



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN
ÁREA CONSTITUCIONAL

Pamplona, catorce de septiembre de dos mil veintidós

REF: EXP. No. 54-518-31-12-002-2022-00126-01
IMPUGNACIÓN ACCIÓN DE TUTELA
JUZGADO DE ORIGEN: SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO CON CONOCIMIENTO
EN ASUNTOS LABORALES
ACCIONANTE: BLANCA NUBIA BAUTISTA, agente oficioso de la señora TERESA DE
JESÚS ESTEBAN DE BAUTISTA
ACCIONADO: NUEVA EPS S.A.
VINCULADOS: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE
SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES–, IPS MEDICUC

MAGISTRADO PONENTE: JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
ACTA No. 146

I. A S U N T O

Se pronuncia la Sala respecto de la **IMPUGNACIÓN** formulada por la doctora **NATALI GUTIÉRREZ CALDERÓN**, en su condición de Apoderada Especial de la **NUEVA EPS S.A.**, contra el fallo emitido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de esta competencia el pasado 17 de agosto del año avante, que dispensó protección constitucional de los derechos fundamentales a la vida digna, salud, y seguridad social, en favor de la señora **TERESA DE JESÚS ESTEBAN DE BAUTISTA**, ordenando a la entidad recurrente:

“SEGUNDO: (...) que, en el término de 48 horas contados a partir del día siguiente a la notificación de esta providencia, autorice y garantice de manera efectiva...el servicio de CUIDADOR DOMICILIARIO EN TURNO DE 12 HORAS AL DIA PARA TRES (03) MESES, conforme a lo ordenado por su médico tratante. Así mismo, se advierte a la NUEVA EPS que, en lo sucesivo, el servicio de cuidador aquí mencionado y ordenado..., deberá autorizarse y garantizarse según lo que determine el médico tratante (pero siempre y cuando no sobrepase las 12 horas día como aquí se estudió)... con el fin de mejorar las patologías que presenta.

TERCERO: (...) Disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos y/o médico tratante, realice valoración médica de la Agenciada...; y sea(n) éste (os) quien(es) emita(n) un concepto en el que determine si los pañitos húmedos son necesariamente requeridos por la agenciada; y por consiguiente, con qué especificaciones; y en el evento de ser prescritos por el galeno tratante, se deberá disponer lo pertinente para que dentro de las 48 horas siguientes, para suministrar efectivamente

en la oportunidad y periodicidad ordenada por el médico tratante, los pañitos húmedos.

CUARTO: (...) suministre a la accionante..., el insumo médico denominado Guantes Talla M, el cual por no tener orden médica, está condicionado a la posterior ratificación del profesional tratante, que deberá efectuarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia; y en el evento de ser ratificados por el galeno tratante, se deberá disponer dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes el suministro efectivo de los mismos en la cantidad, oportunidad y periodicidad ordenada por el médico tratante.

QUINTO: (...) brindar y garantizar...el tratamiento integral que comprende suministro de medicamentos, exámenes, tratamientos, procedimientos, así como todo servicio que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de su salud en razón a las enfermedades que padece “M159- POLIARTROSIS, NO ESPECIFICADA”; “E107-DIABETES MELLITUS INSULINODEPENDIENTE CON COMPLICACIONES MÚLTIPLES”; “H900-HIPOACUSIA CONDUCTIVA BILATERAL”; “R32XINCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA”; “10X-HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA)”; H109- CONJUNTIVITIS, NO ESPECIFICADA”⁸², conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEXTO: NEGAR la petición de recobro y/o reembolso de todos aquellos gastos en que incurra la NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela (...).⁸¹.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y solicitud²

Del escrito tutelar y de los anexos se extrae que la agenciada, señora Teresa de Jesús Esteban de Bautista, de 93 años de edad, afiliada a la entidad accionada régimen contributivo, conforme a la historia clínica aportada, presenta diagnóstico principal de “POLIARTROSIS NO ESPECIFICADA”, y secundarios de “DIABETES MILLITUS, INSULINO DEPENDIENTE CON COMPLICACIONES MÚLTIPLES, HIPOACUSIA CONDUCTIVA BILATERAL, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA), CONJUNTIVITIS, NO ESPECIFICADA”.

A quien el médico tratante de la IPS MEDICUC, en visita domiciliaria realizada el pasado 18 de julio actual, con fundamento en el examen físico cumplido y análisis respectivo, le prescribió como plan de manejo “MEDIDAS GENERALES, HIDRATACIÓN ADECUADA,

¹ Folios 125-178 Expediente primera instancia

² Folios 4-21 Ídem

CAMBIOS DE POSICIÓN CADA 2 HORAS, HIGIENE DEL SUEÑO, RECOMENDACIONES NUTRICIONALES, RECOMENDACIONES POSTURALES, EDUCACIÓN A FAMILIAR Y CUIDADOR; MANEJO FARMACOLÓGICO SEGÚN FORMULA MÉDICA; VISITA DOMICILIARIA MENSUAL POR MEDICINA GENERAL; VALORACIÓN MULTIDISCIPLINARIA X FONOAUDIOLOGÍA, NUTRICIÓN, VAL PSICOLÓGICA, TERAPIAS INTEGRALES SEGÚN ORDEN MÉDICA; PAÑALES ADULTO TALLA L 2 AL DIA; P/UROANALISIS; P/ECOCARDIOGRAMA TRANASTORAXICO Y **CUIDADOR 12 HORAS AL DIA PARA 3 MESES (...)**”.

Manifiesta la agenciante que el mismo día (18 de julio), por medio de la oficina virtual de la Nueva EPS se radicó la solicitud de servicio de CUIDADOR 12 HORAS, sin embargo por el mismo medio, el día 23 siguiente, la entidad le responde lo siguiente: “No mandato judicial, que brinde ordenamiento al servicio solicitado, cuidador, por lo anterior no es posible autorización resolución 5928 de 2016, si usuaria cuenta con fallo de tutela favor radicar nuevamente adjuntando fallo y validar con jurídica”; circunstancia, que afirma la peticionaria, deja a TERESA DE JESÚS sin el servicio de cuidador que requiere.

Expone la actora, que recurre a la acción de tutela “para solicitar la protección de los derechos a la salud, vida digna, seguridad social que TERESA DE JESÚS requiere, pues ella es una persona en condición de vulnerabilidad, donde nuestra situación económica y la del grupo familiar no nos permiten garantizar de manera particular los servicios de cuidador 12 horas que ella requiere y su acceso a ellos”.

Menciona que el grupo familiar de la señora Teresa está conformado por ella (agenciante), como la persona que está al pendiente de sus medicamentos, preparación de alimentos y visitas durante momentos en el día y por un sobrino de la señora TERESA DE JESÚS, quien es universitario y vive con ella bajo el mismo techo; pero tiene hijos, esposo y trabajo, situación que no le permite quedarse en su casa, no obstante, “vivimos muy cerca y por ende en cualquier momento de la noche estoy a su disponibilidad”.

Respecto a la parte económica, indica que la agenciada percibe una pensión por el valor de un salario mínimo, “dinero destinado para el pago de las obligaciones básicas del hogar tales como servicios públicos, útiles de aseo, medicamentos, suplementos e insumos que no cubre la EPS y productos de la canasta familiar tales como los de supermercado y plaza”.

Agrega que la señora Teresa “no tuvo hijos y su esposo quien fue mi tío, falleció hace unos años, razón por la que he estado al pendiente..., ya que su sobrino debe salir a clases y yo tengo compromisos en mi trabajo, me permito informar que laboro en un restaurante hasta las 4 de la tarde y de allí le envié el desayuno y almuerzo, ya para la noche paso por su casa y le preparo los alimentos de la cena”. Resalta que no cuentan

con la capacidad económica para sufragar de forma particular lo concerniente al cuidador 12 horas ordenado por su médico domiciliario y aunado a ello, la NUEVA EPS no generó la autorización respectiva.

Por lo anterior, solicita “(...) (i) se tutelen los derechos fundamentales a la salud, igualdad, integridad física y a una vida digna de TERESA DE JESÚS ESTEBAN DE BAUTISTA; (ii) Ordenar al DIRECTOR DE LA NUEVA EPS y/o a quien corresponda que garantice y autorice de manera permanente...según formulario emitido por MEDICUC con fecha de aprobación 18/07/2022 CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS. De igual manera, solicito que dicho proceso se garantice de forma eficaz, ágil y oportuna para todas las veces que el médico tratante lo ordene; (iii) Ordenar al DIRECTOR DE LA NUEVA EPS y/o a quien corresponda que garantice y autorice de manera permanente la entrega de cada uno de los **MEDICAMENTOS, INSUMOS Y ATENCIÓN DOMICILIARIA**, tales como pañitos húmedos paquete por 100 unidades y guantes caja x 100 talla M, además de las que el médico tratante ordene; (iv) Para evitar presentar tutela por cada evento, solicito **SE ORDENE QUE LA ATENCIÓN SE PRESTE EN FORMA INTEGRAL**, es decir, todo lo que se requiera en relación a su diagnóstico actual, se preste en forma **PERMANENTE Y OPORTUNA**, según como lo ordene el médico tratante”.

2. Admisión de la tutela³

Mediante proveído del 04 de agosto actual, el Juzgado Segundo Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos laborales de esta ciudad admitió este resguardo constitucional, dispuso la vinculación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES⁴) y a la I.P.C. MEDICUC, a quienes solicitó pronunciamiento sobre los hechos de la acción de tutela.

Así mismo, solicitó información tendiente a establecer la capacidad económica de la agenciante así como de la señora Teresa de Jesús Esteban de Bautista, obteniéndose como respuestas⁵; que los medios de subsistencia de la accionante ascienden aproximadamente a un salario mínimo de trabajar en un restaurante que gasta en sus necesidades básicas como el pago de servicios públicos, alimentación y útiles de aseo contando con un bien inmueble de su propiedad destinado para su vivienda; e igualmente, los ingresos de la señora María Teresa provienen de la pensión de vejez por valor de un salario mínimo, que no cuenta con familiar alguno que pueda brindarle los cuidados que requiere, que si bien se ha encargado de velar por la calidad de vida y

³ Folios 24-26 Ídem

⁴ En adelante

⁵ Folios 80-82 ídem

cuidados básicos, lo es cuando su trabajo y obligaciones se lo permiten, agregando que la vivienda donde vive María Teresa es propia.

3. Intervención de la accionada⁶

La Nueva EPS S.A., a través de Apoderada Especial, en respuesta a la acción tutelar, precisa, en primer término, que verificado el sistema integral de la entidad se evidencia que el usuario **“está en estado ACTIVA para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO”** y se le han brindado los servicios requeridos conforme a las prescripciones médicas, dentro de sus competencias y la red de servicios contratada.

Resalta que de la revisión de los anexos aportados a la solicitud de tutela “NO se observa orden médica o historia clínica que prescriba PAÑITOS HUMEDOS, GUANTES, por cuanto debe surtirse valoración previa con médico de la red de prestadores de NUEVA EPS, que realice pronunciamiento específico, frente a la necesidad o no de los servicios solicitados. CANTIDAD, TIEMPO DEL TRATAMIENTO E INTENSIDAD HORARIO, toda vez que es el galeno tratante en atención a su autonomía profesional el llamado a determinar el plan de tratamiento (...).”

Recuerda el contenido de la sentencia de la Corte Constitucional T-160 de 2014, respecto a “la decisión proveniente de un médico tratante es la más acertada debido a que es él, el que tiene el conocimiento y la experticia en materia de salud y por ende, el operador jurídico deba basarse en dicha posición”.

Respecto al servicio de cuidador domiciliario por 12 horas, indica que “NO SE ENCUENTRA INCLUIDO EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD, QUE, EN PRIMERA MEDIDA, CORRESPONDE A LA FAMILIA DEL AFILIADO EN ATENCIÓN AL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD”.

Trae a colación la sentencia T – 015 del 20 de noviembre de 2021, en la que se precisan las funciones del cuidador domiciliario, cuales son: “i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.³⁸ ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS.³⁹ iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de

⁶ Folios 85-110 ídem

*solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y **cuando exista orden del médico tratante**".*

Resalta que el servicio de cuidador domiciliario, se requiere para el cuidado personal del paciente, por tanto, no hacen parte del ámbito de la salud y en consecuencia no están a cargo de la EPS sino de la familia de acuerdo al principio de solidaridad, no catalogándose en el presente asunto los criterios excepcionales para otorgarlo, por cuanto no existe soporte de la incapacidad del núcleo familiar de brindar el cuidado de la paciente, aclarando que dicha incapacidad no solamente es física sino que también le asiste a la familia la obligación de brindar el cuidado de la paciente desconociendo la composición del núcleo familiar, las profesiones que ejercen, bienes que tengan y los ingresos que perciben, información necesaria para determinar su limitación para brindar el servicio.

Hace alusión al tratamiento integral señalando **"NO SE EVIDENCIA NINGUNA MANIFESTACION POR PARTE DEL ACCIONANTE FRENTE A LAS SOLICITUDES MEDICAS DEJADAS DE AUTORIZAR POR PARTE DE NUEVA EPS, QUIEN HA GARANTIZADO LAS MISMAS Y LA PRESENTE ACCIÓN SE FUNDA EN LA SOLICITUD DE CUIDADOR DOMICILIARIO, SERVICIO QUE SOLO SE AUTORIZA VÍA EXCEPCIONAL DE TUTELA, (...)"**, aclarando que exceder los lineamientos de la normatividad vigente no es conducente, "por lo que al evaluar la procedencia de conceder **TRATAMIENTO INTEGRAL** que implique hechos futuros e inciertos respecto de las conductas a seguir con el paciente", considera conveniente remitirse al artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, en el entendido que "la protección de los derechos fundamentales se basa en una vulneración o amenaza que provenga de autoridad pública o de los particulares"; de donde se sigue que no es viable proteger derechos que no han sido amenazados, pues hacerlo constituye "presumir la mala actuación de esta institución por adelantado. No puede presumir el fallador que en el momento en que el usuario requiera servicios no le serán autorizados".

En tal virtud, solicita, de manera principal "(i) se deniegue por improcedente la presente acción constitucional toda vez que el servicio de enfermería domiciliaria y/o cuidador domiciliario, para satisfacer sus actividades básicas fisiológicas e instrumentales de la vida diario y que por su condición no puede realizar el paciente por sí solo, toda vez que son funciones que deben ser asumidos en primera medida por la familiar, tras no estar contempladas en el ámbito de la salud, máxime que el servicio solicitado no se encuentra dentro del Plan de Beneficios en Salud – PBS; (ii) se deniegue la solicitud de atención integral, la cual hace referencia a los servicios futuros e inciertos que no han sido siquiera

prescritos por los galenos tratantes y se anticipa una supuesta prescripción, cuando puedan resultar aun servicios que no son competencia de la EPS, como los no financiados por los recursos de la UPC; (iii) se deniegue por improcedente la solicitud de entregar los pañitos húmedos por no encontrarse incluidos dentro del Plan de Beneficios en Salud, por lo tanto, no son competencia de la EPS para su suministro, aunado al hecho de que no presenta prueba siquiera sumaria de la orden médica que permita determinar la necesidad del insumo solicitado”.

4. Intervención de los vinculados

4.1. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES-, a través de la Oficina Jurídica⁷, solicita negar el amparo invocado frente a esa entidad, atendiendo que de los hechos y del material probatorio se establece *“que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, (...)”;* además de precisar la inviabilidad de conceder el recobro, *“en tanto los cambios normativos y reglamentarios (...) demuestran que los servicios, medicamentos o insumos **en salud** necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los Presupuestos Máximos; además de que los recursos son actualmente girados antes de cualquier prestación”.* No obstante, de conceder el amparo, pide se module la decisión con el fin de comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

4.2. MEDICUC. I.P.S. LTDA.⁸

Informa que la accionante ha recibido por parte de la entidad una atención oportuna y de calidad en concordancia con las órdenes emitidas, agregando que en cuanto al cuidador domiciliario 12 horas, radicó ante la NUEVA EPS la solicitud de autorización para los meses de julio, agosto y septiembre, en razón a que la orden actual del médico tratante incluía el servicio para dicha vigencia, la cual fue devuelta por no existir mandato judicial.

Agrega que respecto de los medicamento e insumos que la usuaria requiere para la atención de su enfermedad, así como la atención integral que reclama, dependen de la NUEVA EPS realizar las entregas a través de su red prestadora de servicios contratada para tal fin.

III. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE IMPUGNACIÓN⁹

⁷ Folios 37-78

⁸ Folios 113-123 ídem

⁹ Folios 125-178

La Juez constitucional primaria para conceder la solicitud de amparo, como se advirtió, luego de hallar cumplidos los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, en lo que compete al tema de inconformidad, estableció lo siguiente:

1. De la prestación del servicio de cuidador por 12 horas diarias

Luego hace alusión a jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tópico y evidenciar que *“(...) obra a la foliatura una prescripción médica de fecha 18 de julio de 2022 que demuestra la necesidad de este servicio a favor de la señora TERESA DE JESÚS ESTEBAN DE BAUTISTA, tal como lo ha establecido el Doctor JUAN JOSÉ RANGEL adscrito a MEDICUC IPS LTDA. En conclusión, frente al primero de los requisitos... se evidencia la necesidad del servicio de Cuidador para mejor calidad de vida de la agenciada y prevenir desmejoras en su estado actual de salud, tal y como fue considerado en su momento por el profesional de la salud tratante”*.

Así mismo, verificó los elementos que deben concurrir para ordenar a la Nueva EPS la prestación del servicio en favor de la agenciada, encontrando probado *“(...) que el núcleo familiar (agente oficiosa sobrina de su esposo fallecido), no cuenta con la capacidad económica para sufragar los gastos de cuidador solicitado, en desarrollo del deber de solidaridad frente al Sistema de Seguridad Social, por parte de sus familias, porque no tienen los medios físicos y económicos para poder contribuir al acceso del derecho a la salud de la agenciada y en especial con el cuidador 12 horas al día, máxime cuando en gracia de discusión, se podría tomar que la solidaridad del núcleo familiar de la agenciada (que es la agente oficiosa sobrina de su esposo fallecido), estaría presente en el cuidado que éste le prestaría dentro de las 12 horas restante, que básicamente serían las nocturnas*.

Así, concluyó estar en presencia de uno de los eventos excepcionales que obligan al Estado a concurrir al suministro de un cuidador, en los términos requeridos por el paciente.

2. Del suministro de pañitos húmedos y guantes.

Luego de citar jurisprudencia constitucional consideró la juez de primera instancia que se encontraban reunidos los requisitos establecidos en la Sentencia T-485 de 2019, en razón a que (i) las enfermedades que padece la agenciada resultan ser un elemento que constituye un insumo fundamental para mejorar, dignificar y hacer más llevadera la situación de salud, en tal sentido, la negativa de la NUEVA EPS en autorizar este insumo, impide que la señora TERESA DE JESÚS ESTEBAN DE BAUTISTA goce de una óptima calidad de vida; (ii) no se advertía la existencia de otro elemento dentro de los servicios y tecnologías de la salud que pudiera permitir el mejoramiento de la calidad

de vida de la agenciada, y en consecuencia, pudiera sustituirse o reemplazar los pañitos húmedos que requiere; y, (iii) la accionante como su núcleo familiar no cuentan con recursos económicos para costear directamente el valor del insumo; (iv) si bien no obra dentro del expediente orden médica motivo por el cual no es posible ordenar su dispensación por esta vía de manera directa, de acuerdo a la sentencia SU-508 de 2020 y de verificar la información aportada al plenario, logró inferir un indicio razonable de afectación a la salud y vida digna en relación con dicho insumo requerido frente a la agenciada teniendo en cuenta que es una persona de la tercera edad sujeto de especial protección por las múltiples patologías que padece, que demuestran la necesidad de pañitos húmedos al no existir orden médica.

En igual sentido hizo pronunciamiento respecto al suministro de guantes cuyo fin es garantizar una higiene adecuada de la actora previniendo riesgos biológicos y/o infecciones, ordenando el suministro de los dos insumos que pese a no tener órdenes médicas, estarán condicionados a la posterior ratificación del profesional tratante y en caso de darse la convalidación, deberá disponerse el suministro efectivo de los mismos, en la cantidad, oportunidad y periodicidad ordenada.

3. De la garantía del tratamiento integral

Accedió a la solicitud de tratamiento integral ante *“la negligencia en la prestación de los servicios médicos de la agenciada ya que no ha autorizado ni materializado el servicio médico ordenado desde el 18 de julio de 2022, por ende, la NUEVA EPS, no ha estado atenta a las prestaciones médicas que ha requerido la señora TERESA DE JESÚS ESTEBÁN DE BAUTISTA”*. Además de considerar la condición de sujeto de especial protección de la peticionaria y la demanda de una atención médica de manera completa y en condiciones de oportunidad, eficiencia y calidad de todos los servicios y tecnologías a fin de paliar o curar las enfermedades que padece.

4. De la petición de reembolso

Finalmente, negó la petición de recobro elevada por la entidad accionada, comoquiera que *“(...) tal aspecto no es del resorte del presente mecanismo constitucional, donde se dirime la conculcación o amenaza de derechos fundamentales...teniendo la NUEVA EPS a su disposición, otros medios de defensa administrativos y judiciales para tal fin”*.

IV. LA IMPUGNACIÓN¹⁰

La apoderada especial de la Nueva EPS S.A., con argumentos similares a los expuestos en la contestación del presente trámite constitucional, direcciona su inconformidad

¹⁰ Folios 190-221 Ídem

principalmente hacia **i)** la revocatoria de lo ordenado frente al cuidador domiciliario, puntualizando el deber de solidaridad del grupo familiar, además de no haberse aportado orden médica donde se indique la pertinencia en la prestación del servicio solicitado; **ii)** al igual que la orden de suministro de pañitos húmedos y guantes, toda vez que no se encuentra incluidos en el Pan de Beneficios en Salud y por lo tanto no son de su competencia para el suministro; **iii)** se revoque la orden de atención integral, la cual hace referencia a servicios futuros e inciertos que no han sido prescritos por los galenos tratantes anticipándose una supuesta prescripción; **iv)** y de manera subsidiaria, que de confirmarse el fallo de tutela, se adicione, *“en el sentido de FACULTAR a la NUEVA EPS S.A., para que en virtud de la Resolución 205 de 2020, por medio de la cual se establecieron unas disposiciones en relación al presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPS, se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios”*.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia de la Sala

Al tenor del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 es competente esta Sala para conocer la impugnación de la acción de tutela formulada.

2. Problemas jurídicos

De acuerdo con la situación fáctica planteada, corresponde determinar **(i)** si la NUEVA EPS ha vulnerado los derechos fundamentales a la vida digna, salud, seguridad social y dignidad humana de la señora Teresa de Jesús Esteban de Bautista, al no autorizar lo ordenado por el médico tratante consistente en *“cuidador, 12 horas diarias”*, como se advierte de las prescripciones emitidas el 18 de julio de 2022; además, **(ii)** si la referida entidad debe autorizar la entrega de pañitos húmedos y guantes que sean ordenados por el médico tratante; **(iii)** si debe prestar tratamiento integral según el cuadro clínico que presenta la usuario; así mismo, **(iv)** la viabilidad de que por este mecanismo se faculte a la NUEVA EPS para que realice el recobro ante el ADRES.

Para solucionar el problema jurídico planteado, estima la Sala pertinente abordar el caso concreto, refiriéndose a los siguientes temas: **i)** Examen de procedencia de la acción tutelar; **ii)** Derecho a la salud de la actora como sujeto de especial protección constitucional; **iii)** Del servicio de cuidador domiciliario; **iv)** Del suministro de pañitos húmedos y guantes; **v)** Principio de integralidad predicable del derecho a la salud y la

orden de tratamiento integral; **vi)** De la orden de recobro; examinados esos aspectos se proferirá **vii)** La decisión.

3. Caso concreto

3.1 Del examen de procedencia de la acción

Para la Sala, el resguardo constitucional es procedente en razón a que cumple con los requisitos básicos exigidos por la Constitución (Art. 86). A saber:

(i) Legitimación activa: Por cuanto la señora Blanca Nubia Bautista, claramente manifiesta actuar como agente oficiosa para reclamar la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, salud, seguridad social y dignidad humana de la señora Teresa de Jesús Esteban de Bautista, quien, además, conforme a la historia clínica aportada al plenario y otros anexos¹¹, tiene 93 años edad, presenta diagnóstico principal de “*POLIARTROSIS, NO ESPECIFICADA*” y *secundarios “DIABETES MELLITUS INSULONODEPENDIENTE CON COMPLICACIONES MULTIPLES, HIPOACUSIA CONDUCTIVA BILATERAL, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA) Y CONJUNTIVITIS NO ESPECIFICADA”*, recibe atención domiciliaria; escenario éste, en el que terceras personas están facultadas para solicitar el amparo de los derechos de otros, como lo autoriza el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991. Así se cumple en el presente asunto este requisito.

(ii) Legitimación pasiva: El amparo se invocó en contra de la Nueva EPS, entidad que presta el servicio público de salud a la agenciada, en consideración a la afiliación que ostenta en el régimen contributivo, ante quien reclama el suministro de los servicios médicos e insumos que les fueron prescritos por el médico tratante el día 18 de julio de 2022 y a quien igualmente le corresponde garantizar el tratamiento integral que demanda la paciente.

(iii) Principio de inmediatez: La tutela se interpuso en un término prudencial entre la actuación que supuestamente vulneró los derechos del accionante, 18 de julio de 2022 fecha en la que el médico tratante le prescribió el servicio de cuidador 12 horas diarias, pañitos húmedos, guantes, tratamiento integral, entre otros, y la presentación de la acción¹², 04 de agosto de 2022.

(iv) Subsidiariedad: La parte actora no cuenta con otro medio judicial ordinario de defensa idóneo y eficaz, para solicitar la protección de los derechos fundamentales, no

¹¹ Folios 13-21 idem

¹² Folios 12 idem Acta de Reparto

solo por las condiciones particulares de la señora Teresa de Jesús Esteban de Bautista, en razón a su edad (93 años) y los graves quebrantos de salud que la aquejan, que demanda del Estado una especial protección constitucional; también por la ineficacia y falta de idoneidad del mecanismo establecido ante la Superintendencia Nacional de Salud, como lo ha concluido la Corte Constitucional en múltiples oportunidades, debido a las falencias que se han evidenciado su estructura¹³.

Así, superados los requisitos de subsidiariedad, se pasa a estudiar el asunto en particular.

3.2 Del Derecho a la salud de la actora como sujeto de especial protección constitucional.

A partir de la narrativa fáctica y la epicrisis adosada al plenario, es evidente que la señora Teresa de Jesús Esteban de Bautista, identificada con la cédula de ciudadanía número 27.776.664, tiene 93 años de edad, es beneficiaria del Sistema de Salud Régimen Contributivo ante la Empresa Motora de Salud – Nueva EPS; el día 18 de julio del año en curso, en consulta de “CONTROL Y SEGUIMIENTO DE PACIENTES CRÓNICOS POR MEDICINA DOMICILIARIA”, fue valorada por el médico general, quien, con ocasión de las patologías que la aquejan estableció como plan de manejo:

“- MANEJO FARMACOLOGICO SEGÚN FORMULA MEDICA

- VISITA DOMICILIARIA MENSUAL POR MEDICINA GENERAL
- VALORACIÓN MULTIDISCIPLINARIA X FONOAUDIOLOGIA, NUTRICIÓN, VAL PSICOLOGICA
- TEREAPIAS INTEGRALES SEGÚN ORDEN MEDICA
- PAÑALES ADULTO TALLA L 2 AL DIA
- P/UROANALISIS
- P/ ECOCARDIOGRAMA TRANSTORAXICO
- CUIDADOR 12 HORAS AL DIA PARA 3 MESES. P//TRAMITE (...).”

Condiciones de salud de la señora Teresa de Jesús que, aunados a su avanzada edad, la ubican en el grupo de personas que demandan un trato preferencial del Estado, con el fin de propender por la igualdad efectiva en el goce de sus derechos, y en ese orden, no hay duda de que se requiere la implementación de medidas orientadas a proteger a esta población frente a las omisiones o acciones que puedan suponer una afectación a sus garantías fundamentales¹⁴.

Circunstancia de especial protección constitucional que adquiere mayor relevancia respecto a los adultos mayores cuando: (i) los reclamos se hacen en el plano de la

¹³ Sentencias T-114 de 2019, T-192 de 2019, reiteradas en la sentencia T-195 de 2021

¹⁴ Sentencia T- 252 de 2017 reiterada en la T-066-20

dignidad humana, o (ii) está presuntamente afectada su “*subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, entre otros*”¹⁵. Así, les corresponde a las autoridades y, particularmente, al juez constitucional obrar con especial diligencia cuando se trate de este tipo de personas, pues, en atención a sus condiciones de debilidad manifiesta, resulta imperativo aplicar criterios eminentemente protectivos a favor de las mismas¹⁶.

Así, el Estado deberá protegerlas en razón a que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, que se ven obligadas a “*afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello el advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez*”¹⁷, razón por la cual se deberán garantizar todos los servicios relativos a la salud que ellos requieran¹⁸. En virtud de ello, la citada alta Corporación ha estimado que el derecho a la salud de estos sujetos es un derecho fundamental que reviste mayor importancia por el simple hecho de tratarse de adultos mayores, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran, y que se hace más exigente cuando su vitalidad se deteriora por las graves patologías que la agobian y que lesionan su dignidad humana.

3.3 Del servicio de cuidador domiciliario.

Como se citó con antelación, a la señora Teresa de Jesús Esteban de Bautista el médico tratante le prescribió el servicio de “*CUIDADOR 12 HORAS DIURNAS PARA TRES MESES*”, en consideración a las patologías que la aquejan y al examen físico practicado que la ubicó en la escala de Barthel 30/1000 con una “*Dependencia severa*”, escala de actividad de Karnofsky en 40 “*Inválido, incapacitado, necesita cuidados y atenciones especiales*”, escala de evaluación para la capacidad de marcha 1: “*Marcha con gran ayuda física de una persona*”.

Servicio que la Nueva EPS se resiste a suministrar, así se evidencia a partir de las manifestaciones de la accionante y las intervenciones de la entidad en el trámite constitucional de primera instancia y que reitera en sede de impugnación, tras considerar que dicho servicio además de no estar contemplado en el plan de beneficios de salud, aspectos a los que agrega, el deber de solidaridad del grupo familiar.

En efecto, el artículo 46 de la Carta Política establece que “*El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia*”.

¹⁵ Sentencia C-177 de 2016

¹⁶ Sentencia T-1178 de 2008

¹⁷ Sentencia T-634 del 26 de junio de 2008

¹⁸ Constitución Política, artículo 46

En cuanto al principio de solidaridad ha precisado la Corte Constitucional que aun cuando su materialización implica el despliegue de un conjunto de acciones por parte de varios sectores, lo cierto es que en el caso de los adultos mayores este *se hace más exigente*¹⁹, ya que corresponde, en primera medida, a la familia y subsidiariamente al Estado y la sociedad promover las condiciones para que dicha protección se haga efectiva. Sobre el particular, estimó ese Tribunal mediante sentencia T- 646 de 2007 que *“(...) la Constitución, al enunciar los sujetos obligados a prodigar atención o cuidado a las personas de la tercera edad, señala en una primera instancia a la familia ‘en la que los lazos de pertenencia, gratitud, solidaridad, etc., que se presume, se han generado durante la convivencia de sus miembros, la obligan a velar por cada uno de ellos, en especial por aquellos que, dadas sus condiciones especiales, requieran de atención especial (...)’”*.

Bajo la misma línea, la propia jurisprudencia ha explicado que, en cumplimiento del deber moral orientado por los lazos de afecto y consanguinidad que une a los miembros de una familia, le corresponde a estos últimos, en principio, contribuir activamente en la asunción de las dificultades que afronta una persona de la tercera edad para procurar su propio cuidado²⁰. Así, mediante sentencia T-024 de 2014, el órgano de cierre constitucional aseguró que *“en atención a los lazos de afecto y socorro mutuo que se presumen que existen al interior de la comunidad familiar”* es apenas lógico reconocer que dicho núcleo desempeña un papel protagónico en el cuidado y protección del adulto mayor, fungiendo como apoyo idóneo para brindarle guarda, cariño y apoyo mediante el desarrollo constante de actuaciones solidarias que, como bien lo ha considerado la Corte, constituyen *“(...) el soporte fundamental para lograr la recuperación o estabilización del paciente”*²¹.

No obstante lo expuesto, cabe señalar que el deber de solidaridad de la familia para con sus parientes en situación de vulnerabilidad no es absoluto, pues en ciertos casos, la misma puede ser relevada de asumir el cuidado por factores de orden emocional, físico o económico, que la imposibilitan para brindar la atención que la persona requiere²².

Así las cosas, el máximo Tribunal constitucional ha establecido que las competencias del Estado en materia de cumplimiento del deber de solidaridad se activan bajo dos supuestos a saber: (i) que la persona en condición de discapacidad o en situación de debilidad manifiesta se encuentre en estado de abandono y carezca de apoyo familiar²³,

¹⁹ Sentencia T-801 de 1998

²⁰ sentencia T-352 de 2010

²¹ Sentencia T-925 de 2011

²² Sobre la materia revisar las sentencias T-401 de 1992, T-851 de 1999, T-398 de 2000 y T-1090 de 2004, donde se analizó el deber de solidaridad de la familia frente a los casos donde los sujetos eran enfermos mentales, la Corte estimó excesivo imponerle la carga de asistencia a los parientes, y acudió al deber de solidaridad en cabeza del Estado para garantizar a esos pacientes la protección de sus derechos fundamentales

²³ T-533 de 1992

y (ii) que los parientes del enfermo o adulto mayor no cuenten con la capacidad física, emocional o económica requerida para asumir las obligaciones que se derivan del estado de su ser querido²⁴.

En todo caso, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que aun cuando se transfiera la obligación de cuidado a las entidades del Estado, los familiares no pierden sus obligaciones de auxilio y socorro para con sus parientes en situación de discapacidad y/o debilidad manifiesta. En este sentido mediante sentencia T-867 de 2008 se recordó que *“de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, aun en estos eventos la familia no puede desligarse completamente del cuidado y protección que demanda el enfermo, ya que ella debe seguir el proceso de acompañamiento en el tratamiento que requiera el paciente. En efecto, los parientes más cercanos del enfermo guardan la obligación de participar activamente del proceso de recuperación o estabilización, lo que constituye una manifestación del deber de solidaridad y responde fundamentalmente a la necesidad de asegurar que el paciente cuente con todas las condiciones necesarias para recuperar o mantener estable su estado de salud mental.//De manera que, aun en caso de que el Estado o la sociedad asuman directamente el cuidado del enfermo, sus familiares deben participar del proceso de alivio como elemento fundamental del tratamiento de la enfermedad, para lo cual es necesaria la coordinación de esfuerzos en aras de que ellos cuenten con la asesoría e información necesarias que les permitan contribuir eficazmente a la mejora o estabilidad de su pariente”*.

En síntesis, el principio de solidaridad le impone a cada miembro de nuestra sociedad el deber de ayudar a sus familiares cuando se trata del disfrute de sus derechos fundamentales. Lo anterior implica un mayor grado de compromiso en tratándose de personas de la tercera edad, quienes como se ha advertido se encuentran en situación de debilidad manifiesta con ocasión de las aflicciones propias de su edad o de las enfermedades que los aquejan, encontrándose limitados en la capacidad de procurarse su auto cuidado y, en consecuencia, requiriendo la ayuda de alguien más. Ante tal escenario, en principio, es competencia de la familia atender las necesidades de su pariente, y solo a falta de ella, el Estado y la sociedad concurrirán a su protección y auxilio.

Ahora bien, frente al servicio de cuidador, la Sentencia T-154 de 2014 determinó que el mismo: (i) es prestado generalmente por personas no profesionales en el área de la salud; (ii) a veces los cuidadores son familiares, amigos o sujetos cercanos; (iii) es prestado de manera prioritaria, permanente y comprometida mediante el apoyo físico necesario para que la persona pueda realizar las actividades básicas y cotidianas, y aquellas que se deriven de la condición médica padecida que le permitan al afectado

²⁴ Sentencias T-851 de 1999, T-398 de 2000 y T-867 de 2008

desenvolverse adecuadamente; y **(iv)** representa un apoyo emocional para quien lo recibe.

Es así que, en virtud del principio de solidaridad, este apoyo necesario puede ser brindado por familiares, personas cercanas o un cuidador no profesional de la salud²⁵. La Corte Constitucional ha señalado, de hecho, que el servicio de cuidador no es una prestación calificada cuya finalidad última sea el restablecimiento de la salud de las personas, aunque sí es un servicio necesario para asegurar la calidad de vida de ellas. En consecuencia, responde al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho e impone al poder público y a los particulares, determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos²⁶.

En el caso de los familiares, el máximo Tribunal constitucional ha destacado que se trata de un cuidado y función, que debe ser brindado en primer lugar por estos actores, salvo que estas cargas resulten desproporcionadas para la garantía del mínimo vital de los integrantes de la familia. Es decir, el deber de cuidado a cargo de los familiares de quien padece graves afecciones de salud no puede atribuirse un alcance tal *“que obligue a sus integrantes a abstenerse de trabajar y desempeñar las actividades que generen los ingresos económicos para el auto sostenimiento del núcleo familiar, pues esto a su vez comprometería el cuidado básico que requiere el paciente”*²⁷.

Para el órgano de cierre constitucional, a la luz de la Sentencia T-096 de 2016: *“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”*²⁸.

En el mismo sentido, en la Sentencia T-414 de 2016 determinó la Corte Constitucional que existen circunstancias excepcionálísimas en las que, a pesar de que las EPS no deben suministrar el servicio de cuidador en comento, se requiere en todo caso dicho servicio, y en consecuencia se debe determinar detalladamente si puede ser proporcionado o no. Dichas circunstancias son: *“(i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional de sus familiares, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como*

²⁵ Sentencia T-226 de 2015

²⁶ Ibidem

²⁷ Sentencia T-065 de 2018

²⁸ Sentencia T-096 de 2016

consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.”

A modo de reiteración, en la Sentencia T-065 de 2018, el órgano de cierre constitucional reconoció la existencia de eventos excepcionales en los que: (i) es evidente y clara la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) el principal obligado, -la familia del paciente, está *“imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga a la sociedad y al Estado”*²⁹, quien deberá asumir solidariamente la obligación de cuidado que recae principalmente en la familia.

Dijo esa providencia, que la *“imposibilidad material”* del núcleo familiar del paciente que requiere el servicio³⁰ ocurre cuando este: *“(i) no cuenta 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 servicio”*³¹.

Desde un punto de vista normativo y operativo, el Ministerio de Salud, mediante la Resolución 3951 de 2016, expedida con el propósito de darle cumplimiento al Auto de Seguimiento de la Corte Constitucional A-071 de 2016 y garantizar el acceso oportuno a los servicios y tecnologías en salud no cubiertos por el Plan de Beneficios con cargo a la UPC, definió precisamente en su artículo 3º como servicios o tecnologías complementarias, aquel *“servicio que si bien no pertenece 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”*. Una categoría que parecería describir prima facie, los servicios de los cuidadores enunciados, aunque sin precisarlo de manera expresa.

Sin embargo, con la Resolución 1885 de 2018³², modificada con las Resoluciones 2966, 1343 y 848 todas de 2019, sobre tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y servicios complementarios, quedó claro que la figura que se describe, sí pertenece a este tipo de servicios complementarios, ya que de acuerdo con el numeral 3 del artículo 3 de la Resolución 1885 de 2018 debe entenderse por cuidador:

“Aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que

²⁹ Sentencia T-065 de 2018

³⁰ 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.

³¹ Sentencia T-065 de 2018

³² *“Por medio de la cual se estableció el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPS”*

depende totalmente de un tercero, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud”.

Es más, el artículo 39 de la referida Resolución 1885, menciona con detalle los distintos requisitos que se deben cumplir para que las EPS asuman los costos de dicho servicio derivados de un fallo de tutela y realicen los recobros que correspondan, sin importar el régimen al que el paciente se encuentre afiliado.

Presupuestos cabalmente cumplidos en el caso concreto, para reclamar a la Nueva EPS, el servicio de “*CUIDADOR 12 HORAS DIURNAS PARA AYUDAR AL DEPENDIENTE A REALIZAR LAS ACTIVIDADES BÁSICAS*”, a favor de la señora Teresa de Jesús Esteban de Bautista, como lo prescribió el médico tratante desde el pasado 18 de julio y lo amparó el Juez de instancia, máxime cuando fue el mismo galeno tratante quien determinó “*EN ESCALA BARTHEL DEPENDENCIA SEVERA, ESCALA DE ACTIVIDAD DE KARNOSFKY INVALIDO INCAPACITADO, NECESITA CUIDADOS Y ATENCIONES ESPECIALES, ESCALA DE EVALUACIÓN PARA LA CAPACIDAD DE MARCHA-MARCHA CON GRAN AYUDA FÍSICA DE UNA PERSONA (...)*”³³.

Acorde con lo expuesto, se tiene que la agenciada es una persona de edad avanzada, que a pesar de que goza del sistema de salud del régimen contributivo al encontrarse afiliada a la NUEVA EPS, se evidencia una falencia de acceso que afecta su salud y su dignidad humana, dado que la entidad, pese a lo ordenado por el galeno tratante -cuidador, 12 horas diarias, turno diurno-, no ha atendido lo por él dispuesto.

Se destaca que, aunque se trata de cuidados que no requieren ser prestados necesariamente por un profesional en salud, sí son parte de la ayuda que puede brindar el denominado “*cuidador*”; que, como servicio fundado en el principio de solidaridad, constituye una obligación que debe ser asumida por el Estado, cuando la carga es excesivamente gravosa para la familia.

Como se puntualizó, la jurisprudencia constitucional ha evidenciado la existencia de eventos excepcionales en los que la carga de prestar el servicio de cuidador puede llegar a trasladarse e imponerse en cabeza del Estado, cuando el primer obligado que es la familia se encuentra imposibilitado de asumirlas; lo cierto es que en el caso objeto de estudio se verifican esas características.

En efecto, en cuanto al primero de los requisitos, la Sala lo encuentra acreditado, en la medida en que se tiene certeza de que la señora Teresa de Jesús Esteban de Bautista de 93 años, en las condiciones de salud delantamente descritas, requiere de atenciones

³³ Folio 17 expediente unificado

especiales, entre ellas, el acompañamiento diario para realizar las actividades básicas cotidianas ligadas a su cuidado personal, como claramente lo estableció el galeno que le prescribió este servicio.

En relación con el segundo de los requisitos, esto es la *“imposibilidad material”* por parte de los familiares del paciente de brindar dichos cuidados, de manera efectiva, la Corporación encuentra que su núcleo familiar, compuesto solamente por la agenciante y un sobrino de la actora, no cuentan con la capacidad física para brindar los cuidados requeridos diariamente a la señora Teresa de Jesús. En primer lugar, la agente oficiosa alcanza una edad de 60 años, aunado a ello, como ella lo manifiesta en su escrito titular no siempre tiene disponibilidad *“(…) Ya que tengo hijos, esposo y trabajo, situación que no permite quedarme en casa, no obstante vivimos muy cerca y por ende en cualquier momento de la noche estoy a su disponibilidad”*, y posteriormente *“ella no tuvo hijos y sus esposo que fue mi tío falleció hace unos años..., la preocupación que me genera que en momentos del día la pase sola en el hogar, ya que su sobrino debe salir a clases y yo tengo compromisos en mi trabajo... en un restaurante hasta las 4 de la tarde y de allí le envió el desayuno y almuerzo, ya para la noche paso por su casa y le preparo los alimentos de la cena, agregando que “no contamos con la capacidad económica para sufragar de forma particular lo concerniente al cuidador 12 horas ordenado por su médico domiciliario para lo que la NUEVA EPS no generó autorizaciones...”*³⁴; de donde se sigue que el núcleo familiar en el que se desenvuelve la agenciada no está en condiciones físicas para su atención.

En relación con la exigencia de carencia de recursos económicos para sufragar el costo de contratar la prestación para las atenciones requeridas, se tiene que la señora Teresa de Jesús y su núcleo familiar no cuentan con capacidad financiera que les permita asumir la citada atención, como se advierte de la respuesta al requerimiento efectuado a la agenciante, quien dio cuenta que ella labora en un restaurante devengando aproximadamente un salario mínimo que destina al pago de servicios públicos, alimentación y útiles de aseo, la agenciada por su parte percibe por concepto de pensión un salario mínimo, sus gastos mensuales ascienden a \$800.000,00; no cuenta con familiares que le contribuyan a solventar sus necesidades económicas. Aspecto que no fue desvirtuado por la parte accionada, en consideración a la inversión de la carga de la prueba.

En ese orden de ideas, considera la Sala que se encuentran configurados los requisitos mencionados para que la obligación de brindar los cuidados básicos de un paciente se traslade al Estado en aplicación del principio de solidaridad y que le permitan pasar sus últimos años de vida en condiciones dignas.

³⁴ FI 6 expediente primera instancia

3.4 Del suministro de pañitos húmedos y guantes

Como se citó con antelación, la actora de tutela, solicita la entrega de pañitos húmedos y guantes talla M, insumos que la Nueva EPS se resiste a suministrar, argumentando que no se evidencia en el trámite tutelar orden médica o prueba siquiera de la necesidad de los mismos, aunado a que éstos se encuentran expresamente excluidos del Plan de Beneficios en salud.

En efecto, destaca la Sala que si bien no se encuentra acreditado en el plenario la prescripción de los pañitos húmedos y guantes a la accionante, por parte del médico tratante, por lo que en principio, no habría lugar a su reconocimiento por vía constitucional, no puede pasarse por alto las particulares condiciones en que se halla la paciente, pues, además de tratarse de una persona de la tercera edad (93 años) y, por ende, de especial protección, se evidencia que, a raíz de sus patologías, entre ellas, *“INCONTINENCIA URINARIA y CONJUNTIVITIS, NO ESPECIFICADA”*, conlleva a determinar la necesidad de la utilización de los insumos requeridos por lo que la falta de ellos, le restringe el efectivo goce de los derechos fundamentales a la salud y la vida digna.

Tampoco puede ignorarse, que tanto la agente oficiosa como la señora Teresa de Jesús Esteban de Bautista, carecen de capacidad económica para sufragar su costo, tal y como se dijo en párrafos anteriores, pues los recursos por ellas obtenidos, son destinados al pago de servicios públicos, alimentación, útiles de aseo, respectivamente.

Por tanto, acudiendo al *“derecho al diagnóstico”* que ha decantado la jurisprudencia constitucional como *“un elemento esencial del derecho a la salud, por cuanto es indispensable para determinar cuáles son los servicios y tratamientos que, de cara a la situación particular de cada paciente, son los más idóneos y efectivos para lograr su recuperación o para proporcionarle unas condiciones de vida más digna”* (Sentencia. T-196 de 2018) y recalando que *“si existe un indicio razonable de afectación al derecho a la salud, el juez debe ordenar a la EPS que disponga lo necesario para que sus profesionales valoren al paciente y determinen si requiere el medicamento, procedimiento, servicio o tecnología”* (requisito establecido, en la sentencia SU- 508 de 2020), y dadas las particulares condiciones de la señora Teresa de Jesús Esteban de Bautista, a efecto de salvaguardarle sus prerrogativas superiores a la salud y dignidad humana, se confirmará la decisión de la juez de primera instancia, en el sentido de ordenar a la NUEVA EPS, que dentro del término señalado en el numeral 5.º del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, le asigne a la paciente una cita con su galeno tratante a fin que aquel emita un *“diagnóstico”*, en el que i) especifique, de existir mérito, con claridad y certeza la cantidad de guantes y pañitos húmedos que esta requiere, para que, una vez determinado lo anterior, proceda a cumplir con lo establecido en la Resolución 2438 de 2018, garantizándose la entrega oportuna de tales suministros.

3.5 Del principio de integralidad predicable del derecho a la salud y el tratamiento integral³⁵

Solicita la entidad impugnante que se revoque la orden de tratamiento integral, porque en su sentir se están emitiendo órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, presumiendo la mala actuación de esa institución.

De acuerdo con el artículo 2º, literal d) de la Ley 100 de 1993 la integralidad, en el marco de la Seguridad Social, debe entenderse como *“la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley”*.

Dicho criterio fue posteriormente reiterado en la Ley 1122 de 2007³⁶ y actualmente desarrollado en la Ley Estatutaria de Salud³⁷, la cual en su artículo 8º dispuso que:

“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

Al respecto, cabe señalar que en sentencia C-313 de 2014 mediante la cual se llevó a cabo el control previo de constitucionalidad de la referida Ley Estatutaria de Salud, la Corte Constitucional precisó que el principio de integralidad irradia el sistema de salud y determina su lógica de funcionamiento. De allí, que la adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas es un principio que *“está en consonancia con lo establecido en la Constitución y no riñe con lo sentado por este Tribunal en los varios pronunciamientos en que se ha estimado su vigor”*.

En ese contexto, sostuvo el máximo Tribunal Constitucional en sentencia T-171 de 2018 que el principio de integralidad que prevé la Ley 1751 de 2015 opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y

³⁵ Sentencia T-010 de 2019

³⁶ *“Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*.

³⁷ Ley 1751 de 2015

mentales, sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal. En ese sentido, destacó dicha Corporación que el servicio *“se debe encaminar a la protección constitucional del derecho fundamental a la salud, es decir que, a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que el entorno del paciente sea tolerable y digno”*.

En suma, ha considerado la propia jurisprudencia que el principio de integralidad, a la luz de la Ley Estatutaria de Salud, envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de garantizar la autorización completa de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología, así como para sobrellevar su enfermedad³⁸.

Asimismo, el tratamiento integral tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante³⁹. *“Las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos”*⁴⁰. En esa medida, el objetivo final del tratamiento integral consiste en *“asegurar la atención (...) de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes”*⁴¹.

Por lo general, se ordena cuando *(i)* la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente⁴². Igualmente, se reconoce cuando *(ii)* el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, **adultos mayores**, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas *(iii)* personas que *“exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”*⁴³.

Exigencias que en el asunto que se viene analizando no merecen reparo alguno, por las graves condiciones de salud que aquejan a la señora Teresa de Jesús Esteban de Bautista y que el médico tratante pretende paliar a partir de las diferentes prescripciones médicas que ordenó, pero que la entidad accionada ha dilatado pese a la evidente urgencia de los mismos.

³⁸ Sentencia T-171 de 2018

³⁹ Sentencia T-365 de 2009

⁴⁰ Sentencia T-124 de 2016

⁴¹ Sentencia T-178 de 2017

⁴² Sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011, posición reiterada en la Sentencia T-092 de 2018

⁴³ Sentencias T-062 y T-178 de 2017

Tardanza que en palabras de la Corte Constitucional *“puede alargar el sufrimiento o el dolor del paciente, complicar más el estado de salud de la persona, generar daños permanentes o de largo alcance, producir una discapacidad permanente o incluso conducir a la muerte de la persona. Las entidades del Sistema de Salud deben hacerse conscientes de que la vida de una persona depende de la manera como gestionan la prestación del servicio de salud. Cuando se generan retrasos irrazonables e injustificados este horizonte se pierde de vista”*⁴⁴.

Debe indicar la Sala que, acorde con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, aquella atención se ordena para asegurar la protección efectiva del derecho a la salud, *“durante la etapa preventiva de una enfermedad, en el curso de una patología y hasta lograr mejorar o restablecer su estado de salud”*⁴⁵.

Así, resulta claro que la señora Teresa de Jesús Esteban requiere tratamiento integral para sobrellevar las patologías que la aquejan; al igual que la prestación de la totalidad de los servicios que necesita para, por lo menos, aminorar tal afección en condiciones dignas, pues de lo contrario quedaría sometida a que se formularan nuevas acciones de tutela cada vez que por sus patologías demande un procedimiento médico o el suministro de un fármaco; lo que atentaría contra los principios de economía, celeridad y eficacia que deben estar presentes en todas las actuaciones administrativas⁴⁶, sin que ello signifique, como lo argumenta el recurrente, *“presumir” de “mala actuación” “hechos futuros e inciertos”*; antes bien, delanteramente se advierte la necesidad de facilitar la prestación de los servicios, procedimientos, insumos y valoraciones médicas que se deriven del tratamiento al cual está siendo sometida con ocasión de las patologías que le fueron diagnosticadas por el profesional de la salud.

3.5 De la orden de recobro

De otra parte, frente a lo solicitado subsidiariamente por la entidad impugnante, en cuanto a que en el evento de ratificar el fallo de tutela, se le ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos que asuma en cumplimiento del fallo de tutela *“y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios”*, advierte la Sala que no han sido pocos los pronunciamientos de este Tribunal sobre el tema, en el que se puntualiza que para el efecto está previsto un trámite administrativo, sin que este mecanismo sea el sendero para ordenar el pago de sumas de dinero. Es así como se ha dicho⁴⁷:

⁴⁴ Sentencia T-224 de 2020

⁴⁵ Ver sentencias T-1133 de 2008 y T-048 de 2012

⁴⁶ CSJ STP15975-2018, 29 Nov. 2018, Rad. 101506.

⁴⁷ Sentencia del 22 de septiembre de 2017, M.P. Jaime Raúl Alvarado Pacheco, radicación 54-518-31-04-001-2017-00157-01

“Por último, en relación con el recobro de los servicios y medicamentos NO POS, queda claro que es un derecho que la EPS-S COMPARTA adquiere una vez preste el servicio no incluido en el POSS a la agenciada, el cual tiene origen y fundamento en la ley y no en la sentencia, pues no es el objeto de la tutela ordenar el pago de sumas de dinero, postura que últimamente se ha acogido por esta Sala en acogimiento además de precedentes recientes de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otros el siguiente:

‘(...) En relación con la autorización del recobro al FOSYGA, cabe señalar que éste es un procedimiento administrativo que le corresponde adelantar a las entidades promotoras de salud, conforme a las disposiciones legales y a la regulación que para tal efecto ha expedido el Ministerio de Salud. Por consiguiente, son las autoridades administrativas a quienes corresponde determinar si se cumple con los requisitos legales pertinentes, decisión que no le corresponde adoptar al Juez en este escenario (...)’⁴⁸”.

Así mismo, rememorando el emitido el 18 de noviembre de 2015⁴⁹:

“(...) ii) Por la especial naturaleza de la acción de tutela (protección de derechos fundamentales) no le asiste al operador judicial el deber de pronunciarse sobre aspectos que desbordan el análisis ius fundamental. Al punto, en Auto 297 de 2007, la Corte Constitucional expuso:

“Ahora bien, en cuanto a la solicitud de adición de sentencias, de manera general esta Corporación ha señalado que dicha pretensión sólo resulta procedente en aquellos eventos en los cuales el fallo de tutela ha ‘omitido la resolución de algún extremo de la relación jurídico procesal que tenía que ser decidido’. Sobre el particular vale anotar que, en razón de la especial naturaleza del proceso judicial de amparo, el Juez de tutela cuenta con un razonable margen de discrecionalidad en virtud del cual es excusado de la obligación de abordar la totalidad de los problemas jurídicos planteados por las partes, pues dada la celeridad propia con la cual debe tramitarse la acción y, especialmente, en virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, el operador jurídico está llamado a concentrar su atención en aquellos puntos que tengan relevancia constitucional y que, de manera cierta, deban ser atendido para valorar la eventual violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos”.

Determinaciones igualmente referenciadas en sentencias del 07 y 16 de marzo de 2018, raditaciones 54-518-31-12-002-2018-00011-01 y 54-518-31-87-001-2018-00042-01, respectivamente; 07 de junio de 2019, radicación 54-518-31-04-001-2019-00064-01, 28 de mayo de 2020, radicación 54-518-31-84-001-2020-00040-01, 16 marzo de 2021, radicación 54-518-31-12-001-2021-00013-01, 07 de diciembre de 2021, radicación 54-518-31-12-001-2021-00136-01, 11 de febrero de 2022, radicación 54-518-31-87-001-2021-00169-01, ⁵⁰. 23 de junio de 2022, radicado 54-518-31-12-002-2022-00064-01 y 14 de julio de 2022, radicado 54-518-31-04-001-2022-00093-01 y 24 de agosto actual, radicado 54-518-31-04-001-2022-00140-01.

⁴⁸ Sentencia STL6080 de 2017

⁴⁹ Radicación 54-518-31-12-001-2015-00070-01 M.P. Jaime Andrés Mejía Gómez

⁵⁰ M.P. Jaime Andrés Mejía Gómez

Por tanto, al no existir premisa normativa alguna que obligue al juez constitucional a facultar expresamente a la EPS para realizar recobros por la asunción de pagos derivados del suministro de implementos, servicios o medicamentos excluidos del Plan de Beneficios de Salud, no es dable entrar a definir un asunto administrativo que no tiene por qué ser abordado en el marco de la acción de tutela.

3.6 De la decisión

Por todo lo dicho, para el Tribunal la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito con Conocimiento en asuntos laborales de esta competencia que concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna, salud y seguridad social, en favor de la señora **TERESA DE JESÚS ESTEBAN DE BAUTISTA**, deberá confirmarse en lo que fue materia de impugnación.

VII. D E C I S I O N

En armonía con lo expuesto, **LA SALA ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

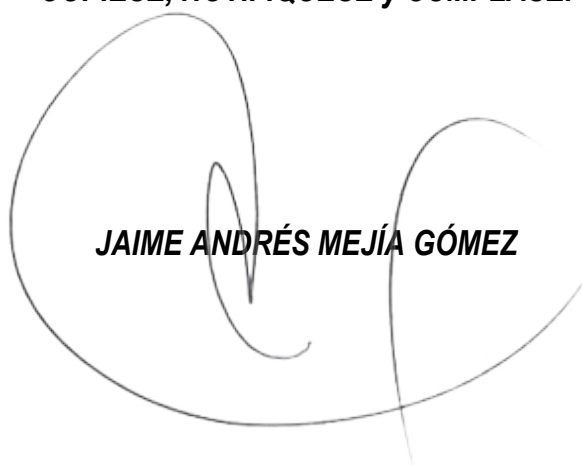
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela emitido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito con Conocimiento de Asuntos Laborales Pamplona el día diecisiete de agosto de dos mil veintidós, por lo esbozado en la motiva.

SEGUNDO: COMUNICAR lo decidido a los interesados, en la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez se levante la suspensión de términos de la revisión eventual.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Firmado Por:

Jaime Andres Mejia Gomez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

002

Tribunal Superior De Pamplona - N. De 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: **8db9027a084265c6560457e5e8f3c275be75c44a7eaa69f9f926e604cf9ef16c**

Documento generado en 14/09/2022 12:02:45 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>