



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

Pamplona, dieciséis de marzo de dos mil veinte

REF: EXP. No. 54-518-31-12-001-2021-00013-01
IMPUGNACIÓN ACCIÓN DE TUTELA
JUZGADO DE ORIGEN: PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO
ACCIONANTE: HILDA SOCORRO RUBIO GARCÍA, agente oficioso de la señora MARÍA DEL CARMEN GARCÍA DE RUBIO
ACCIONADO: NUEVA EPS S.A.

MAGISTRADO PONENTE: JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
ACTA No. 021

I. A S U N T O

Se pronuncia la Sala respecto de la **IMPUGNACIÓN** de la **ACCIÓN DE TUTELA** formulada por la señora **Hilda Socorro Rubio**, agente oficiosa de la señora **María del Carmen García de Rubio**, contra el fallo emitido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta competencia el pasado 15 de febrero, que negó la protección constitucional solicitada.

II. A N T E C E D E N T E S

1. Hechos y solicitud

Del escrito tutelar y de los anexos se extrae que la agenciada, señora María del Carmen García de Rubio, de 92 años de edad, *“no se vale por sí misma, está postrada en cama, para los desplazamientos se le debe ayudar a subir a una silla de ruedas y vive en mi casa conmigo y mi esposo, los dos somos adultos mayores –68 y 70 años, respectivamente– con discapacidad física y enfermedades de base reconocidas por la junta nacional de calificaciones (sic) de invalidez”*.

Igualmente, que según concepto emitido el 03 de diciembre del pasado año por la trabajadora social adscrita a MEDICUC IPS, advirtió la *“necesidad del servicio de auxiliar de enfermería continuo por 8 horas con disponibilidad de aumentar a 12 horas, (...)”*; así mismo, que el médico internista, Fredy Granados Llamas, del Centro Médico Integral, el 07 siguiente, dispuso en favor de la señora García de Rubio: *“Cuidador (AUXILIAR DE ENFERMERÍA), 12 HORAS DIARIAS, PARA 6 MESES”*; órdenes que *“se han llevado a las oficinas de la Nueva EPS S.A. pero no las han autorizado, ni las han querido recibir en ninguna*

oportunidad, alegando que no son válidas o que se deben llevar a la oficina de MEDICUC IPS, donde responden a su vez que solo las reciben siempre y cuando las autorice la Nueva EPS S.A.”.

También que la agenciada procreó 10 hijos, de los cuales sólo 3 la ayudan económicamente, pues los demás *“no tienen empleos estables y viven de la informalidad”.*

Del mismo modo, que la accionada, luego de la sentencia de tutela emitida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de esta ciudad, *“envió un cuidador domiciliario en el mes de septiembre”,* no obstante, para los meses de octubre, noviembre, diciembre y enero desconoció las prescripciones médicas, lo que originó un desacato *“el cual no procedió debido a que el fallo de la anterior acción de tutela fue dado solo por un mes de servicio, (...)”.*

Por lo anterior, pide se ordene a la Nueva EPS-S *“autorizar el servicio de cuidador domiciliario continuo, cada vez que el médico tratante o el médico internista lo ordenen, (...)”* y garantizar *“el TRATAMIENTO INTEGRAL (...)”* para las patologías que padece.

2. Intervención de la accionada

La Nueva EPS S.A., a través de Apoderada Especial, doctora Adriana Verónica López Gómez, en respuesta a la acción tutelar, luego de advertir que la usuaria se encuentra activa en el sistema en el régimen contributivo en calidad de beneficiaria, y de mencionar que la entidad que representa le ha brindado a la paciente los servicios requeridos en el ámbito de su competencia y de acuerdo a las prescripciones médicas dentro de la red de servicios contratada; aclara que en virtud de sentencia de tutela proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia *“a la fecha –05 de febrero de 2021– se encuentra VIGENTE O ACTIVO requerimiento dentro de trámite incidental a través de auto del 22 de enero de 2021”, por lo que solicita se valore “la cobertura del servicio de cuidador domiciliario por fallo de tutela anterior, (...)”.*

En cuanto al servicio de cuidador precisa que al no configurar una prestación de salud, no puede ser financiada con recursos del sistema general de seguridad social en salud *“PUES CONSTITUYE UNA **FUNCIÓN FAMILIAR** Y SUBSIDIARIAMENTE UN DEBER EN CABEZA DE LA SOCIEDAD Y EL ESTADO, PERO NO CON CARGO A LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SALUD, LOS CUALES TIENEN UNA DESTINACIÓN ESPECÍFICA”.* Soporta sus argumentos con pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el servicio de cuidador domiciliario, resaltando el deber de cuidado y auxilio de los hijos a sus padres. (Sentencias T-154 de 2014 y T-782 de 2015).

Con relación al tratamiento integral solicitado señala **“que los servicios que son ordenados al usuario por parte de los Médicos de la Red de Nueva EPS son y serán cubiertos con base en la normatividad vigente, incluyendo el acceso al Plan de Beneficios**

en Salud – servicios y tecnologías en salud - con cargo a la UPC, de que habla la Resolución 2481 de 2020, (...)”, 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” debe tenerse en cuenta el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991; esto es, 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”.

Resalta, además, que “el **JUEZ NO ESTÁ FACULTADO PARA ORDENAR PRESTACIONES O SERVICIOS DE SALUD**, la jurisprudencia constitucional ha señalado, de manera enfática, que el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, aunque no es exclusivo. Ello, en consideración a que por sus conocimientos científicos es el único llamado a disponer sobre las necesidades médico-asistenciales del paciente”.

En esa dirección, solicita de manera principal denegar por improcedente la solicitud de amparo y consecuencialmente la petición de atención integral; y en subsidio, en el evento en que se disponga amparar los derechos, se ordene a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) que asuma el costo de los servicios que sobrepasen el presupuesto máximo asignado a la EPS para la cobertura de este tipo de servicios.

III. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE IMPUGNACIÓN

La Juez de instancia para negar la solicitud de amparo tuvo como sustento dos aspectos: i) la actora en tutela anterior, asignada al Juzgado Primero Promiscuo de Familia de esta ciudad, solicitó se ordenara a la Nueva EPS en favor de su señora madre, María del Carmen García de Rubio, “cuidador y/o enfermera domiciliaria”, petición que fuera resuelta favorablemente mediante sentencia del 31 de agosto de 2020, ordenando a la accionada “autorizara y suministrara a la paciente el servicio de cuidador domiciliario diurno por 8 horas durante 31 días, conforme lo ordenado por el médico tratante”, y en esa medida encontró configurada la “cosa juzgada” al elevarse igual petición en el presente mecanismo constitucional, entre las mismas partes, con hechos similares, aun cuando difiere en que en éste se pide, además, ii) “la atención integral en salud”, frente al cual precisó: “(...), debe explicarse que, es un deber legal¹ a cargo de todas las entidades promotoras del servicio de salud, a quienes se les exige prestar un servicio de salud de forma eficiente y autorizando la totalidad de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes,

¹ Ley 1751 de 2015. “Artículo 8º. La integralidad. 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”.

*controles, seguimientos y demás, que sean considerados como necesarios por el médico tratante para aliviar la salud de sus pacientes; **no obstante, para que pueda darse una orden relacionada con la prestación del servicio en tales condiciones, debe evidenciarse que la EPS accionada, ha venido desconociendo este deber legal, y en este caso, si bien se está solicitando que se tome una decisión al respecto, la parte actora no expone ninguna omisión diferente a la negativa en el suministro del servicio de cuidador, que justifique imponerle la aludida carga a la entidad accionada***". (resalta la Sala)

IV. LA IMPUGNACIÓN

En su escrito de impugnación, la señora Hilda Socorro Rubio García, agente oficiosa de María del Carmen García de Rubio, solicita se revoque el fallo de primer grado. Para el efecto, con base en jurisprudencia constitucional que hace referencia al derecho fundamental, en virtud del cual *"el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral"*, aclara, de un lado, que si bien se instauró una anterior acción de tutela que conoció el Juzgado Primero Promiscuo de Familia, en fallo del 1 de septiembre de 2020 sólo se autorizó *"el servicio de cuidador domiciliario x 8 horas x 31 (treinta y un) días"*, en tanto que la orden emitida por el médico tratante corresponde a *"cuidador (auxiliar de enfermería) 12 horas diarias para SEIS MESES"*, diferente a la sentencia aludida; no obstante, interpuso incidente de desacato que se resolvió el pasado 08 de febrero a la salud, absteniéndose el citado despacho judicial de aperturarlo; y precisa, de otro, que en el caso de su agenciada el tratamiento integral resulta procedente, pues además de tratarse de un sujeto de especial protección constitucional, se advierte que se cumplen los requisitos enunciados en la sentencia T-707 de 2016: ***"(i) Que la EPS haya actuado negligentemente en la prestación del servicio poniendo en riesgo sus derechos fundamentales, y (ii) que exista una orden del médico tratante especificando las prestaciones necesarias para la recuperación del paciente"***.

Con sustento en la sentencia T-289 de 2013, que trata sobre la integralidad en la prestación del servicio de salud, lo que implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico sin que se tenga que acudir a diversas acciones de tutela para tal efecto, explica que dicho principio fue el origen de la interposición de la nueva acción de tutela, para que de esta manera se materialicen, sin dilaciones ni demoras, las órdenes que imparta el médico tratante, verbi gracia, medicamentos, insumos, citas médicas y cuidador, entre otros.

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. Problema jurídico

De acuerdo con la situación fáctica planteada, corresponde determinar **(i)** si en el presente evento opera la figura de la cosa juzgada constitucional, como lo estimó la Juzgadora primaria, o en su defecto, **(ii)** si la NUEVA EPS ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y seguridad social de la señora María del Carmen García de Rubio al no autorizar lo ordenado por el médico tratante consistente en “*cuidador (auxiliar de enfermería), 12 horas diarias, para seis meses*”; además, **(iii)** si la referida entidad debe prestar tratamiento integral según el cuadro clínico que presenta la usuaria; 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, con base en jurisprudencia constitucional, analizar: **(i)** Los adultos mayores como sujetos de especial protección constitucional; **(ii)** La solidaridad como principio esencial para la protección del adulto mayor en el Estado Social de Derecho; **(iii)** El suministro del servicio domiciliario de enfermería y sus diferencias con la figura del cuidador; **(iv)** Principio de integralidad predicable del derecho a la salud; examinados esos aspectos, se procederá al análisis del **(v)** caso concreto.

3. Los adultos mayores como sujetos de especial protección constitucional²

Los artículos 13 y 46 de la Constitución Política reconocen como elemento fundamental del Estado Social de Derecho, la necesidad de otorgar una especial protección a ciertos sujetos que, por sus condiciones de manifiesta vulnerabilidad, pueden ver restringidas sus posibilidades en la consecución de una igualdad material ante la Ley. En ese orden, ha considerado la propia jurisprudencia constitucional que los adultos mayores deben ser considerados como sujetos de especial protección constitucional en tanto integran un grupo vulnerable de la sociedad dadas las condiciones físicas, económicas o sociológicas que los diferencian de los otros tipos de colectivos³.

Sobre el particular, ha estimado la Corte Constitucional que los cambios fisiológicos atados al paso del tiempo pueden representar para quienes se encuentran en un estado de edad avanzada un obstáculo para el ejercicio y la agencia independiente de sus derechos fundamentales en relación con las condiciones en que lo hacen las demás personas⁴. Todo esto, ha precisado la jurisprudencia, no supone aceptar que las personas de la tercera edad sean incapaces, sino que, en atención a sus condiciones particulares pueden llegar a experimentar mayores cargas a la hora de ejercer, o

² Sentencia T-066 de 2020

³ Sentencia T- 252 de 2017

⁴ T-252 de 2017

reivindicar, sus derechos. Al respecto, señaló la citada alta Corporación en sentencia T-655 de 2008 lo siguiente:

“(...) si bien, no puede confundirse vejez con enfermedad o con pérdida de las capacidades para aportar a la sociedad elementos valiosos de convivencia, tampoco puede perderse de vista que muchas de las personas adultas mayores se enfrentan con el correr de los años a circunstancias de debilidad por causa del deterioro de su salud, motivo por el cual merecen estas personas una protección especial de parte del Estado, de la sociedad y de la familia, tal como lo establece el artículo 46 de la Constitución Nacional”.

Cabe destacar que mediante numerosos pronunciamientos en la materia, el máximo Tribunal Constitucional ha hecho especial hincapié en que la condición de sujetos de especial protección constitucional en lo que respecta a los adultos mayores adquiere mayor relevancia cuando: (i) los reclamos se hacen en el plano de la dignidad humana, o (ii) está presuntamente afectada su “subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, entre otros”⁵. Así, le 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 mismas⁶.

4. La solidaridad como principio esencial para la protección del adulto mayor en el Estado Social de Derecho⁷

La protección especial al adulto mayor surge como consecuencia de reconocer que existen sectores de la población que, en razón de un mayor grado de vulnerabilidad, son susceptibles de encontrarse, con mayor facilidad, en situaciones que comprometan la efectividad de sus derechos⁸.

En ese contexto, la Carta Política consagra una serie de disposiciones dirigidas a materializar los principios en los que se fundamenta el Estado Social de Derecho y que, en el caso particular de los adultos mayores, tienen especial importancia en lo relacionado con la protección de sus garantías *iusfundamentales*. De ello da cuenta, inicialmente, el artículo 1º del Texto Superior donde se prevé expresamente que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”.

⁵ Sentencia C-177 de 2016

⁶ Sentencia T-1178 de 2008

⁷ Sentencia T-066 de 2020

⁸ T-1178 de 2008

Por su parte, 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"*.

Como se observa de los precitados mandatos constitucionales, los principios de solidaridad y de dignidad humana constituyen elementos esenciales sobre los cuales se soporta el modelo de Estado social de derecho, e implican, para el caso concreto de los adultos mayores, la necesidad de que el Estado, la sociedad y la familia adopten medidas especiales de protección a su favor que atiendan a las circunstancias especiales de vulnerabilidad en las que se encuentran respecto del resto del conglomerado. En palabras de la Corte Constitucional: *"(...) respecto de los adultos mayores, existe una carga específica en cabeza del Estado, la sociedad y la familia para que colaboren en la protección de sus derechos, ya que éstos se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor en comparación con otras personas"*⁹.

Ahora bien, 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*¹⁰, 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 este 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 cuidado¹¹. 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

⁹ Sentencia T- 252 de 2017

¹⁰ Sentencia T-801 de 1998

¹¹ sentencia T-352 de 2010

Corte, constituyen “(...) el soporte fundamental para lograr la recuperación o estabilización del paciente”¹².

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 requiere¹³.

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 familiar¹⁴, 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 querido¹⁵.

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

¹² Sentencia T-925 de 2011

¹³ 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

¹⁴ T-533 de 1992

¹⁵ Sentencias T-851 de 1999, T-398 de 2000 y T-867 de 2008

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.

5. El suministro del servicio domiciliario de enfermería y sus diferencias con la figura del cuidador¹⁶

La jurisprudencia ha diferenciado entre dos categorías diferentes, en atención al deber constitucional de proteger la dignidad humana: los servicios de enfermería y los de cuidador, en donde los primeros se proponen asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente y los segundos, se encuentran orientados a brindar el apoyo físico necesario para que una persona pueda desenvolverse en sociedad y realizar las actividades básicas requeridas para asegurarse una vida digna, en virtud del principio de solidaridad.

Al respecto, la Sentencia T-154 de 2014 determinó que el servicio de cuidador: **(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 desenvolverse adecuadamente; y **(iv)** representa un apoyo emocional para quien lo recibe.

En efecto, en virtud del principio de solidaridad, este apoyo necesario puede ser brindado por familiares, personas cercanas o un cuidador no profesional de la salud¹⁷. 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 derechos¹⁸.

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

¹⁶ Sentencia T-423 de 2019

¹⁷ Sentencia T-226 de 2015

¹⁸ Ibídem

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”*¹⁹.

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.”*²⁰

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 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, esta Corporación 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”*²¹, 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 servicio²² 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”*²³.

¹⁹ Sentencia T-065 de 2018

²⁰ Sentencia T-096 de 2016

²¹ Sentencia T-065 de 2018

²² 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.

²³ Sentencia T-065 de 2018

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 2018²⁴ 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 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.

6. Principio de integralidad en salud²⁵

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 2007²⁶ y actualmente desarrollado en la Ley Estatutaria de Salud²⁷, la cual en su artículo 8º dispuso que:

²⁴ “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”

²⁵ Sentencia T-010 de 2019

²⁶ “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

²⁷ Ley 1751 de 2015

“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 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 enfermedad²⁸.

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 accionante²⁹. *“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*

²⁸ Sentencia T-171 de 2018

²⁹ Sentencia T-365 de 2009

*óptima de los tratamientos*³⁰. En esa medida, el objetivo final del tratamiento integral consiste en “asegurar la atención (...) de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes”³¹.

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 paciente³². 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*”³³.

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre el tópico ha señalado³⁴:

“La atención y el tratamiento a que tienen derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley.

El principio encuentra asidero en la medida que (i) garantiza la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evita a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”.

7. Análisis del caso concreto

La señora María del Carmen García de Rubio, de 92 años, con “**ANTECEDENTES DE HTA ESENCIAL, HIPOTIROIDISMO, INSUFICIENCIA REAL CRÓNICA, OSTEOARTROSIS GENERALIZADA, CARCINOMA UTERINO**”, es beneficiaria en el régimen contributivo del Sistema General de Salud, siendo la entidad que le presta el servicio la NUEVA EPS. La accionante, hija de la agenciada, con 68 años de edad, indica que “*no se vale por sí misma, está postrada en cama, para los desplazamientos se le debe ayudar a subir a una silla de ruedas (...)*”, motivo por el cual el médico tratante le ha ordenado “**Cuidador (AUXILIAR DE ENFERMERÍA), 12 HORAS DIARIAS, PARA SEIS MESES**”. No obstante, afirma, la EPS accionada no ha cumplido con lo dispuesto por el galeno. Así mismo, la accionante manifiesta que de sus 9 hermanos sólo 3 ayudan económicamente a su señora madre, los demás “*no tienen empleos estables y viven de la informalidad*”.

³⁰ Sentencia T-124 de 2016

³¹ Sentencia T-178 de 2017

³² Sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011, posición reiterada en la Sentencia T-092 de 2018

³³ Sentencias T-062 y T-178 de 2017

³⁴ STP15975-2018, Rad. 101506

Informa, asimismo, al requerimiento efectuado por el Juzgado de primera instancia, que su núcleo familiar está conformado por su esposo, de 70 años, y su señora madre, a quien agencia, María del Carmen García de Rubio; tanto ella como su cónyuge son pensionados por invalidez, y devengan mensualmente un salario mínimo cada uno; su progenitora recibe auxilio del Gobierno del programa Colombia Mayor; que los ingresos para cubrir las necesidades básicas de la agenciada provienen del auxilio que recibe y de la suma de \$50.000 que aportan 4 de sus 10 hijos.

Cuestión Previa:

Dentro de las razones de la impugnación se encuentra la alusión que hace la actora sobre la “anterior” acción de tutela que instaurara en procura de obtener la autorización en favor de su señora madre de cuidador domiciliario por 8 horas durante 31 días, de la cual se obtuvo sentencia favorable el 31 de agosto de 2020 por parte del Juzgado Primero Promiscuo de Familia de esta ciudad, pretensión que difiere de la actual solicitud de amparo en la que según nueva orden médica se solicita “cuidador (auxiliar de enfermería), 12 horas diarias para SEIS MESES”.

La Juez primaria para considerar que en relación con el tema del cuidador y/o enfermera domiciliaria se configuraba la “cosa juzgada”, así razonó:

“(…). De un lado, las partes en uno y otro proceso son exactamente las mismas, pues en ambos casos la señora HILDA SOCORRO RUBIO GARCÍA, actuando en calidad de agente oficiosa de la señora MARÍA DEL CARMEN GARCÍA DE RUBIO, demandó a la NUEVA EPS.

Así mismo, los hechos en uno y otro contradictorio son similares, en el entendido de que en las dos acciones constitucionales se explica que la demandante presenta múltiples afecciones de salud que le impiden valerse por sí misma, que los médicos tratantes que la han valorado le han ordenado el servicio de cuidador y/o enfermera domiciliaria, que la entidad demandada se ha negado a suministrarlo y que las personas con las que vive la paciente presentan igualmente dolencias que les impide asumir su cuidado.

Respecto a las pretensiones, aunque no son exactamente las mismas, no se puede desconocer que en los litigios se solicitó que se le ordenara a la entidad accionada autorizar el suministro del servicio de cuidador y/o enfermera domiciliaria, situación que en definitiva implica, que este despacho no puede pronunciarse al respecto puesto que estaría estudiando nuevamente un conflicto que ya fue discutido y resuelto por otra autoridad judicial, quien ya expidió una decisión al respecto que resulta ser inmodificable. (...).”

Respecto de la cosa juzgada, la Corte Constitucional ha señalado que se trata de una institución jurídico-procesal que enmarca de un carácter inmutable, vinculante y definitivo a las decisiones resueltas por las autoridades judiciales en sus sentencias, con

lo que se garantiza el predominio del principio de seguridad jurídica, a través del respeto por la finalización imperativa de las causas litigiosas y, por tanto, su no perpetuación³⁵

Asimismo, se ha precisado la consecuencia jurídica derivada del acaecimiento de la cosa juzgada y, en ese sentido, se ha indicado que en esos eventos el juez constitucional se encuentra llamado a declarar la improcedencia de la acción de tutela que ya ha sido resuelta previamente y de fondo por parte de otro o el mismo operador judicial, siempre que haya cobrado ejecutoria dicha decisión³⁶.

Como se observa, el aspecto determinante para la identificación de una cosa juzgada constitucional corresponde al “*ejercicio múltiple*”, ya sea sucesivo o simultáneo, de la acción de tutela. Esto se relaciona, en la práctica, con la denominada “*conurrencia de triple identidad*”, es decir, identificar si se presenta un mismo objeto³⁷, causa petendi³⁸ y partes³⁹; a lo que se aúna la existencia de un pronunciamiento judicial en firme, en los términos que han sido expuestos anteriormente⁴⁰.

En relación con el caso concreto, lo primero a considerar es que el expediente correspondiente a la primera tutela que interpuso la parte actora el pasado año, que dio lugar a la sentencia del 31 de agosto de 2020, no fue seleccionado por la Corte Constitucional para revisión⁴¹, por lo cual es evidente que cobró ejecutoria e hizo tránsito a cosa juzgada.

Así, la Sala considera que, con las acciones de tutela en comparación, pese a la identidad de partes y causa petendi, no se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional considerada por la Juez constitucional de primera instancia, debido a que no se encuentra identidad en el *objeto*, pues pese a que se busca autorización del cuidador domiciliario, varía en cuanto a que la orden médica data del 07 de diciembre de 2020, por 12 horas diarias y durante 6 meses; disímil de la anterior, fechada 15 de julio de 2020, por 8 horas diurnas y por 31 días.

A lo anterior, se suma el pronunciamiento de la señora Juez Primero Promiscuo de Familia del pasado 08 de febrero, dentro del incidente de desacato que promoviera la

³⁵ Sentencia T-141 de 2017.

³⁶ Esto último ocurre cuando: (i) se ha emitido un fallo por parte de la Corte Constitucional, o (ii) este Alto Tribunal ha decidido no seleccionar el expediente para proferir un pronunciamiento, lo que conduce a dejar en firme la última sentencia de instancia. Particularmente la sentencia SU-1219 de 2001.

³⁷ La identidad en el objeto se refiere a que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental.

³⁸ La identidad de causa petendi hace referencia a que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa.

³⁹ La identidad de partes requiere que las acciones de tutela se hayan dirigido contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado.

⁴⁰ Estos tres aspectos jurisprudencialmente se han consolidado como verdaderos derroteros determinantes para la identificación de cosa juzgada constitucional, por lo menos a partir de la Sentencia T-382 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Ver sobre el tema la Sentencia T-298 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁴¹ www.ramajudicial.gov.co/corte-constitucional.gov.co/secretaria/consulta. T8039256, 29 de enero de 2021.

agente oficiosa de la señora María del Carmen García de Rubio, mediante el cual se abstiene de aperturarlo, que en lo relevante expuso:

“(…). En el caso que nos ocupa el médico tratante expidió una orden de cuidador (auxiliar de enfermería) 12 horas día para 6 meses, la que es completamente diferente al fallo referido, circunstancia que no permite dar apertura al trámite incidental, toda vez que estamos frente a otro evento diferente, al que derivó en el fallo de tutela referido, que se repite, ya se encuentra consumado y sobre él ya no podría en adelante e (sic) ningún trámite incidental. (…).”

En estos términos, concluye el Tribunal que no se configuró la cosa juzgada estimada por la juez constitucional de primer nivel.

En esa dirección, corresponde continuar con el estudio de fondo de esta acción constitucional.

De las pruebas obrantes en la presente actuación, la Sala evidencia que se encuentran acreditados los siguientes hechos: **i)** que la agenciada es una persona de 92 años de edad, acorde con lo reflejado en el documento aportado con el escrito introductorio; **ii)** con “ANTECEDENTES DE HTA ESENCIAL, HIPOTIROIDISMO, INSUFICIENCIA REAL CRÓNICA, OSTEOARTROSIS GENERALIZADA y CARCINOMA UTERINO”; **iii)** que por su edad y comorbilidades amerita cuidador, en la medida en que se encuentra postrada en cama, no puede valerse por sí misma, y las personas con quienes vive, su hija de 68 años y yerno de 70, padecen enfermedades que les impide procurar su debida atención; **iv)** que hace parte del régimen contributivo en salud en calidad de beneficiaria; **v)** que el médico tratante el 12 de diciembre de 2020 le prescribió “cuidador (auxiliar de enfermería), 12 horas diarias, para 6 meses”.

Dentro del trámite de la primera instancia, la parte accionada argumentó que el servicio de cuidador no constituye una prestación de salud, atención que corresponde en forma principal a la familia y subsidiariamente a la sociedad y al Estado. Puntualizó, igualmente, la necesidad del recobro, en este caso, ante el ADRES, cuando el juez constitucional impone cargas económicas que van más allá de sus obligaciones contractuales. Señaló, asimismo, la improcedencia de la concesión del tratamiento integral, comoquiera que no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir, órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera es presumir la mala actuación de esta institución por adelantado.

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 en calidad de beneficiaria, 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 (auxiliar de enfermería), 12 horas diarias, durante 6 meses--, 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 en el acápite 5 de este fallo, 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 muchas de esas características.

En efecto, en cuanto al primero de los requisitos, la Sala encuentra acreditado, como se advirtió, que la señora García de Rubio de 92 años, en las condiciones de salud ya descritas, situación que permite tener certeza de la necesidad de las atenciones especiales que requiere, especialmente, el acompañamiento diario para realizar las actividades básicas cotidianas ligadas al cuidado personal.

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 Sala considera que tanto la señora Hilda Socorro Rubio García como su núcleo familiar, compuesto por su esposo, no cuentan con la capacidad física para brindar los cuidados requeridos diariamente a la señora García de Rubio. En primer lugar, la agente oficiosa con 68 años de edad, diagnosticada con “*gonartrosis*”, “*coxartrosis*”, “*síndrome doloroso de columna cervicobraquialgia*”, “*síndrome doloroso de columna lumbar*”, “*restricción de mvs columna lumbar*”, “*restricción de mvs de columna cervical*”, “*restricción mvs rodilla derecha*” y “*restricción mvs rodilla izqda.*”, según se extrae del dictamen por pérdida de capacidad laboral por Colpensiones el 10 de mayo de 2017, lo que implica imposibilidad para atender debidamente los cuidados de su señora madre. Su señor esposo, de 70 años, padece neomuconiosis de los mineros del carbón, con oxígeno domiciliario de 18 horas diarias, síndrome del túnel del carpo derecho, entre otros padecimientos, ello se desprende de las historias clínicas y atenciones médicas que recibido el señor Miguel Ángel López Peña. 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 accionante y su núcleo familiar son de escasos recursos económicos, pues su estrato socio-económico es “1” así lo afirma en el informe rendido al Juzgado de primera instancia el pasado 08 de

febrero; encontrándose actualmente en el puntaje de Sisbén IV⁴² con clasificación de “B5 Pobreza moderada”, es decir, la accionante se encuentra dentro de las personas en condiciones económicas precarias. Dígase que las pensiones que tanto ella como su cónyuge perciben, en cuantía de un salario mínimo cada uno, aunado al subsidio que recibe la agenciada del Programa Colombia Mayor y a los pocos recursos que recibe de sus hermanos Ana Teresa, Isaías, Myriam para los costos de su progenitora, no alcanzarían a sufragar los gastos que ocasionaría el contratar un cuidador durante 12 horas diarias.

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 tal virtud, estima en el caso objeto de estudio, es evidente la necesidad de la agenciada en recibir la atención dispuesta por el médico tratante, como también lo es el incumplimiento por parte de la EPS accionada en autorizar y suministrar lo ordenado, avizorándose la vulneración de los derechos fundamentales aludidos, comoquiera que la negativa, sin fundamento razonable, ha impedido que la señora María del Carmen reciba la atención requerida, para así garantizarle un nivel de vida más óptimo.

Bajo esa óptica se hace necesario restablecer los derechos de la agenciada, recuérdese, adulto mayor, imponiéndose, por ende, su protección, y en esa medida se impone la revocatoria de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta competencia el 15 de febrero actual que negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas de la señora María del Carmen García de Rubio, y se ordenará, en su lugar, a la NUEVA EPS S.A. que en virtud de lo expuesto en esta sentencia dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y suministre lo ordenado por el médico tratante el 07 de diciembre de 2020; esto es, “*cuidador (auxiliar de enfermería), 12 horas diarias para 6 meses*”, a fin de atender todas las necesidades básicas que la agenciada no puede satisfacer autónomamente debido a su avanzada edad y a las enfermedades que la aquejan.

Ahora, en relación con el tratamiento integral, indicó el recurrente que éste debe ser otorgado a fin de evitar la interposición de nuevas acciones de tutela por cada orden del médico tratante, sea medicamentos, insumos, citas médicas, tratamientos, cuidador, entre otros.

Precisa 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*

⁴² <https://adresfosyga.co/sisben-4/> clasificaciones: “A1-A-5 pobreza extrema; B1-B7 pobreza moderada; C1-C18 vulnerabilidad y D1-D21 ni pobre ni vulnerable”, encuesta vigente del 14 de febrero de 2019.

la etapa preventiva de una enfermedad, en el curso de una patología y hasta lograr mejorar o restablecer su estado de salud”⁴³.

De las pruebas aportadas por la señora Hilda Socorro Rubio García es posible inferir que su señora madre, María del Carmen García de Rubio, es un adulto mayor, que padece varias patologías --“*ANTECEDENTES DE HTA ESENCIAL, HIPOTIROIDISMO, INSUFICIENCIA REAL CRÓNICA, OSTEOARTROSIS GENERALIZADA y CARCINOMA UTERINO*”— por lo que requiere atenciones, tanto que el médico tratante así lo ha dispuesto, y que se encuentran directamente ligadas con el acompañamiento para su tratamiento, su cuidado personal, indispensables para garantizar la estabilidad de su condición de salud y su dignidad como ser humano.

Con todo, quienes padecen enfermedades que deterioran su salud se les debe garantizar siempre un tratamiento integral, que se exterioriza en la autorización, práctica o entrega de las tecnologías a las que una persona tiene derecho, siempre que el profesional de la salud los considere necesarios.

En síntesis, se puede afirmar que el derecho fundamental a la salud, se garantiza a través del uso de medicamentos, tecnologías y servicios de manera continua, completa y sin dilaciones que permitan un tratamiento integral para prevenir, paliar o curar la enfermedad, se encuentren o no incluidas en plan de beneficios de salud, de tal forma que las instituciones encargadas de la administración del sistema de salud atiendan los principios constitucionales que permitan eliminar las barreras administrativas o económicas de acceso para aquellas personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Tratamiento integral que se encuadra en las enfermedades referidas.

Ahora bien, en relación con la solicitud de atención integral, teniendo en consideración que la señora María del Carmen García de Rubio es sujeto de especial protección constitucional, se ordenará a la NUEVA EPS S.A. que brinde el tratamiento integral que como adulto mayor requiere para el manejo adecuado de las enfermedades que padece, para lo cual deberá autorizar sin dilaciones, el suministro de todos los medicamentos, tratamientos, procedimientos y, en general, cualquier servicio incluido o no en el Plan de Beneficios, que prescriba su médico tratante y que contribuyan al mejoramiento de su calidad de vida, sin que ello signifique, como lo argumenta la accionada, “*presumir*” de “*mala actuación*” “*hechos futuros e inciertos*”.

De otra parte, frente a lo solicitado subsidiariamente por la entidad accionada, en cuanto a que en el evento de amparar los derechos invocados, 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 insumos*”,

⁴³ Ver sentencias T-1133 de 2008 y T-048 de 2012

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 dicho⁴⁴:

“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 (...)’⁴⁵”.

Así mismo, rememorando el emitido el 18 de noviembre de 2015⁴⁶:

“(...) 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, radicaciones 54-518-31-12-002-2018-00011-01 y 54-518-31-87-001-2018-00042-01,

⁴⁴ Sentencia del 22 de septiembre de 2017, M.P. Jaime Raúl Alvarado Pacheco, radicación 54-518-31-04-001-2017-00157-01

⁴⁵ Sentencia STL6080 de 2017

⁴⁶ Radicación 54-518-31-12-001-2015-00070-01 M.P. Jaime Andrés Mejía Gómez

respectivamente; 07 de junio de 2019, radicación 54-518-31-04-001-2019-00064-01 y 28 de mayo de 2020, radicación 54-518-31-84-001-2020-00040-01⁴⁷.

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.

Corolario, como se advirtió, es la revocatoria del fallo impugnado.

VI. 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: REVOCAR el fallo de tutela emitido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pamplona el día quince de febrero de dos mil veintiuno y, en su lugar, **CONCEDER** la protección constitucional de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora **MARÍA DEL CARMEN GARCÍA DE RUBIO**, **ORDENÁNDOSE** a la **NUEVA EPS S.A.** que, en virtud de lo expuesto en esta sentencia, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y suministre lo ordenado por el médico tratante el 07 de diciembre de 2020; esto es, “*cuidador (auxiliar de enfermería), 12 horas diarias para 6 meses*”, a fin de atender todas las necesidades básicas que la agenciada no puede satisfacer autónomamente debido a su avanzada edad y a las enfermedades que la aquejan.

SEGUNDO: DISPONER que, en adelante, la **NUEVA EPS S.A.** deberá brindar el **tratamiento integral** que el adulto mayor requiere para el manejo adecuado de las enfermedades que padece, para lo cual deberá autorizar sin dilaciones, el suministro de todos los medicamentos, tratamientos, procedimientos y, en general, cualquier servicio PBS o no PBS, que prescriba su médico tratante y que contribuya al mejoramiento de su calidad de vida, conforme se dispuso en la parte motiva.

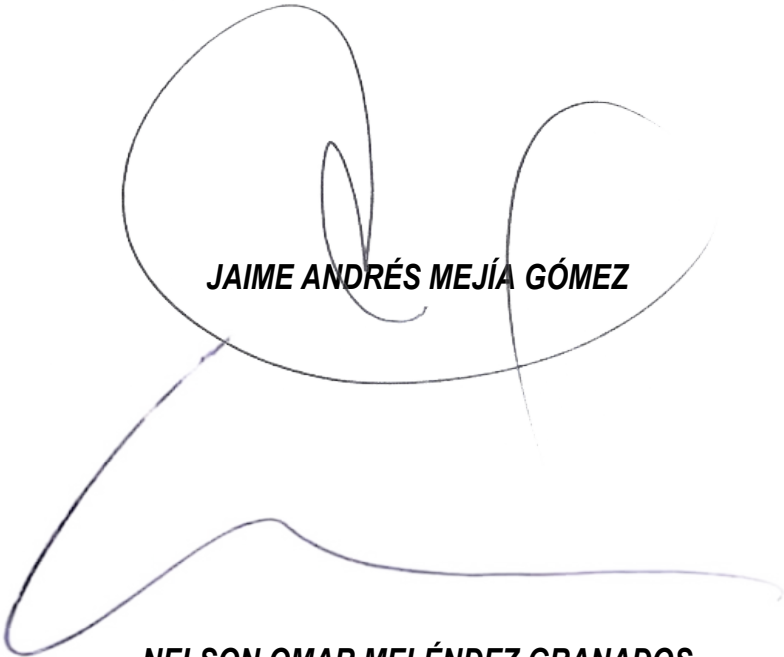
⁴⁷ M.P. Jaime Andrés Mejía Gómez

TERCERO: No ordenar por este mecanismo desembolsos del ADRES, que por gastos asuma el accionado en cumplimiento del fallo de tutela, según se indicó.

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

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

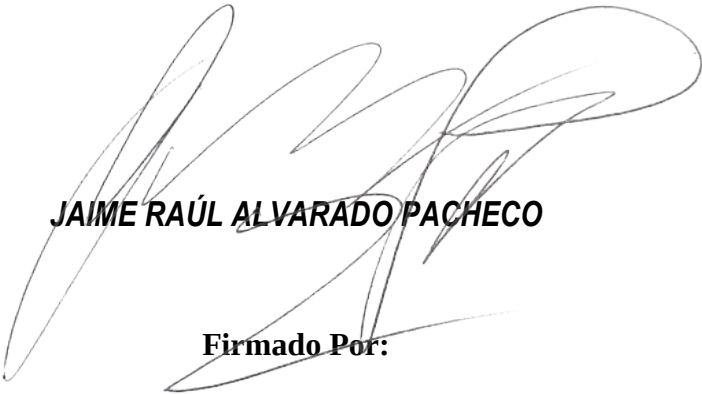
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Firmado Por:

JAIME ANDRES MEJIA GOMEZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 2 TRIBUNAL SUPERIOR PAMPLONA

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:
48d7ba87d67f4f313b3c7965383374eefff42bda4c2837ad5237f6cb402e203b
Documento generado en 16/03/2021 12:05:26 PM

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