrega de prestaciones no cubiertas por el PBS cuando el suministro: (i) sea imprescindible para garantizar la supervivencia o la dignidad del paciente; (ii) sea insustituible por lo cubierto en el PBS; (iii) sea prescrito por los médicos adscritos a la EPS de afiliación del paciente; y (iv) no pueda ser cubierto con la capacidad económica del paciente. En casos específicos, en los que no se cuenta con orden médica, pero de la historia clínica o algún concepto de los profesionales de la salud se puede advertir la necesidad de suministrar lo requerido por el accionante, el juez podrá ordenar la entrega de medicamentos, procedimientos y dispositivos no incluidos en el PBS. Con fundamento

¹⁴ Sentencias T- 829 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-155 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-1219 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-899 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁵ Sentencia T-873 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹⁶ Ante este problema, la Sentencia precisó que “*lo anterior plantea un problema de autonomía personal en la aceptación de los medicamentos ordenados por el médico tratante... el paciente queda en libertad de aceptar los medicamentos o tratamientos que le son prescritos por su médico tratante, y debe respetársele la decisión que se tome al respecto. Sin embargo, cuando el paciente ha decidido aceptar la orden de su médico tratante, la EPS está en la obligación de entregar los medicamentos, si... hace parte del POS y cuando están excluidos, su entrega depende de la previa verificación de los demás requisitos definidos por esta Corporación*”.



en estas subreglas, la Corte Constitucional ha ordenado el suministro de servicios y tecnologías como pañales, pañitos húmedos y sillas de ruedas.

EXÁMEN DEL CASO CONCRETO:

Analizada la pretensión de la accionante, a la luz del precedente jurisprudencial que se sintetizó en el acápite anterior, la conclusión que se impone es que hay lugar a conceder el amparo solicitado por cuanto se trata de una persona de la tercera edad, lo que per se la hace un sujeto de especial protección por parte del Estado, quien además está afiliada al sistema de salud a través del régimen subsidiado y por tanto se presume su falta de capacidad económica para adquirir por su cuenta los servicios médicos que le fueron prescritos por su médico tratante y que no le han sido suministrados en su totalidad por la EPS.

Con todo, no se reúnen los presupuestos necesarios para conceder la totalidad de las pretensiones que la actora reclama, específicamente el servicio de cuidador domiciliario que sugiere el médico general que trata a la accionante. Conclusión a la que se llega al consultar el precedente jurisprudencial que ha fijado la Corte Constitucional al respecto y que se sintetiza a continuación:

En relación con la atención de cuidador¹⁷, 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 salud¹⁸.

Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico¹⁹, esta Corte ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado²⁰. 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 afecta²¹. 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.

¹⁷ En relación con los cuidadores, la Sentencia T-154 de 2014 expresó que éstos: “(i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.”

¹⁸ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 de 2014 y T-414 de 2016.

¹⁹ Al respecto, la Sentencia T-096 de 2016 indicó: “Las actividades desarrolladas por el cuidador, según lo anterior, no están en rigor estrictamente vinculadas a un servicio de salud, sino que le hacen más llevadera la existencia a las personas dependientes en sus necesidades básicas”.

²⁰ En Sentencia T-154 de 2014 la Sala Tercera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional analizó dos acciones de tutela interpuestas por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de unos individuos. En una de ellas la Sala estudió la negativa que se hizo del servicio de cuidador que fue solicitado y que tomó sustento en la consideración de la accionada de que dicho servicio debe ser proporcionado por el núcleo familiar del afiliado.

Al respecto, la sala determinó que el servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación que atienda directamente al restablecimiento de la salud, razón por la cual no debe ser, en principio, asumida por el sistema de salud. No obstante, la Sala concedió el amparo deprecado pues reconoció que si bien el deber de cuidado de un pariente enfermo es principalmente de la familia, de manera subsidiaria puede constituirse en una obligación que se imponga en cabeza de la sociedad y del Estado, quienes deben acudir a su ayuda y protección cuando la familia no pueda asumirlo.

²¹ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 de 2014 y T-414 de 2016.



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”²² 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 2016²³ 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 correspondiente²⁴. 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.

(...)

No obstante, se considera que a la luz del tratamiento que la 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 requieren²⁵. 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 vínculos²⁶.

Es así como se ha reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que **(i)** existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y **(ii)** en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve **imposibilitado materialmente** para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado²⁷.

Se subraya que para efectos de consolidar la “imposibilidad material” referida debe entenderse que el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio: **(i)** no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por **(a)** falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o **(b)** debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; **(ii)** resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y **(iii)** carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio²⁸.

²² De conformidad con la Resolución No 3951 del 31 de agosto de 2016, estos servicios corresponden a aquellos que “*si bien no pertenece[n] al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad.*”

²³ Contenido que no fue alterado con la expedición de la Resolución 532 del 22 de febrero de 2017.

²⁴ Normativa que debe ser leída en concordancia con lo dispuesto en la Resolución 5928 del 30 de noviembre de 2016.

²⁵ En Sentencia T-414 de 2016 se expresó por la Corte que: “*el servicio de cuidador no [es] en estricto sentido una prestación que deban suministrar las EPS, pues se trata principalmente de una función que no demanda una idoneidad o entrenamiento en el área de la salud, en tanto está más vinculada al socorro físico y emocional a la persona enferma, por lo cual es una tarea que corresponde, en primera instancia, a los familiares –en virtud del principio de solidaridad– o, en su ausencia, al Estado.*”

²⁶ Es de destacar que adicionalmente en Sentencia T-154 de 2014 se reconoció que “*los deberes que se desprenden del principio de la solidaridad son considerablemente más exigentes, urgentes y relevantes cuando se trata de asistir o salvaguardar los derechos de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (como por ejemplo la población de la tercera edad, los enfermos dependientes, los discapacitados, entre otros)*”.

²⁷ En Sentencia T-414 de 2016 se indicó que: “*aunque en principio las entidades promotoras de salud no son las llamadas a suministrar el servicio de cuidado en mención, se han contemplado circunstancias excepcionalísimas que deben ser examinadas con el máximo de precaución para determinar la necesidad de dicho servicio, a saber: (i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.*” (negritas fuera del texto original)

²⁸ Ver, entre otras, las Sentencias T-782 de 2013, T-154 y T-568 de 2014, T-096 y T-414 de 2016, así como la T-208 de 2017.



Se dice que en este 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 esta 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

Obsérvese que en los hechos de la tutela nada se dice respecto de las condiciones del núcleo familiar de la paciente, y se pretende la autorización del cuidador domiciliario por parte de la EPS como si se tratara de una evidente obligación de la Entidad accionada, cuando, como quedó dicho, es una responsabilidad que solo excepcionalmente se le atribuye. Así las cosas, tal pretensión se negará.

Ahora bien, parafraseando a la Corte Constitucional²⁹, sobre la situación de los pañitos húmedos, verificadas las Resoluciones 5267 de 2017 y 244 de 2019 se colige que los mismos cuentan con una exclusión expresa como resultado del proceso técnico- científico y participativo para la exclusión de las tecnologías, por lo que su suministro a los usuarios del SGSSS solo se puede exigir de forma excepcional.

La jurisprudencia de la Corporación se ha pronunciado en cuanto a los insumos de aseo como son los pañitos húmedos, habiéndoles dado el carácter de necesarios para brindar una vida digna a los pacientes, siempre que se requieran con ocasión de una enfermedad como epilepsia, parkinson, derrame cerebral o situación de discapacidad³⁰.

Refulge evidente la atención que de manera especial debe ser brindada a los pacientes de la tercera edad, con mayor razón si esas personas se encuentran padeciendo una enfermedad crónica, momento en el que debe darse una protección a la dignidad humana y evitarles cualquier tipo de sufrimiento³¹.

Justamente los instrumentos internacionales también brindan protección a los adultos mayores, al señalar que *“mediante Resolución A46/91, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó los Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad. Este documento conmina a los Estados a incluir dentro de sus políticas internas los principios de independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad para este grupo poblacional. Específicamente, se incorpora el derecho de los adultos mayores a tener acceso a bienes y servicios básicos como “[... alimentación, agua, vivienda, vestimenta y atención de salud adecuados, mediante ingresos, apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia]”³².*

(...)

Esta Corte En Sentencia T-208 de 2017 resolvió la situación jurídica de tres personas, entre las que es posible distinguir la del señor Carlos David Osorno, quien, por las patologías que lo afectaban, era absolutamente dependiente de su hermano. Por su parte, este último solicitó a la accionada le otorgaran atención domiciliaria, pues aducía no contar con la posibilidad de prestar por sí mismo las atenciones que su hermano requiere, ni, por sus condición económica, de contratar su prestación por un tercero.

Al respecto, la Corte consideró pertinente conceder el amparo impetrado y ordenar se suministre el servicio de cuidador domiciliario requerido, pues se consideró que *“(i) la vida o integridad personal se ven amenazadas o vulneradas en la medida que no puede valerse por sí mismo; (ii) este servicio no puede ser sustituido por otro; (iii) la persona y su grupo familiar carecen de recursos para sufragar los costos del cuidador; y (iv) si bien el servicio que se requiere no fue prescrito por un médico adscrito a la EPS, se trata de un hecho notorio”.*

²⁹ Sentencia T-528/19

³⁰ Sentencia T-215 de 2018, T-260 de 2017 y T-552 de 2017.

³¹ Sentencia T-610 de 2013.

³² Sentencia T-239 de 2016.



De esta forma, se erige como una obligación gubernamental en relación con los adultos mayores como sujetos de especial protección constitucional: *“el garantizar el derecho a la salud a la persona de la tercera edad que le permita a estos sujetos especiales el desarrollo de la vida en condiciones de dignidad, de allí que la protección a la salud sea inmediata por vía de tutela cuando quiera que este derecho resulte amenazado”*³³.

Por lo anterior y ante la importancia que dentro de un Estado social de derecho tiene el derecho a la vida digna como base de los derechos *ius* fundamentales, y en cuanto a la procedencia excepcional de los insumos que se encuentran excluidos del PBS, como son los pañitos húmedos, no debe perderse de vista que en el caso *sub examine* nos encontramos frente a 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 aseo³⁴.

Ahora bien, en lo atinente a lo expresado por la EPS accionada en torno a que se reclaman servicios médicos que se encuentren dentro de la EXCLUSIÓN DEL PBS, se resalta que conforme al precedente de la Corte Constitucional, el juez constitucional podrá ordenar la entrega de prestaciones no cubiertas por el PBS cuando el suministro: (i) sea imp rescindible para garantizar la supervivencia o la dignidad del paciente; (ii) sea insustituible por lo cubierto en el PBS; (iii) sea prescrito por los médicos adscritos a la EPS de afiliación del paciente; y (iv) no pueda ser cubierto con la capacidad económica del paciente.

En este caso, la EPS se limitó a manifestar que no estaba dentro del plan de beneficios, sin manifestar si era posible sustituirlo por otro que, si estuviere expresamente incluido, y, en todo caso, como se dijo los servicios médicos le fueron prescritos por su médico tratante y la accionada no controvertió sobre su pertenencia a la red de prestadores de la EPS, por lo cual se deben concebir como el tratamiento adecuado para tratar su enfermedad.

Entonces, en el presente caso concluye el despacho, que están dados los requisitos exigidos por la CORTE CONSTITUCIONAL para conceder la tutela del derecho fundamental a la salud, cuya falta de capacidad se presume por el hecho de encontrarse la accionante afiliada al régimen subsidiado en salud a través de la accionada, ello según la consulta realizada por esta agencia judicial en forma directa en el ADRES, del cual se depende lo siguiente:

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES

Información de Afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud

Resultados de la consulta

Información Básica del Afiliado :

COLUMNAS	VALORES
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	CC
NUMERO DE IDENTIFICACIÓN	26915797
NOMBRES	ANA MERCEDES
APELLIDOS	ROBLES CONTRERAS
FECHA DE NACIMIENTO	11/04/1949
DEPARTAMENTO	CESAR
MUNICIPIO	TAMALAMEQUE

Datos de afiliación :

ESTADO	ENTIDAD	REGIMEN	FECHA DE AFILIACION EPS-CÓDIGO	FECHA DE FINALIZACION DE AFILIACION	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	ASMET SALUD EPS S.A.S	SUBSIDIADO	01/04/2011	31/12/2999	CABEZA DE FAMILIA

³³ Sentencia T-405 de 2017.

³⁴ Similar decisión se tomó en sentencia T-215 de 2018.



En este orden de ideas se ordenará a ASMET SALUD EPS, le autorice y materialice la entrega a la señora ANA MERCEDES ROBLES, de los PAÑITOS HÚMEDOS en la cantidad y periodicidad ordenada y justificada por su médico tratante con ocasión de las patologías que padece “(DX: ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA, HIPERTENSIÓN ARTERIAL, DESNUTRICION PROTEICO CALORICA MODERADA,”

Finalmente, se negará la pretensión tendiente a que se ordene el suministro del tratamiento integral a la actora, pues la Corte Constitucional ha señalado que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación³⁵, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte³⁶; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente³⁷. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque 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 deberes³⁸.

Lo anterior, pese a que la entidad negó el suministro de los pañitos húmedos cuya entrega se ordena a través de este trámite, pues en principio se trata de un servicio excluido del Plan de Beneficios, evidenciándose según la fórmula médica aportada en este trámite, que son varios los servicios que le fueron prescritos y que se entiende le fueron suministrados por la entidad, pues de otra manera hicieran parte de las pretensiones de la acción de tutela, lo que permite concluir que la EPS ha estado presta a brindarle los servicios médicos que ha requerido la usuaria.

³⁵ Cfr., Sentencias T-030 de 1994, T-059 de 1997, T-088 de 1998, T-428 de 1998, T-057 de 2013, T-121 de 2015, T-673 de 2017. De conformidad con lo expuesto en la Sentencia T-057 de 2013, este tipo de negligencias se reprochan porque: “*pueden implicar la distorsión del objetivo del tratamiento o cirugía ordenada inicialmente, prolongar el sufrimiento, deteriorar y agravar la salud del paciente e incluso, generar en éste nuevas patologías, y configurar, en consecuencia, una grave vulneración del derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida digna de un paciente*”.

³⁶ Cfr., Sentencias T-224 de 1999, T-760 de 2008, T-520 de 2012, T-673 de 2017, T-405 de 2017, T-069 de 2018. Al respecto, la Sentencia T-224 de 1999, adujo que: “*no es normal que se retrase la autorización de cirugías, exámenes o tratamientos que los mismos médicos del I.S.S. recomiendan con carácter urgente, pues ello va en contra de los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir o perder un miembro de su cuerpo, sino también cuando implican la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación del tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida o su consecución*”. La Sentencia T-760 de 2008, por su parte, reconoció que “*Toda persona tiene derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requiera. En tal sentido, toda persona tiene derecho, entre otras cosas, a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder integralmente a los servicios de salud que requiere con necesidad, como ocurre, por ejemplo, cuando el acceso implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado*”. (Subrayas agregadas). Así también, en un caso resuelto por esta Corporación a través de Sentencia T-520 de 2012, en el que se discutía si la no realización de una cirugía a un paciente con cáncer de esófago dada la falta de disponibilidad de cupos en la IPS vulneraba su derecho a la salud, este tribunal concluyó que “*(...) La EPS accionada, entonces, no podía excusarse en la falta de disponibilidad para dejar de prestarle un servicio de salud requerido al accionante, ya que estaba en capacidad de utilizar todos sus recursos para procurar que le practicaran efectivamente el procedimiento médico ordenado, y no se enfrentaba a un problema de disponibilidad de servicios insuperable e imprevisible. Aceptar lo contrario supondría admitir que la demandada podía refugiarse en su propia negligencia para dejar de prestar un servicio de salud requerido, y desconocer que la función básica de las EPS es garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud de sus afiliados*”. Por la misma razón, en Sentencia T-673 de 2017, esta Corte afirmó que “*el Estado y los particulares vinculados a la prestación del servicio público de salud, deben facilitar su acceso en términos de continuidad, lo que implica que las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que comporten la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos internos o con las IPS contratadas, que impidan la finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes*”.

³⁷ Cfr., Sentencias T-057 de 2009, T-320 de 2013 y T-433 de 2014. También, sobre el particular afirmó este tribunal en la Sentencia T-607 de 2016, que “*(...) a toda persona que sea diagnosticada con cáncer se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, continua y, sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente*”.

³⁸ Cfr., Sentencias T-469 de 2014, T-702 de 2007 y T-727 de 2011.



Afincado en lo anterior, el JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL EN ORALIDAD DE VALLEDUPAR, administrando justicia en nombre de la República de COLOMBIA y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER la tutela del derecho a la salud de la señora ANA MERCEDES ROBLES, dentro del presente trámite promovido contra de ASMET SALUD EPS,

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal de ASMET SALUD EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta 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.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la acción de tutela.

CUARTO: Notifíquese por el medio más expedito a las partes interesadas.

QUINTO: De no ser impugnado este fallo, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE:

Firmado Por:

**CLAURIS AMALIA MORON BERMUDEZ
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 003 CIVIL MUNICIPAL VALLEDUPAR**

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

Código de verificación:

74f2e6263a86eac81cb47e31528202049afc99bd93a8bd81708db0d4a16b8683

Documento generado en 12/08/2020 03:35:51 p.m.