



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

Pamplona, siete de diciembre de dos mil veintiuno

REF: EXP. No. 54-518-31-12-001-2021-00136-01
IMPUGNACIÓN ACCIÓN DE TUTELA
JUZGADO DE ORIGEN: PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE PAMPLONA
ACCIONANTE: MIGUEL ÁNGEL MENESES LÓPEZ, agente oficioso de MARÍA CONSUELO LÓPEZ
ACCIONADO: NUEVA EPS S.A.

MAGISTRADO PONENTE: JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
ACTA No. 118

I. ASUNTO

Se pronuncia la Sala respecto de la **IMPUGNACIÓN** de la **ACCIÓN DE TUTELA** formulada por el doctor **Marco Antonio Calderón Rojas**, en su condición de Apoderado Judicial de la **NUEVA EPS S.A.**,¹ contra el fallo emitido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta competencia el pasado 05 de noviembre, que dispensó protección constitucional del derecho fundamental a la dignidad humana en favor de la señora **MARÍA CONSUELO LÓPEZ**, ordenado a la entidad accionada autorizar y garantizar el servicio de cuidador y la entrega de pañales desechables, en la forma y tiempo dispuestos por el médico tratante; negó el recobro ante el ADRES solicitado por la EPS demandada².

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y solicitud

Indica el señor Miguel Ángel Meneses López, quien actúa como agente oficioso de la señora María Consuelo López, de 84 años de edad, afiliada a la entidad accionada, régimen contributivo, que ha sido diagnosticada con “hipertensión, diabetes, accidente cerebrovascular, hemiparesia derecha e incontinencia urinaria”; que producto de la hemiparesia derecha que padece ha sufrido varias caídas, ocasionando traumas en tórax, cara y cráneo, lo que ha deteriorado su salud; que además de que sus tres hijos fallecieron, sus hermanas, personas también adultas mayores, con problemas de movilidad y afecciones médicas, no están en capacidad de atender sus necesidades, y

¹ Folios 177-180 expediente digital

² Folios 145-156 ibídem

que aun cuando vive con su nieto de 28 años de edad, éste trabaja durante el día para garantizar su propio sustento, por lo que la mayor parte del tiempo se encuentra sola; que de las valoraciones médicas como del concepto de la trabajadora social ha surgido la necesidad de cuidador durante 12 horas, sin que la Nueva EPS haya autorizado dicho servicio, como tampoco el suministro de pañales ordenado por el médico tratante, resaltando que, luego de varios meses, no ha sido dispensado el primer paquete, *“rayando la Nueva EPS en un tratamiento deshumanizado y degradante para un persona de la tercera edad sujeta de especial protección”*.

Refiere que la agenciada, desde el año 1999, *“recibe media pensión de sobreviviente del causante Guillermo Lizcano, quien laboraba para la alcaldía de Pamplona”*, cuyo valor asciende a \$380.000 mensuales, y que no cuenta con ingresos adicionales para atender sus necesidades básicas.

Por lo anterior, pide se ordene a la Nueva EPS-S, *“suministre el servicio de **CUIDADOR 12 HORAS**”* y *“los **PAÑALES TENA SLIP TALLA L 30 UNIDADES MENSUALES POR TRES MESES**”*.

2. Intervención de la accionada³

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

Refiere que el servicio de cuidador domiciliario y/o auxiliar de enfermería *“no hacen parte del ámbito de la salud y en consecuencia no están a cargo de la EPS sino de la familia, por deber constitucional de solidaridad (...)”*, amén de no evidenciarse en este caso los criterios excepcionales para otorgar dicho servicio, como son, incapacidad física y económica del entorno familiar.

Indica, igualmente, que para la solicitud de auxiliar de enfermería y/o cuidador domiciliario **“NO SE EVIDENCIA RADICACIÓN EN EL SISTEMA DE SALUD Y MUCHO MENOS ÓRDENES MÉDICAS RECIENTES DE GALENOS ADSCRITOS A LA RED DE NUEVA EPS”**, por lo que, a su juicio, es improcedente que a través de este mecanismo se ampare un derecho que no se ha violentado, máxime cuando no se evidencia radicación de solicitud médica.

³ Folios 72-99 expediente digital

Igualmente, resalta que la referida solicitud no se encuentra incluida en los servicios de salud que están en el Plan de Beneficios, lo cual impide a la EPS proporcionarla, en los términos de la Resolución 2481 de 2020.

Recuerda el contenido de la sentencia de la Corte Constitucional T-065 de 2018, en la que se precisan las excepciones en los que se deben atender el servicio de cuidador domiciliario, cuales son: i) que sea evidente y clara la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales; y ii) que 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”*; pronunciamiento que sumado a lo dispuesto en las Resoluciones 5928 de 2016 y 2481 de 2020, este servicio debe ser asumido por las EPS, siempre y cuando *“medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente”*; y **“de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar, en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad”**; por lo que concluye que **“cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, Nueva Eps, en virtud de la jurisprudencia, no tiene la obligación de asumir dichos gastos”**.

Después de explicar en qué consiste los servicios de auxiliar de enfermería y de cuidado, resalta el deber de cuidado de los familiares de la agenciada de acuerdo al principio de solidaridad.

Frente al suministro de pañales desechables expone que **“NO SE GESTIONA SERVICIO DEBIDO A QUE SÓLO PUEDE SER GENERADO POR TRÁMITE MIPRES RUTA ORDINARIA AL AFILIADO”**, aclarando que al no encontrarse dentro del PBS debe ser tramitado directamente por el médico tratante, quien a través de su autonomía profesional define el plan de manejo más idóneo de acuerdo con su criterio, por lo que solicita se le vincule a este trámite **“a fin de que informe los motivos por los cuales no se está realizando la formulación de acuerdo a lo establecido por la nueva normatividad, lo que garantizaría la entrega efectiva y oportuna al usuario, (...)”**.

Hace alusión al tratamiento integral señalando **“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 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 lo previsto en la sentencia T-760 de 2008, en la que la Corte Constitucional precisó 4 subreglas que prevén la viabilidad de la *“provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, (...)”*; de

donde se sigue que no es viable proteger derechos que no ha 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, se deniegue por improcedente la presente acción constitucional, y *“ante un fallo extrapetita”*, se deniegue la solicitud de atención integral y frente a la solicitud del servicio de auxiliar de enfermería o cuidador domiciliario, al no evidenciarse radicación en el sistema de salud, tampoco órdenes médicas a ello direccionadas, precisa que *“se requiere orden médica, formato de justificación e historia clínica para que sean radicados en la oficina de atención al usuario para que el comité realice el análisis y trámite de aprobación. (...)”*; y en subsidio, 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 insumos”*.

3. Teniendo en cuenta que se solicita por la Nueva EPS S.A. la vinculación del médico tratante, para efectos de establecer el motivo que le ha impedido realizar la formulación de acuerdo a lo establecido en la normatividad vigente, que permita garantizar la entrega efectiva y oportuna de los pañales, la funcionaria judicial de conocimiento mediante proveído del pasado 27 de octubre dispuso su llamado, corriéndosele traslado del escrito de tutela⁴, ante lo cual el doctor Fredy Adrián Toloza Mantilla indicó que el 02 de agosto en su visita médica domiciliaria ordenó el pañal desechable, 1 diario, tratamiento para 3 meses (agosto, septiembre, octubre), diligenciando, para el efecto, *“el formato Mipres”* que se identifica *“con el No. de prescripción 20210804163029378129”*, lo cual ilustra; quedando claro, afirma, que cumplió con lo dispuesto en el artículo 5° de la Resolución 1885 de 2018, amén de no ser el llamado a responder por la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de la usuaria, pues fue él, precisamente, quien bajo su criterio médico y con diagnóstico de incontinencia urinaria, dispuso el uso diario del pañal, *“además del servicio de cuidador 12 horas ya que la paciente requiere acompañamiento, con una dependencia severa y pensando constantemente en el bienestar de la paciente (...)”*⁵.

III. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE IMPUGNACIÓN⁶

La Juez constitucional primaria para conceder la solicitud de amparo, como se advirtió, señaló como problemas jurídicos a resolver: *“i) si se cumplen las condiciones dispuestas por la Corte Constitucional para que la EPS deba prestar el servicio de cuidador a la actora; ii) si la NUEVA EPS vulneró el derecho a la dignidad humana dela agenciada, al abstenerse de suministrarle los pañales desechables que requiere según órdenes médicas, y iii) si es*

⁴ Folio 111 expediente digital

⁵ Folios 135-142 ibídem

⁶ Folios 145-156 ibídem

procedente ordenar a ADRES el reembolso de aquellos gastos en que incurra la NUEVA EPS, en cumplimiento del fallo y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios". En desarrollo de dichos planteamientos, así razonó frente al primero:

"(...), se tiene que, en este asunto se cumplen las dos condiciones dispuestas por la Corte Constitucional, que obligan a la NUEVA EPS a prestar a la actora el servicio de cuidador, como se pasa a explicar:

Existe certeza médica de la necesidad que tiene la demandante de que se le brinde el referido servicio, con el fin de que se asegure su calidad de vida y se le proteja su derecho a la dignidad humana, ya que de acuerdo con las historias clínicas que reposan en el plenario, ella presenta muchas afectaciones en la salud, que asociadas a su edad, le determinan una dependencia severa y caídas frecuentes, lo que la enfrenta a la posibilidad de padecer fracturas.

Sumado a lo anterior, el médico tratante le ha venido prescribiendo mes a mes el servicio de cuidador por 12 horas diarias, sin que haya sido autorizado por la NUEVA EPS; prueba de ello son las ordenes emitidas por el médico tratante y la respuesta dada al agente oficioso por la accionada, mediante oficio NS-DMZ-1217 de 23 de agosto de 2021.

Se evidencia también, la imposibilidad material del núcleo familiar de la actora, para brindarle el apoyo que necesita en su diario vivir, que le permita realizar sus necesidades básicas, ya que el nieto que es la única persona que vive con ella, no obstante ser un hombre joven, se ocupa en oficios varios para contribuir con la manutención y necesidades básicas de ellos dos. Además, las dos hermanas de la accionante no le pueden prestar las atenciones que requiere, por falta de aptitud en razón a su edad y las enfermedades que padecen, pues son personas que hacen parte de la población adulta mayor, además sus patologías son accidente cardiovascular y tumor maligno del colon sigmoideo, lo que indica que está carga les resultaría desproporcionada.

De igual manera, según lo establecen las pruebas, la actora y su familia más cercana no cuentan con los recursos económicos suficientes para contratar y pagar el servicio de un cuidador, porque los ingresos que reciben apenas y alcanzan para cubrir sus necesidades básicas".

En cuanto al suministro de pañales, precisó:

"Se destaca que, si bien dicho insumo no se encuentra dentro del PBS, tal como se puede observar en la resolución No. 2481 de 2020, lo cierto es que, en la resolución No. 244 de 2019 del Ministerio de Salud y Protección Social, no aparecen explícitamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud; motivo por el cual, sobre el particular, echaremos mano a lo expuesto por la Corte Constitucional en la jurisprudencia enunciada, para determinar que, como los pañales desechables no se encuentran de manera expresa excluidos del PBS, se entienden incluidos en éste, en consecuencia, la EPS no puede exigir un trámite adicional a la prescripción del médico tratante, para proceder a dar trámite a la entrega de los mismos, porque ello constituye una clara

barrera que no está obligada a soportar la paciente; máxime cuando es evidente que, la negativa a la entrega de estos insumos, no se debió a la falta de diligenciamiento del formato MIPRES por parte del médico tratante, sino por el desabastecimiento del mismo.

Así las cosas, no es viable aceptar los argumentos planteados por la accionada y mucho menos en este caso, cuando nos encontramos como ya se dijo, frente a una persona de especial protección constitucional, por las enfermedades que padece, su avanzada edad y la incontinencia tanto fecal como urinaria que presenta; motivo por el cual se ordenará que se le provean dichos elementos, conforme las indicaciones de su médico, ya que son indispensables para la preservación y goce de una vida en condiciones dignas.

De igual manera se reitera sobre el tema de la capacidad económica, que se encuentra probado que: i) los ingresos de la familia son muy bajos, pues lo único que recibe la agenciada es la suma de \$413.845.829 mensuales por concepto de media pensión de sobreviviente, y ii) el nieto con el que vive si bien actualmente se encuentra laborado como auxiliar de construcción y devenga un salario mínimo mensual, también lo es que, dicho trabajo es temporal y que por lo general realiza actividades informales, motivo por el cual no tiene estabilidad laboral; lo que permite concluir que, carecen de los recursos económicos necesarios para asumir el costo del servicio de cuidador y la compra de pañales”.

Finalmente, en lo que hace relación con la solicitud de la entidad accionada de que se ordene a la ADRES el reembolso de los gastos en que se incurra en cumplimiento del fallo, que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios, expuso:

“(…), no es procedente, toda vez que aquellos servicios que no están incluidos en el plan de beneficios y tampoco hacen parte de sus exclusiones, aunque pueden ser ordenados libremente por el respectivo médico tratante, en el evento en que sean necesarios para la recuperación y estabilización del paciente y no puedan ser sustituidos por otros de los que sí aparecen con cobertura, estos no son financiados con recursos de la UPC, sino con dineros que le son girados anualmente a las EPS por parte de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ‘ADRES’, de acuerdo a las disposiciones y al presupuesto máximo que fija el Ministerio de Salud y Protección Social, hoy contenidas en las resoluciones 205 y 206 de 2020.

Se destaca que en los artículos 4.1 y 4.2 de la resolución 205 de 2020, se estableció claramente que son las EPS las encargadas de suministrar integralmente los servicios y tecnologías NO PBS que, no han sido expresamente excluidos, con cargo al presupuesto máximo que les ha sido girado, lo que quiere decir que, no se puede ordenar lo que pretende la accionada, porque los recursos ya le fueron entregados por el Estado”.

IV. LA IMPUGNACIÓN⁷

⁷ Folios 177-181 expediente digital

La inconformidad de la entidad accionada radica básicamente en la negativa de la juzgadora constitucional primaria de no ordenar al ADRES el reembolso de los gastos en que se incurra con el cumplimiento de este fallo y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de insumos, en cuanto que la EPS está en su legítimo derecho de recuperar el costo económico derivado de la prestación no contemplada en el Plan de Beneficios de Salud Contributivo, pues de lo contrario, **“sería tanto como asumir un pasivo que iría en detrimento del equilibrio financiero que debe observarse en la relación EPS – Estado, y lo que es peor aún, sería tanto como poner en riesgo la existencia misma de la entidad administradora”**.

Soporta su argumento en las sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999 y T-760 de 2008 de la Corte Constitucional y en pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Santander en la acción de tutela 2015-206.

En esa dirección, pide **“ADICIONAR”** la parte resolutive del fallo impugnado.

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 la viabilidad o no de que por este mecanismo se faculte a la NUEVA EPS para que realice el recobro ante el ADRES por los gastos en que pueda incurrir en cumplimiento del fallo de primera instancia.

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)** Derecho fundamental a la salud de los adultos mayores; examinados esos aspectos, se procederá al análisis del **(iii)** caso concreto.

3. Los adultos mayores como sujetos de especial protección constitucional⁸

⁸ Sentencia T-066 de 2020

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 colectivos⁹.

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 personas¹⁰. 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 reivindicar, sus derechos. Al respecto, señaló el órgano de cierre constitucional en sentencia T-655 de 2008¹¹, 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”.

Bajo esa línea, resulta imprescindible que el Estado disponga un trato preferencial para las personas mayores con el fin de propender por la igualdad efectiva en el goce de sus derechos. Con el fin de alcanzar dicho propósito, se requiere la implementación de medidas orientadas a proteger a este grupo frente a las omisiones o acciones que puedan suponer una afectación a sus garantías fundamentales, generando espacios de participación en los que dichos sujetos puedan sentirse incluidos dentro de la sociedad y puedan valorarse sus contribuciones a la misma. En palabras de la Corte Constitucional:

“(…) la tercera edad apareja ciertos riesgos de carácter especial que se ciernen sobre la salud de las personas y que deben ser considerados por el Estado Social de Derecho con el fin de brindar una protección integral del derecho a la salud, que en tal contexto constituye un derecho fundamental autónomo”.

Por tales razones, la Corte reitera que los adultos mayores no pueden ser discriminados ni marginados en razón de su edad, pues además de transgredir sus

⁹ Sentencia T- 252 de 2017

¹⁰ Sentencias T- 282 de 2008 y T- 252 de 2017

¹¹ M.P Humberto Sierra Porto

*derechos fundamentales, se priva a la sociedad de contar con su experiencia de manera enriquecedora*¹².

Ahora bien, 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*”¹³. 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 mismas¹⁴.

Lo anterior, aseguró la Corte Constitucional mediante sentencia T-252 de 2017 hará posible que los adultos mayores “*(...) dejen de experimentar situaciones de marginación y carencia de poder en los espacios que los afectan. Ello debe verse como un resultado de la materialización del artículo 46° de la Constitución y de los deberes de solidaridad que se encuentran en cabeza del Estado, las familias y los ciudadanos, responsables de suplir las necesidades que adquieren los adultos mayores por el paso natural de los años*”. En este orden, insistió la cita alta Corporación mediante la aludida providencia que las instituciones deben procurar “*(...) maximizar la calidad de vida de estas personas, incluyéndolas en el tejido social y otorgándoles un trato preferencial en todos los frentes. Conforme a lo expuesto, el ordenamiento jurídico interno e internacional se han venido adaptando para dar mayor participación a los miembros de este grupo especial y crear medidas de discriminación positiva en su beneficio*”.

4. Derecho fundamental a la salud de los adultos mayores¹⁵

De acuerdo con la Carta Política, la salud es un servicio público a cargo del Estado. No obstante, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, reconoció que dicho servicio es un derecho, el cual se considera fundamental en sí mismo y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela. Al efecto, la Corte Constitucional ha señalado que “*el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud*”¹⁶.

¹² Sentencia T- 252 de 2017

¹³ Sentencia C-177 de 2016

¹⁴ Sentencia T-1178 de 2008

¹⁵ Sentencia T-178 de 2017

¹⁶ Sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012

Actualmente, la Ley Estatutaria de Salud claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho (artículo 2º). Al respecto, en la sentencia el órgano de cierre constitucional C-313 de 2014 se explicó que *“el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”*.

En cuanto a la protección del Estado, tratándose de las personas pertenecientes a la tercera edad o adultos mayores, el máximo Tribunal constitucional ha señalado que conforme con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado deberá protegerlas en razón de que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a *“afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez”*¹⁷, razón por la cual se deberán garantizar todos los servicios relativos a 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.

Así pues, este mecanismo constitucional procede en los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho¹⁹.

Igualmente, ha considerado la Corte Constitucional que la tutela es procedente en los casos en que *“(a) se niegue, sin justificación médico-científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios”*²⁰.

¹⁷ sentencia T-634 del 26 de junio de 2008

¹⁸ Constitución Política, artículo 46.

¹⁹ Entre otras, Sentencia T-717 del 7 de octubre de 2009

²⁰ Sentencia T-050 de 2010

En conclusión, si bien es cierto que la salud es un derecho fundamental en sí mismo, no debe desconocerse que, en sujetos de especial protección, como el caso de los adultos mayores, este derecho adquiere mayor relevancia pues, las naturales consecuencias de la vejez, ubican a estas personas en un estado de debilidad manifiesta del cual el sistema de salud, debe encargarse.

5. Análisis del caso concreto

En el asunto sub-judice, se tiene que la señora María Consuelo López cuenta con 84 años de edad²¹, hace parte del régimen contributivo de salud²² y reside en este municipio en la Calle 4N No. 9-88 Barrio Cristo Rey²³. Como se establece de la historia clínica, fechada 29 de marzo de 2021, la agenciada tiene entre otros antecedentes patológicos, cáncer, infarto al miocardio, accidente cerebrovascular; así mismo, de la respuesta ofrecida por el doctor Fredy Adrián Toloza Mantilla al requerimiento efectuado por la primera instancia, se desprende que la señora María Consuelo, debido a su diagnóstico “*cie-10 R32X (incontinencia urinaria)*” ha emitido órdenes direccionadas al suministro de pañales desechables, así como “*el servicio de cuidador 12 horas, ya que la paciente requiere acompañamiento con una dependencia severa*”²⁴; las cuales no han sido atendidas por la Nueva EPS, bajo el argumento, para el primer caso, de que el médico tratante no **“está realizando la formulación de acuerdo a lo establecido por la nueva normatividad, lo que garantizaría la entrega efectiva y oportuna al usuario. (...), el médico deberá hacer la radicación a través del Mipres de acuerdo a lo establecido en la Resolución 1885 de 2018”**²⁵, y para el segundo, que al sólo requerir la agenciada cuidados básicos, éstos corresponden o están a cargo de la familia, en la medida en que la normatividad en seguridad social en salud no exime a la familia de su responsabilidad social frente al paciente, según lo informado al accionante producto de su derecho de petición²⁶.

Una vez analizado el asunto en discusión, la juez de primera instancia impartió la protección constitucional solicitada, luego de encontrar que la Nueva EPS S.A. vulneró el derecho a la dignidad humana de la señora María Consuelo López al no autorizar el servicio de cuidador domiciliario 12 horas diarias ni suministrar los pañales ordenados por el médico tratante; negando de otra parte la petición de la entidad accionada de recobro ante el ADRES; decisión que en criterio de la Corporación deberá confirmarse. Los siguientes son los argumentos que la llevan a adoptarla.

Sea lo primero afirmar, y no hay elementos que lo desvirtúen, que la señora María Consuelo López, padece varias afecciones en su salud, por lo que, entre otras órdenes,

²¹ Folio 23 expediente digital, cédula de ciudadanía, fecha de nacimiento 09 de agosto de 1937

²² Respuesta ofrecida en primera instancia por la NUEVA EPS S.A.

²³ Folios 105-106. Respuesta requerimiento efectuado al agenciante.

²⁴ Folios 135-137 expediente digital

²⁵ Folio 91 ibídem

²⁶ Folios 25-26 ibídem

el médico tratante dispuso el servicio de cuidador domiciliario, por ser una paciente que en su concepto requiere acompañamiento; además que por su diagnóstico de incontinencia urinaria es imprescindible el uso de pañales desechables, lo cual no cuestiona ni controvierte la Nueva EPS S.A.

Lo que no comparte la entidad accionada es el no haberse ordenado por la primera instancia el recobro ante el ADRES, pues, a su juicio, está en su *“legítimo derecho de recuperar el costo económico derivado de la prestación no contemplada en el Plan de Beneficios de Salud Contributivo”*, conduciendo dicha negativa a un detrimento del equilibrio financiero, además de poner en riesgo la existencia de la entidad administradora.

En esa medida, adentrándose la Sala en la citada inconformidad puntualiza que no han sido pocos los pronunciamientos horizontales 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 dicho²⁷:

“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 (...)’²⁸”.

Así mismo, rememorando el emitido el 18 de noviembre de 2015²⁹:

“(...) 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

²⁷ Sentencia del 22 de septiembre de 2017, M.P. Jaime Raúl Alvarado Pacheco, radicación 54-518-31-04-001-2017-00157-01

²⁸ Sentencia STL6080 de 2017

²⁹ Radicación 54-518-31-12-001-2015-00070-01 M.P. Jaime Andrés Mejía Gómez

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, 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, de marzo 16 de 2021, radicación 54-518-31-12-001-2021-00013-01, de octubre 5 de 2021, radicación 54-518-31-12-001-2021-00108-01 y de 30 de noviembre de 2021, radicación 54-518-31-84-001-2021-00148-01³⁰.

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”.

Y en sentencia T-224 de 2020, señaló:

“Ahora, de ninguna manera, la fuente de financiación de los servicios o tecnologías puede convertirse en un obstáculo para que el usuario acceda a ellos. Las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente. Esta posibilidad opera, por tanto, en virtud de la reglamentación y está sometida a las condiciones establecidas en ella; no depende de decisiones de jueces de tutela. (...)”.

³⁰ 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.

En ese orden, lo procedente, como se advirtió, es confirmar la decisión impugnada, por las precisiones aquí esbozadas, en lo que hace relación con la negativa del recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) deprecado por la NUEVA EPS S.A.

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,

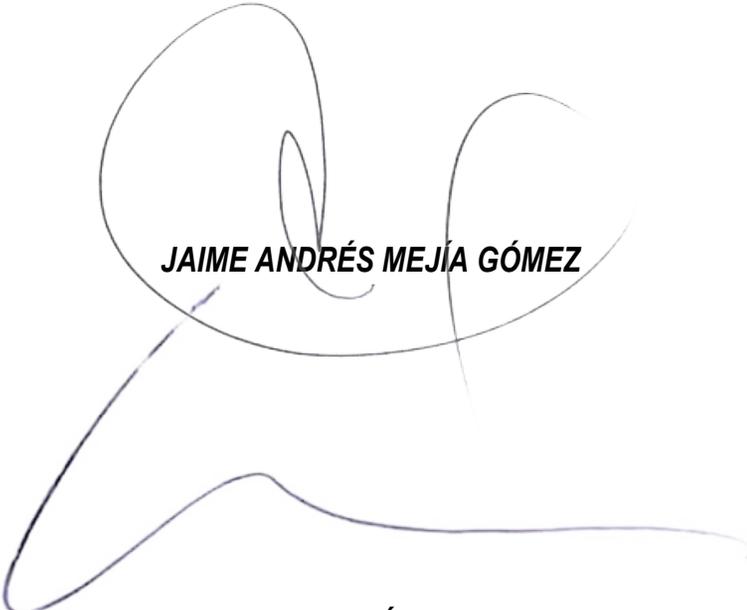
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela emitido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pamplona el día cinco de noviembre de dos mil veintiuno, pero por las precisiones aquí esbozadas, en lo que hace relación con la negativa del recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) deprecado por la NUEVA EPS S.A.

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.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ

NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

En compensatorios

*Acuerdo CSJNS 2021- 430 del 24 de noviembre de 2021 del Consejo Seccional de la
Judicatura*

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:

26231d5f4c5b57d5c89a7b0d5edf39b75fcd6964b4d86b275b7a91498b7aa2d8

Documento generado en 07/12/2021 11:57:42 AM

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