



## ACCIÓN DE TUTELA

68001-40-88-016-2021-00148-00

Bucaramanga, catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

### COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 1 del Decreto 1382 del 2000, compilado en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

### ASUNTO A DECIDIR

Dentro del término legal, el Despacho entra a resolver la acción de tutela promovida por RAMIRO DIAZ PEREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No.13.841.967, actuando como agente oficioso de GLORIA ELSA DIAZ PEREZ identificada con cédula de ciudadanía número 37.810.637, en contra de la NUEVA E.P.S y la SECRETARIA DE SALUD DE SANTANTANDER para la protección de los derechos fundamentales constitucionales presuntamente vulnerados a la vida, salud, seguridad social, vida digna e igualdad.

### HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

GLORIA ELSA DIAZ PEREZ de 69 años de edad, se encuentra afiliada al régimen de seguridad social en salud bajo el régimen subsidiado con NUEVA E.P.S y en la actualidad se encuentra diagnosticada con "DEMENCIA DE LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, NO ESPECIFICADA Y OTROS TRASTORNOS DE ANSIEDAD ESPECIFICADOS".

El accionante manifiesta que su hermana no controla esfínteres por lo cual debe usar pañales con cambios de 2 o 3 veces diariamente, y pedir ayuda a sus vecinos para asearla, cambiarle el pañal y vestirla.

En virtud de lo anterior, el 25 de octubre del presente, el médico tratante indicó la necesidad de valoración por equipo multidisciplinario de la EPS para definir el servicio de cuidador en casa, no obstante alega el accionante que hasta la fecha no se ha resuelto sobre el mismo.

### PRETENSIÓN

Solicitó la accionante que se protejan los derechos fundamentales la vida, salud, seguridad social, vida digna e igualdad., y en consecuencia se resuelva:

1. Ordenar a la NUEVA EPS nombrar y enviar al cuidador en casa y la entrega de pañales marca tena talla L, crema anti escaras y pañitos húmedos.

### ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del pasado dos (2) de diciembre del corriente, el Despacho avocó el conocimiento de la presente acción constitucional, dentro del cual corrió el respectivo traslado a la NUEVA E.P.S y vinculó de oficio a la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER, para que en el término de un (01) día ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

#### Respuestas obtenidas:

**1. La NUEVA E.P.S** señaló en cuanto a la solicitud de suministro del SERVICIO DE AUXILIAR DE ENFERMERÍA Y/O CUIDADOR DOMICILIARIO 12 o 24 HORAS Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.  
j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





(SUGERENCIA QUE SEA CUIDADA POR LA FAMILIA), SUMINISTRO DE PAÑALES, CREMAS, PAÑITOS, NO SE EVIDENCIABA RADICACIÓN EN EL SISTEMA DE SALUD Y MUCHO MENOS ÓRDENES MÉDICAS RECIENTES DE GALENOS ADSCRITOS A LA RED DE NUEVA EPS. Por lo tanto, alegó que se requería orden médica, formato de justificación e historia clínica para que fueran radicados en la oficina de atención al usuario para que el comité realizara el análisis y trámite de aprobación.

De igual forma, expuso que, al efectuar el estudio del caso, no existían elementos de juicio necesario que permitieran acreditar los supuestos de hecho que originaron la presente acción, ya que los servicios solicitados no habían sido ordenados por el médico tratante y sólo eran pretendidos por el accionante de forma escrita sin consideración de la *lex artis* de los galenos. Máxime cuando, el servicio de cuidador domiciliario, no se encontraba dentro del plan de beneficios en salud- pbs y debía ser tramitado vía MIPRES directamente por el médico tratante y bajo orden médica.

Así las cosas, solicitó se denegara por improcedente la acción toda vez que el servicio, NO SE ENCONTRABA DENTRO DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD – PBS y no se vislumbraba orden médica reciente y recalcó que prevalece, para cuidado de las personas, la familia como principio de solidaridad familiar y su capacidad familiar.

**2. LA SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER** señaló que según la normatividad que regula el plan de beneficios en salud todos los exámenes pruebas y estudios médicos ordenados así como los procedimientos quirúrgicos suministros y medicamentos que se requieran con posterioridad deben ser cubiertos por la EPS y todas las entidades que participan en la logística de la entidad en salud están sujetas a las normas constitucionales que protegen los derechos fundamentales y demás garantías que de ellos se suscita. Según la jurisprudencia constitucional, advirtió que ninguna entidad podía desconocer lo que necesita el paciente bajo ningún concepto siendo su obligación imperativa prestar los servicios de salud con idoneidad oportunidad y calidad dando cumplimiento a lo establecido por las normas constitucionales. Ahora bien en el caso de que nos ocupa, expresó que la EPS accionada no podía desligarse de su obligación de proveer todo lo necesario para el cumplimiento de la atención integral oportuna de Gloria Elsa Díaz Pérez pues finalmente era su deber como EPS eliminar todos los obstáculos que les impidieran a los afiliados acceder oportuna y eficazmente a los servicios que requerían de acuerdo a su necesidad. Así las cosas, expuso que la situación fáctica en esta oportunidad debía ser resuelta por el EPS, excluyendo de cualquier tipo de responsabilidad a la secretaria de salud.

## **ANÁLISIS DE PROCEDENCIA**

Antes de realizar el estudio del caso planteado, considera este Despacho que debe verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contemplados en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

### **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA**

El artículo 86 de la Constitución, establece que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales por sí misma o por quien actúe en su nombre, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos que señale la ley, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así entonces, dicha normativa «*contiene los elementos de procedencia de la acción de tutela, entre ellos, el relacionado con la legitimación en la causa, la cual se entiende como*»  
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.  
jl6pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





*la potestad que tiene una persona para invocar sus pretensiones o controvertir aquellas que se han aducido en su contra. De esta manera, el primero de los eventos se conoce como legitimación en la causa por activa y el segundo como legitimación en la causa por pasiva»<sup>1</sup>.*

## **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA**

En la presente causa, se advierte que, quien acude a la acción de tutela, es el hermano de la persona ofendida, en calidad de agente oficioso, de conformidad con el inciso 2° del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 en el cual el legislador delegado previó que se podían agenciar derechos ajenos «cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa».

Los elementos normativos de la agencia oficiosa están señalados expresamente en el Decreto 2591 de 1991 y de manera implícita en la Constitución y en los decretos reglamentarios de la acción tutela, los cuales la H. Corte Constitucional a través de la Sentencia T – 531 de 2002, MP. Dr. Eduardo Montealegre Lynett, los sintetiza de la siguiente manera: «(i) La manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal. (ii) La circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa. (iii) La existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos (iv) La ratificación oportuna por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignados en el escrito de acción de tutela por el agente».

Posteriormente, esa Corporación, mediante sentencia T-029 de 2016 ha indicado que: «La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales».

El Despacho encuentra que la legitimidad en la causa por activa, se cumple en el caso objeto de estudio, en consideración a que la agenciada es una persona de la tercera edad y que debido a sus precarias condiciones de salud, le es difícil promover las acciones por sí misma.

## **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**

La legitimidad en la causa por pasiva es la condición del sujeto contra quien se dirige la acción, de ser el llamado a responder por la presunta vulneración del derecho amenazado.

De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución y 5° del Decreto 2591 de 1991, la entidad accionada es demandable a través de la presente tutela, puesto que es la persona jurídica encargada de garantizar la prestación del servicio público esencial de salud en los términos de los artículos 177 y 181 de la Ley 100 de 1993.

Es así que sobre la legitimación por pasiva de la acción, el Despacho verifica que se cumple con el requisito en la medida que la entidad accionada, NUEVA E.P.S., es la encargada de garantizar la prestación del servicio público de salud de la agenciada.

A su vez, se encuentra legitimada por pasiva de la SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER teniendo en cuenta que en el régimen subsidiado los servicios requeridos podían llegar a soportarse económicamente con cargo a dicha entidad, por lo cual puede llegar a tener cierto grado de responsabilidad dentro de la presente actuación.

## **INMEDIATEZ**

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.  
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.  
jl6pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co



Entendiendo que este requisito se refiere a que la interposición de la acción de tutela se dé dentro de un término razonable, contado a partir del momento de ocurrencia del hecho alegado como transgresor de los derechos fundamentales, para este Despacho se encuentra satisfecha esta exigencia, toda vez que, el motivo que da lugar a la pretensión de la acción tiene fundamento en la historia clínica y orden médica del 25 de octubre del cursante y la presente acción fue interpuesta el 2 de diciembre del corriente, es claro que se trata de un hecho continuado que, según la exposición del accionante y el acervo probatorio, puesto que RAMIRO DIAZ PEREZ desplegó acciones tendientes a la materialización de las ordenes expedidas a favor de GLORIA ELSA DIAZ PEREZ, por lo que considera este Estrado que ha transcurrido un tiempo razonable, es decir, poco más de 1 mes entre la historia clínica y orden expedida y la interposición de la acción de tutela, con lo cual se encuentra acreditado este presupuesto de procedibilidad.

## **SUBSIDIARIEDAD**

Conforme al inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, el requisito de subsidiariedad hace referencia a que la acción de tutela se constituye como un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario; es decir, que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; o cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada y efectiva los derechos fundamentales en cada caso concreto.

Es preciso establecer que si bien el presente caso debe someterse al procedimiento establecido en la Ley 1122 de 2007 y Ley 1438 de 2011, que otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud, para la resolución de controversias entre las E.P.S. y sus afiliados, es importante tener presente, que la persona afectada es sujeto de especial protección constitucional debido a sus particulares condiciones de salud, situación que le impide acudir a la Superintendencia Nacional de Salud en igualdad de condiciones que otras personas, por lo tanto, existe cierta flexibilidad frente al cumplimiento del referido requisito, haciendo que el trámite jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no sea un medio idóneo ni eficaz para esta persona, máxime que si bien se creó con la intención de brindar una alternativa expedita y eficaz para la reclamación de este tipo de pretensiones, lo cierto es que aún cuenta con múltiples falencias en su estructura y desarrollo normativo.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

En esta ocasión, corresponde al Juez de tutela establecer si (i) ¿se han vulnerado los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, vida digna e igualdad de BETULIA FLORES DE ROJAS por parte de GLORIA ELSA DIAZ PEREZ al no otorgarle el suministro de pañales, pañitos, crema anti escaras y el servicio de cuidador en casa?

## **CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

### **GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

La acción de tutela se encuentra contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1.991, como el medio más expedito y eficaz para lograr que cesen o se detengan aquellas acciones u omisiones que vulneran o amenazan un derecho fundamental, no obstante, la misma se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, es decir, sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares.



Esto es, está prevista como un mecanismo procesal, complementario y específico que tiene por objeto la protección concreta de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando estos sean violados o se presente amenaza de su violación.

El ejercicio de la acción está condicionado a que la parte demuestre la existencia de una amenaza concreta y específica de violación de los derechos fundamentales cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública y en casos definidos por la ley a sujetos particulares.

La tutela es un instrumento de carácter directo porque siempre presupone una actuación preferente y sumaría a la que el afectado puede acudir solo en ausencia de cualquier otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

## **DERECHO A LA SALUD**

Ahora, resulta pertinente referir que el derecho a la salud – invocado por la agente oficiosa del accionante - se encuentra plasmado en la Carta Constitucional, en el artículo 49, en los siguientes términos:

*«La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.»*

*Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley [...]».*

Por consiguiente, las empresas promotoras de salud, ya sean del sector público o privado, están en el deber de garantizar la atención médica requerida por los usuarios, el cual es prestado a través de las instituciones adscritas a las E.P.S., siendo el Estado, el responsable por la disponibilidad continua de los servicios inherentes a la seguridad social, por cuanto si bien es cierto este no es un derecho fundamental, adquiere esa calidad por conexidad, cuando se pone en riesgo derechos fundamentales, como la vida.

No sin olvidar que el mismo cuenta con un carácter de derecho fundamental autónomo en atención a la «estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas»<sup>2</sup>. Por lo que la atención en salud «debe ser prestada de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, respecto de la segunda, la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 del Texto Superior»<sup>3</sup>.

Es por ello, que para la Corte, los beneficiarios en salud, no pueden ver paralizado, ni obstaculizado un tratamiento médico, por razones de tipo administrativo, trámites que solo le competen a las entidades prestadoras de salud, los cuales deben ser ajenos a la prestación del servicio, y por ende no deben afectar la protección ofrecida por el Estado,

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 121 de 2015. MP, Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 121 de 2015. MP, Luis Guillermo Guerrero Pérez.



**Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio  
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías**

amén que estas entidades que prestan el servicio en salud, no debe realizar actos que comprometan la continuidad de la prestación del servicio.

Respecto a este derecho que tiene todo usuario a que se le continúen prestando los servicios en salud sin dilación alguna, es claro que lo que el mismo busca es garantizar una prestación de estos servicios, en forma continua y permanente, ello con el fin de proteger los derechos a la vida y a la salud de las personas, independientemente de cómo sea asumida la prestación de los servicios, ya sea directamente por la entidad a la cual se halla vinculado, o por los centros médicos o clínicas con los que contrate.

Esta garantía constitucional, de continuidad en el suministro de servicios en salud, a la que se ha venido haciendo referencia, permite cumplir con las fases de recuperación, inherente al derecho a la salud, y en pro de la misma, deben garantizarse que sus afiliados y afiliadas, reciban los servicios necesarios para que tal recuperación sea total y efectiva.

En sentencia T-170 de 2002 la Corte dispuso que en el ámbito de la salud, es necesario tener en cuenta aquellos tratamientos o medicamentos que de ser suspendidos implicarían la grave y directa afectación de su derecho a la vida, a la dignidad humana o a la integridad física. En este sentido, señaló que *«no sólo aquellos casos en donde la suspensión del servicio ocasione la muerte o la disminución de la salud o la afectación de la integridad física debe considerarse que se está frente a una prestación asistencial de carácter necesario. La jurisprudencia ha fijado casos en los que desmejorar inmediata y gravemente las condiciones de una vida digna ha dado lugar a que se ordene continuar con el servicio»*.

El usuario entonces, tiene derecho durante todo el proceso de su enfermedad, a que se le preste asistencia de calidad por parte de los trabajadores de la salud, debiendo por tanto el paciente contar con certeza y seguridad de que su salud se encuentra en manos del personal idóneo para brindarle el tratamiento de prevención o rehabilitación de sus padecimientos.

Debe tenerse en cuenta, que el médico que trata la enfermedad de un paciente, es la persona que establece la necesidad o no, de realizar un tratamiento o procedimiento para restablecer el estado de salud del mismo, y que le permita a éste llevar una vida en condiciones dignas, y por ello, la entidad prestadora de salud, no puede negarse a autorizarlo, sobre la base de aspectos económicos, administrativos, etc.

### **LA ATENCIÓN DOMICILIARIA EN SUS MODALIDADES DE SERVICIO DE ENFERMERÍA Y CUIDADOR.**

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional, 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.*<sup>4</sup>

*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*<sup>5</sup>.

*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*

<sup>4</sup> Sentencias T-154 y T-568 de 2014, así como la T-414 de 2016.

<sup>5</sup> *Ibidem*



*autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud<sup>6</sup>.*

*Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-154 del 2014 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.*

### **ATENCION DOMICILIARIA-Procedencia del servicio de cuidador domiciliario en circunstancias especiales**

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que, como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: (1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio<sup>7</sup>.

### **DERECHO AL DIAGNOSTICO.**

Ahora bien, la materialización del derecho fundamental a la salud implica que el paciente cuente con un *diagnóstico efectivo*. Lo anterior lleva consigo: (i) una valoración oportuna sobre las dolencias que aquejan al paciente, (ii) la determinación de la enfermedad que padece y (iii) el establecimiento de un procedimiento médico específico a seguir para lograr el restablecimiento de su salud<sup>8</sup>. Al mismo tiempo, la jurisprudencia Constitucional ha dispuesto que el derecho al diagnóstico efectivo comprende lo siguiente:

*"(i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles"<sup>9</sup>.*

De acuerdo con lo anterior, el derecho a un diagnóstico efectivo consiste en la prescripción oportuna, idónea y eficaz de un tratamiento estricto y específico de acuerdo a las condiciones particulares del paciente, por parte de los médicos adscritos a la EPS de éste, pues bien son los que por sus conocimientos científicos deben determinar la necesidad en

<sup>6</sup> Sentencia T-154 de 2014 y T-414 de 2016.

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-015-21

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-020 de 2017. M. P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencias T-970 de 2008 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-923 de 2014 y T-132 de 2016 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.

j16pmpalcbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co



los servicios o tratamientos que requiera aquel dirigido a la recuperación de su salud o al alivio de su dolencia.

## **ACCESO A MEDICAMENTOS, SERVICIOS, PROCEDIMIENTOS Y TECNOLOGÍAS NO INCLUIDAS EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD**

La Honorable Corte Constitucional ha aceptado la posibilidad de reconocer tratamientos o suministros que no están incluidos o que están expresamente excluidos del POS. No obstante, para ello, se deben agotar las siguientes exigencias:

*"(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) 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"<sup>10</sup>.*

Por ende, las EPS desconocen el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido dentro de lo que era el Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan de Beneficios de Salud) cuando aun existiendo las citadas condiciones se rehúsan a prestar el servicio médico.

Ahora bien, entre los suministros excluidos del POS, se encuentran los pañales y los insumos de aseo, en donde la citada Corporación ha concluido que se constituyen en un bien necesario para atender las patologías que ponen al sujeto que las sufre en condiciones de imposibilidad o en dificultad para realizar normalmente sus necesidades fisiológicas. En dicho contexto, los pañales se convierten en un producto estrechamente vinculado al derecho fundamental a la vida digna. Así lo dispuso dicha Judicatura al contemplar:

*"los accionantes tienen derecho a acceder al servicio de salud que disminuya la incomodidad e intranquilidad que les genera su incapacidad física. Si bien los pañales desechables no remedian por completo esta imposibilidad, sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia"<sup>11</sup>. (Subraya fuera de texto).*

En ese orden de ideas se entiende que el suministro de los pañales a las personas que los requieren de manera continua lleva consigo la necesidad de garantizar condiciones mínimas de higiene y salubridad. Ello, por demás, influye en el estado de salud del paciente.

Por otra parte, en lo que respecta a la crema antiescaras y los pañitos húmedos debe recordarse que si bien son insumos expresamente excluido en el POS de conformidad con el artículo 130, de la resolución 5521 de 2013. Sin embargo, se debe reiterar que una constatación de esta naturaleza no es por sí misma una justificación suficiente para negar la autorización y prestación de dichos insumos, pues bien deben revisarse las exigencias anteriormente señaladas con fines de determinar la urgencia y necesidad explícita del mismo.

## **PROHIBICIÓN DE ANTEPONER BARRERAS ADMINISTRATIVAS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD**

La prestación eficiente y efectiva del servicio de salud no puede verse interrumpida a los usuarios por la imposición de barreras administrativas que diseñe la misma entidad

<sup>10</sup> Sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa)

<sup>11</sup> Sentencias T-056 de 2015 (MP. Martha Victoria Sáchica Méndez) y T-096 de 2016 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva)



prestadora del servicio para adelantar sus propios procedimientos. En tal sentido, cuando se afecta la atención de un paciente con ocasión de circunstancias ajenas al afiliado y que se derivan de la forma en que la entidad cumple su labor, se desconoce el derecho fundamental a la salud de los afiliados, porque se dificulta su ejercicio por cuenta del traslado injustificado, desproporcionado y caprichoso de las cargas administrativas de las E.P.S. a los afiliados<sup>12</sup>.

Esta Corte ha reconocido los efectos perjudiciales y contraproducentes, para el ejercicio del derecho fundamental a la salud de los pacientes, causados por las barreras administrativas injustificadas y desproporcionadas implantadas por las EPS a los usuarios, los que se sintetizan de la siguiente manera<sup>13</sup>:

*«i) Prolongación injustificada del sufrimiento, debido a la angustia emocional que genera en las personas sobrellevar una espera prolongada para ser atendidas y recibir tratamiento;*

*ii) Posibles complicaciones médicas del estado de salud de los pacientes por la ausencia de atención oportuna y efectiva;*

*iii) Daño permanente o de largo plazo o discapacidad permanente debido a que puede haber transcurrido un largo periodo entre el momento en que la persona acude al servicio de salud y el instante en que recibe la atención requerida;*

*iv) Muerte, que constituye la peor de las consecuencias y que ocurre por la falta de atención pronta y efectiva, puesto que la demora reduce las posibilidades de sobrevivir o su negación atenta contra la urgencia del cuidado requerido».*

## **DEL RECOBRO ANTE LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER**

Es importante señalar que la E.P.S tiene la obligación de suministrar todo lo que necesite la persona para recuperar sus funciones básicas o para llevar sus dolencias en forma digna y cuando estos elementos no estén contemplados dentro del Plan de Beneficios en Salud la entidad no se desliga de su obligación, pues tiene derecho a hacer recobro ante la ADRES, ya que se entiende que no se pueden imponer cargas onerosas a las entidades más allá de lo que legalmente pueden y deben soportar.

Por lo tanto, el recobro opera por ministerio de la ley, sin que haya necesidad de orden judicial que lo disponga, recuérdese que la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, estableció:

*«6.2.1.2. Órdenes específicas a impartir” dispuso: “ii) no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC.»*

Y, frente a la orden de recobro de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, es menester traer a colación la tesis manejada por la Corte Constitucional:

*«Ahora bien, desde la perspectiva de que al Estado le asiste la Obligación subsidiaria de asumir el costo de los servicios de salud no incluidos en los planes de beneficios, la Corte, atendiendo a los mandatos contenidos en las Leyes 100 de 1993 y 715 de*

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-405 de 2017. MP, Dr. Iván Humberto Escruera Mayolo.

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-718 de 2016. MP, Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.



**Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio**  
**Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías**

*2001, ha concluido que el reembolso de los costos de los servicios de salud No POS a favor de las EPS, están a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, cuando tales servicios se autorizan dentro del Régimen Contributivo, y a cargo de las Entidades Territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos), en los casos en que los servicios no POS se reconocen dentro del Régimen Subsidiado.*

*Por su parte, la atribución a las Entidades Territoriales para atender el costo de los servicios no POS en el Régimen Subsidiado, encuentra un claro fundamento en las Leyes 100 de 1993 (arts. 215 y sig.) Y 715 de 2001 (art. 43), las cuales, además de atribuirle a "las direcciones locales, Distritales y Departamentales de salud" y a "los fondos seccionales, distritales y locales de salud", la administración del régimen y el manejo de los recursos pertenecientes al mismo, expresamente le asignan a las primeras la asunción de los servicios de salud no cubiertos con los subsidios a la demanda, esto es, de los servicios no incluidos en el POS subsidiado»<sup>14</sup>*

Así las cosas, no le corresponde al Juez Constitucional ordenar recobros al ADRES y/o Secretaria de Salud, puesto que el mismo opera por ministerio de ley, igualmente, el recobro es un derecho constitucional y legal que tienen las E.P.S.

### **CASO CONCRETO**

En cuanto al caso bajo estudio, se tiene que GLORIA ELSA DIAZ PEREZ se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social –SGSS- en el régimen subsidiado, a través de la Entidad Prestadora de Salud NUEVA E.P.S., actualmente se encuentra diagnosticada con "DEMENCIA DE LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, NO ESPECIFICADA Y OTROS TRANSTORNOS DE ANSIEDAD ESPECIFICADOS", producto de lo cual manifiesta el accionante que aquella requiere: « cuidador en casa y la entrega de pañales marca tena talla L, crema anti escaras y pañitos húmedos ».

Por su parte, la SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER, señaló que era deber de las E.P.S garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de a sus afiliados, eliminando cualquier tipo de barrera que impidiera el disfrute de los servicios. Sin embargo, la NUEVA E.P.S advirtió frente al servicio de cuidador domiciliaria, que no obraba orden médica y que de conformidad al principio de solidaridad eran los familiares quienes en primera instancia debían proporcionar el cuidado y socorro de sus parientes, a su vez frente a los pañitos húmedos, pañales desechables y crema anti escaras expresó que no se encontraban dentro del plan de beneficios en salud- pbs y debían ser tramitados vía *mipres* directamente por el médico tratante.

Ahora bien de las circunstancias fácticas anotadas, encuentra esta falladora que, la agenciada es una adulta mayor de 69 años de edad quien sufre de ciertas patologías como Alzheimer y ansiedad. Al respecto cabe recordar que la señora GLORIA ELSA DIAZ PEREZ es un sujeto de especial protección constitucional, pues al ser un adulto mayor, cuenta con dicha prerrogativa, así lo ha determinado la Honorable Corte Constitucional al señalar que: "los adultos mayores son un grupo vulnerable, por ello han sido catalogados como sujetos de especial protección constitucional en múltiples sentencias de esta Corporación. Desde el punto de vista teórico, esto puede obedecer a los tipos de opresión, maltrato o abandono a los que puede llegar a estar sometida la población mayor, dadas las condiciones, físicas, económicas o sociológicas, que la diferencian de los otros tipos de colectivos o sujetos"<sup>15</sup>.

De tal forma, dicha Corporación ha reiterado que "las personas de la tercera edad, dadas las condiciones fisiológicas propias del paso del tiempo, se consideran sujetos de especial protección constitucional (i) cuando los reclamos se hacen en el plano de la dignidad humana, o cuando está presuntamente afectada su "subsistencia en condiciones dignas, la

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencia T – 438 de 2009, MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, sentencia T-252-17

Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.

j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





**Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio**  
**Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías**

*salud, el mínimo vital, (...) o cuando resulta excesivamente gravoso someterlas a los trámites de un proceso judicial ordinario". Recalcó que no solo el Estado debe proveer un trato diferencial, sino que el principio de solidaridad impone incluso a los particulares esforzarse para apoyar a los adultos mayores, y lograr los fines protectores que impone el ordenamiento superior respecto de ellos<sup>16</sup> (subraya fuera de texto)*

En ese orden de ideas, las patologías que aquejan a la agenciada merecen una especial protección constitucional. Del expediente se advierte orden médica del 25 de octubre del 2021 donde se prescribe *QUETIAPINA X 100GR TABLETA CANTIDAD 30, MEMANTINA 20MG TABLETA CANTIDAD 30 Y CLOZAPINA TABLETA 25MG CANTIDAD 30*. Sin embargo, en esta ocasión el accionante requiere para su hermana servicios médicos tales como cuidador, pañales tena talla L, pañitos y crema antiescaras, de los cuales no existe orden médica alguna, empero, de la historia clínica sí puede leerse la orden del galeno tratante consistente en *VALORACION MÉDICA POR EQUIPO DISCIPLINARIO DE LA EPS PARA DEFINIR CUIDADOR EN CASA*.

Al respecto, debe advertirse la naturaleza de la figura del cuidador domiciliario. De tal forma, se tiene que el cuidador de personas en situación de dependencia: (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.

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 y, además de la ayuda y colaboración que les prestan, les sirven también en algún sentido como soporte emocional y apoyo en la difícil situación en que se encuentran, asistiéndolos cuando están limitados drásticamente en su locomoción, en su aseo e higiene personal, suministrando los medicamentos que consumen, e incluso, organizando y manteniendo adecuados los espacios físicos y el lugar que utilizan para descansar.

Dado principalmente su carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud, la Corte Constitucional ha dicho que en términos generales el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que viven con ella, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad.

Sin embargo, es claro que no siempre los parientes con quien convive la persona dependiente se encuentran en posibilidad física, psíquica o emocional de proporcionar el cuidado requerido por ella. Pese a que sean los primeros llamados a hacerlo, puede ocurrir que por múltiples situaciones no existan posibilidades reales al interior de la familia para brindar la atención adecuada al sujeto que lo requiere, a la luz del principio de solidaridad, pero, además, tampoco la suficiencia económica para sufragar ese servicio. En tales situaciones, la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado.

Así, compete en primer lugar a la familia solidarizarse y brindar la atención y cuidado que necesita el pariente en situación de indefensión. En virtud de sus estrechos lazos, la obligación moral descansa en primer lugar en el núcleo familiar, especialmente de los miembros con quien aquél convive. Con todo, si estos no se encuentran tampoco,

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia T-598-17  
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.  
jl6pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co



Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio  
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías

principalmente, en la capacidad física o económica de garantizar ese soporte, el servicio de cuidador a domicilio, cuya prestación compromete la vida digna de quien lo necesita, debe ser proporcionado por el Estado.

Ahora, en el caso *sub examine*, si bien no existe una orden médica del servicio de cuidador si se evidencia orden de *VALORACION MÉDICA POR EQUIPO DISCIPLINARIO DE LA EPS PARA DEFINIR CUIDADOR EN CASA*, la cual no se ha realizado, y cuya necesidad se evidencia de las afirmaciones del accionante quien, presenta unas condiciones de salud que dificultan aparentemente el cuidado y atención de la adulto mayor; hecho que permite concluir el deber de la EPS y sus especialistas en los diagnósticos de la paciente, de realizar dicha valoración en virtud además del derecho al diagnóstico, y a una vida digna.

A su vez, frente a los pañitos húmedos, crema antiescaras y pañales, pese a que el actor alega que los mismos son necesarios en aras de garantizar la dignidad de su hermana, lo cierto, es que aquellos no han sido prescritos por su médico tratante, por lo cual, pese a que se trate de insumos buscan garantizar la dignidad humana y que no pueden ser sustituidos por otros, frente a los que además, sus familiares aparentemente no pueden costearlos, en todo caso la prescripción de los mismos debe ser otorgada por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, en aras de que sea el especialista en el área y con los conocimientos necesarios en la materia, quien pueda determinar a ciencia cierta su necesidad y las condiciones en que en dado caso, deba otorgarse, mas aun cuando, de la historia clínica que se allegó, no se advierte que la paciente padezca incontinencia urinaria.

Así las cosas y ante la inexistencia de orden médica alguna y una evidente e indiscutible necesidad de los insumos, no puede entrar esta falladora a ordenar la materialización de un servicio médico del cual no existe soporte, pues debe recordarse que como lo ha expuesto la Honorable Corte Constitucional en sentencia T- 345 del 2013: "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. 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. (Subraya fuera de texto).

En consecuencia, es que se hace necesario por este estrado judicial, ordenar a NUEVA E.P.S realizar JUNTA MÉDICA DE ESPECIALISTAS EN LAS PATOLOGÍAS PADECIDAS POR LA PACIENTE, para que sean estos los que determinen de acuerdo al diagnóstico actual, ámbito familiar y el estado de salud en que se encuentra la señora GLORIA ELSA DIAZ PEREZ si aquella requiere o no el servicio de cuidador domiciliario y a su vez sean estos los que señalen conforme a las condiciones de salud de la paciente si aquella requiere de pañales, pañitos y crema antiescaras, así como las cantidades y calidades en que en caso positivo, deban otorgarse.

Finalmente, respecto al recobro ante la SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER, es pertinente indicar que el recobro es un derecho legal que les asiste a todas las Entidades Promotoras de Salud conforme lo dispone el Decreto 806 de 1998, por lo que es innecesaria una orden de tutela en tal sentido, es decir se genera por el ministerio de la ley, siendo la acción de tutela inocua para atender aspectos puramente administrativos, en tanto la misma está diseñada para proteger los derechos fundamentales, no para atender pagos o prestaciones económicas que de suyo no deben ser reclamadas por ésta vía *ius fundamental*.

Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.  
j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





Con fundamento en las razones fácticas y probatorias, el **JUZGADO DIECISEIS (16) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE BUCARAMANGA (S)**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO.- TUTELAR** los derechos fundamentales a la salud, y vida digna de GLORIA ELSA DIAZ PEREZ identificada con cédula de ciudadanía número 37.810.637, conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO.- ORDENAR** al representante legal de NUEVA E.P.S - S o a quien haga sus veces, que en el término de dos (02) días contados a partir de la notificación del presente fallo, proceda a programar y realizar JUNTA MÉDICA DE ESPECIALISTAS EN LAS PATOLOGIAS de la señora GLORIA ELSA DIAZ PEREZ, para que sean los médicos especialistas quienes determinen de acuerdo al diagnóstico actual, ámbito familiar y el estado de salud en que se encuentra la paciente, si esta requiere o no el servicio de CUIDADOR DOMICILIARIO, PAÑALES, PAÑITOS Y CREMA ANTIESCARAS, así como las cantidades y calidades en que en caso positivo, deban otorgarse. So pena de aplicar las sanciones que por desacato contempla la ley, conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

**TERCERO.- DECLARAR IMPROCEDENTE** el recobro -por vía de tutela- de NUEVA E.P.S., ante la SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER, conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

**CUARTO.- COMUNICAR** a las partes que contra este fallo procede la impugnación dentro del término de tres (03) días contados a partir de la notificación de la sentencia. De no impugnarse, envíese al día siguiente de su firmeza, ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**QUINTO.- NOTIFICAR** por el medio más idóneo, a las partes el contenido del fallo librando para ello las comunicaciones de ley. Una vez regrese el expediente de la Honorable Corte Constitucional, se ordena el archivo definitivo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**Firmado Por:**

**Angela Johanna Castellanos Barajas**  
**Juez**  
**Juzgado Municipal**  
**Penal 016 Control De Garantías**  
**Bucaramanga - Santander**

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: **bce732eedd9a5bff4f2f734a73d3b45f31e675a02c548898683e889a23d6c07d**

Documento generado en 14/12/2021 10:51:53 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>