El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela – Segundo grado

Accionante (s) : Nohemí Arango de García

Agente oficiosa : Ligia García Arango

Accionada : Nueva EPS SA y otro

Despacho de origen : Juzgado 1º de Familia de Pereira

Radicación : 66001-31-10-001-2021-00241-01

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 426 de 08-09-2021

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / CARÁCTER FUNDAMENTAL / PROTECCIÓN ESPECIAL PARA PERSONAS EN CONDICIONES DE DEBILIDAD MANIFIESTA / TERCERA EDAD / SUMINISTRO DE SERVICIOS DOMICILIARIOS Y PAÑALES.**

El amparo del derecho a la salud del Estado es especial cuando se trata de personas en condiciones de debilidad por factores como la edad, una discapacidad física o mental, pertenencia a comunidades indígenas o minorías étnicas…

En este caso la promotora es persona de la tercera edad (80 años) …:

“... 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…"

Al tenor del artículo 49 de la CP, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas “(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”. La CC en su jurisprudencia reconoció su carácter fundamental y señaló que a toda persona se le debe garantizar el acceso efectivo a todos los servicios indispensables para conservar su salud…

Así también entiende el legislador, al expedir la Ley 1751 que reguló este derecho fundamental, instituyó su carácter autónomo e irrenunciable y fijó los principios de universalidad, equidad y eficiencia…

… el PBS cubre los servicios paliativos domiciliarios, según su artículo 26: “(…) La atención en la modalidad extramural domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está financiada con recursos de la UPC, en los casos que considere pertinente el profesional tratante (…)”

Este último criterio aplica para insumos sanitarios, como los pañales desechables, porque, según la Alta Colegiatura Constitucional (2020): “(…) no están expresamente excluidos de financiación con los recursos públicos asignados al Sistema de Salud: no se encuentran taxativa, literal y explícitamente en las listas de exclusiones (…)”



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0298-2021**

***Ocho (8) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).***

1. **El asunto a decidir**

La impugnación en el trámite reseñado, luego de finiquitada la primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Explica la agente oficiosa que la accionante tiene 75 años (Sic) y padece *“(…) EPOC, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA Y COVID 19 (…)”*. El médico tratante ordenó brindar atención domiciliaria, practicar exámenes de uroanálisis y gammagrafía de V/Q + Dimero D, y suministrar oxido de zinc y el medicamento Rivaroxaban, y la EPS no los autorizó. Dice que carece de ingresos para acceder al servicio médico particular (Cuaderno No.1, documento No.01).

1. **Los derechos invocados y su protección**

La salud, la dignidad humana y la calidad de vida. Solicita ordenar a la accionada: (i) Autorizar y suministrar la atención domiciliaria, insumos, exámenes y medicamentos recetados por el galeno insumos; y, (ii) Brindar el tratamiento integral (Cuaderno No.1, documento No.01).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

La funcionaria con auto del 07-07-2021 admitió la acción (Cuaderno No.1, documento No.02); el 19-07-2021 profirió la sentencia (Cuaderno No.1, documento No.07); y, el 27-07-2021 concedió la impugnación (Cuaderno No.1, documento No.10).

El fallo amparó los derechos y ordenó a la EPS autorizar y practicar los servicios médicos dispuestos por el médico y brindar el tratamiento integral. Explicó que han pasado tres (3) meses, sin acceder a lo solicitado, pese a la edad y patologías de la actora (Cuaderno No.1, documento No.07).

Impugnó la EPS y cuestionó que se concediera el tratamiento integral debido a que no fue concebido para garantizar la prestación de servicios médicos futuros e inciertos. Pidió revocar la orden (Cuaderno No.1, documento No.09).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
   1. *La competencia funcional:* La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
   2. *El problema jurídico a resolver*: ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia proferida por el Juzgado 1º de Familia de Pereira, según la impugnación?
   3. *Los presupuestos generales de procedencia*
      1. *La legitimación en la causa:* Por activa, la actora por estar afiliada a la EPS accionada, en el régimen contributivo (Cuaderno No.1. documento No.02, folios 13-114); la señora Ligia García Arango puede agenciarla (Legitimada para representarla) porque está postrada en cama y padece enfermedades que le impiden promover la tutela por su propia cuenta[[1]](#footnote-1)-[[2]](#footnote-2): *“(…) PACIENTE (…) CON SÍNDROME DE DESACONDICIONAMIENTO POR COVID, DETERIORO DE SUS FUNCIONES BÁSICAS Y DEL AUTOCUIDADO (…)”* (Cuaderno No.1, documento No01, folio 8). En el extremo pasivo, la Nueva EPS SA por ser la afiliadora encargada de brindar el servicio de salud (Ley 1751).

Distinto frente al Instituto de Diagnóstico Médico IPS, por carecer de competencia para gestionar y garantizar el servicio de salud. Se adicionará el fallo para declarar la improcedencia.

* + 1. *La inmediatez.* El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como mecanismo protector e inmediato de los derechos fundamentales de toda persona, siempre que sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular.

Este requisito: *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2020)[[3]](#footnote-3). Aquello porque: *“(…) el transcurso de un lapso importante entre la presunta violación de derechos fundamentales y la presentación de la acción de tutela «es indicativo de la menor gravedad de la vulneración alegada o de la poca importancia que tendría el perjuicio que ella causa (…)”* (2021)[[4]](#footnote-4).

Se satisface, pues la acción se formuló (07-07-2021) (Cuaderno No.1, documento No.01) dos (2) meses después de expedida la orden médica pendiente de cumplir (04-05-2021) (Cuaderno No.1, documento No.01, folio 18), es decir, dentro del plazo general de los seis (6) meses, fijado por la doctrina constitucional[[5]](#footnote-5), como razonable.

* + 1. *La subsidiariedad*. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2021)[[6]](#footnote-6). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y **(ii)** La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

En el sub *examine*, la accionante no cuenta con otro mecanismo diferente a esta acción para procurar la defensa de sus derechos. Por consiguiente, como este asunto supera el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

* 1. La protección especial (Tercera edad - Invalidez, etc.)

El amparo del derecho a la salud del Estado es especial cuando se trata de personas en condiciones de debilidad por factores como la edad, una discapacidad física o mental, pertenencia a comunidades indígenas o minorías étnicas, religiosas, condición de pobreza o indigencia, género, o hallarse privado de la libertad.

En este caso la promotora es persona de la tercera edad (80 años) (Cuaderno No.1, documento No.01, folio 4): *“(…) la esperanza de vida al nacer para la totalidad de la población en Colombia (sin distinguir entre hombres y mujeres), se encuentra estimada en los 76 años. Por lo tanto, una persona será considerada de la tercera edad solo cuando supere esa edad, o aquella que certifique el DANE para cada periodo específico (…)”*[[7]](#footnote-7) y, en consecuencia, amerita protección especial, según la doctrina de la CC[[8]](#footnote-8):

... 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[[9]](#footnote-9), razón por la cual se deberán garantizar todos los servicios relativos a salud que ellos requieran.

En virtud de ello, esta Corte 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 personas de la tercera edad*, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran... (Cursiva extratextual).

Y, en decisión reciente reiteró aquel razonamiento (2020)[[10]](#footnote-10): *“(…) La Corte Constitucional ha reconocido y tutelado principalmente el derecho a la salud, de los sujetos de especial protección constitucional. En primer lugar ha protegido a los niños y las niñas, cuyo derecho a la salud es expresamente reconocido como fundamental por la Carta Política (art. 44, CP). Pero también ha reconocido la protección especial que merecen, por ejemplo, las mujeres embarazadas, las personas de la tercera edad y las personas con alguna discapacidad (…)”* (Línea a propósito).

* 1. *El derecho a la salud, los servicios domiciliarios y el suministro de elemento no incluidos en el plan de beneficios en salud*:Al tenor del artículo 49 de la CP, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas *“(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”.* La CC en su jurisprudencia reconoció su carácter fundamental y señaló que a toda persona se le debe garantizar el acceso efectivo a todos los servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad[[11]](#footnote-11).

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que reguló este derecho fundamental, instituyó su carácter autónomo e irrenunciable y fijó los principios de universalidad, equidad y eficiencia. Por ende, la acción de tutela continúa siendo un medio judicial idóneo para defenderlo.

Debe entenderse que a la luz de la precitada ley, se garantiza a través de: *“(…) la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas (…)”*; solo excluye los servicios mencionados en su artículo 15, entre ellos los: *“(…)* *Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas (…)”* (Línea de la Sala); y, aplica: *“(…)* *a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud (…)*”.

Sin duda, el plan de beneficios cubre todas las prestaciones en salud, salvo las que **expresamente** estén excluidas; empero, la CC[[12]](#footnote-12) ha dispuesto que en ciertas situaciones específicas debe brindarse la prestación requerida, pese a su exclusión, en tanto prima garantizar de forma efectiva el derecho a la salud del afiliado.

Ahora, el PBS cubre los servicios paliativos domiciliarios, según su artículo 26: *“(…) La atención en la modalidad extramural domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está financiada con recursos de la UPC, en los casos que considere pertinente el profesional tratante* *(…)”*; y, el 66, que reza: *“(…) Los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC, (…)* ***la atención domiciliaria*** *(…)* ***de pacientes con enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida*** *(…) con las tecnologías en salud y los servicios financiados con recursos de la UPC,* ***según criterio del profesional tratante*** *(…)”* (Negrilla de la Sala) (Resolución 2481/2020).

Entonces, los servicios y tecnologías domiciliarios que el médico tratante considere necesarios, deben ser garantizados por la EPS, porque están incluidos en el PBS con cargo al UPC (2021)[[13]](#footnote-13); y, también debe proveer los que expresamente no estén excluidos, como el óxido de zinc, entre otros, porque está cubiertos por el ADRES (Resolución 1885/2018 reglamentaria del cobro de servicios y tecnologías no financiados con la UPC). Al respecto, la jurisprudencia constitucional reseña: *“(…)* *deben ser pagados por la EPS y después recobrados a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) (…)”*[[14]](#footnote-14).

Este último criterio aplica para insumos sanitarios, como los pañales desechables, porque, según la Alta Colegiatura Constitucional (2020)[[15]](#footnote-15): *“(…) no están expresamente excluidos de financiación con los recursos públicos asignados al Sistema de Salud: no se encuentran taxativa, literal y explícitamente en las listas de exclusiones (…)”,* incluso, en la Resolución No.244 de 2019 *“(…) se listan expresamente los pañales para adulto y niño entre las tecnologías que no fueron excluidas (…)”* y “*(…) su financiación corresponde a la “Adres y Entes Territoriales”, es decir, al mecanismo de protección individual (…)*”.

Concluye la CC[[16]](#footnote-16): “*(…) Si los pañales desechables estuviesen excluidos de financiación con recursos públicos, no habría razón para que el Ministerio estableciera reglas para su suministro (…)”* (Resolución No.1885/2018, artículo 19, parágrafo 2º; y Resolución No.2438/2018, artículo 19, parágrafo 2º), por manera que deben proporcionase cuando el usuario los *requiera con necesidad.*

1. **El caso concreto analizado**

Se confirmará la sentencia opugnada. Es evidente que la EPS accionada trasgredió el derecho a la salud de la accionante.

El día 04-05-2021 el médico tratante ordenó *“(…) MANEJO POR EQUIPO DE ATENCIÓN DOMICILIARIA PUES SU ÍNDICE DE BARTHEL ES DE 30M, SE FORMULA ANTICOAGULANTES, ADEMÁS DE PAÑALES DESECHABLE, ÓXIDO DE ZINC, SE FORMULLA (SIC) ATB PUES SOSPECHO IVU Y SE SOLICITA UROANÁLISIS (…)”*, para tratar las patologías de la actora, *“(…) EMBOLIA PULMONAR (…)”* e *“(…) INCONTINENCIA URINARIA (…)”,* entre otras (Cuaderno No.1, documento No.01, folios 7-18), y la EPS aún no los autoriza.

Atinó a informar en primera sede que llamaría a la accionante *“(…) para darle indicaciones sobre lo que requiere (…)”*, sin pruebas (Cuaderno No.1, documento No.04); y, en la impugnación, tampoco refirió su acato, solo reparó respecto al tratamiento integral (Cuaderno No.1, documento No.09).

Es su obligación garantizar la asistencia domiciliaria en salud con cargo a la UPC, según los artículos 26 y 66, Resolución 2481/2020, como suministrar los insumos sanitarios recetados, en tanto, expresamente, no fueron excluidos del PBS[[17]](#footnote-17). Son servicios que cuentan con financiación específica y la EPS pretirió garantizarlos, sin justificación de índole alguna.

Sin duda ha vulnerado los derechos *iusfundamentales* invocados, ya que por el hecho de la afiliación y hacer parte del sistema que debe garantía del derecho a la salud (Ley 1751), es la encargada de que los servicios se presten con eficiencia, continuidad y calidad, sin que pueda alegar ningún tipo de exclusión (Artículo 15). Además, para el caso, resulta inaceptable la desidia de la accionada, dada la condición de persona de especial protección constitucional de la actora.

En lo concerniente al tratamiento integral (2020)[[18]](#footnote-18), encuentra esta Sala que fue atinada la decisión, en consideración a que: (i) La EPS actúo con negligencia y demora (No autorizó ni suministró el servicio domiciliario, los medicamentos, exámenes e insumos sanitarios ordenados); (ii) Están diagnosticadas las patologías (Cuaderno No.1, documento No.01, folios 7-18); (iii) *Hay orden expresa del médico* (Cuaderno No.1, documento No.01, folio 8); y, (iv) La actora amerita un trato diferenciado por la gravedad de sus dolencias (Embolia pulmonar, atrofia muscular generalizada, e incontinencia urinaria) y ser de la tercera edad (80 años) (Cuaderno No.1, documento No.01, folios 4).

Aun cuando se carezca de prescripciones médicas adicionales, para la Magistratura deviene indispensable disponer la prestación de aquel servicio, en razón al desinterés de la EPS en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales. En todo caso, es un hecho notorio que requiere las asistencias e insumos prescritos de forma permanente dada su condición de salud y edad; innecesaria entonces la orden médica (2020)[[19]](#footnote-19).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil -Familia, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**F a l l a,**

1. CONFIRMAR el fallo proferido el 19-07-2021 por el Juzgado 1º de Familia de Pereira.
2. ADICIONAR un numeral para DECLARAR improcedente la tutela contra el Instituto de Diagnóstico Médico IPS, por falta de legitimación.
3. REMITIR este expediente a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-015 de 2021, T-310 de 2016 y T-514 de 2006*.* [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ, Sala Civil. Sentencia CSJ STC del 13-12-2011, radicado No.00284-02; reiterada en las STC5313-2015, STC5520-2015, STC2344-2016, STC7337-2017, STC8971-2018 y STC15937-2018, entre otras. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-131 de 2021. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-034-2021, [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-015 de 2019 y T-004 de 2015. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-014 de 2017 y T-004 de 2014. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-634 de 2008. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-224 de 2020. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-405 de 2017, T-081 de 2019, T-117 de 2019 y T-207 de 2020. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-309 de 2018, T-215 de 2018, T-299 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-015 de 2021 y T-528 de 2019: solo requiere *“(…)  (i)  una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería (…)”* [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-245 de 2020, T-528 de 2019, T-239 de 2019, T-032 de 2018, T-464 de 2018, T-491 de 2018 y T-014 de 2017. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. T-224 de 2020. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. O. cit. [↑](#footnote-ref-16)
17. CC. T-245 de 2020, T-528 de 2019, T-239 de 2019, T-032 de 2018, T-464 de 2018, T-491 de 2018 y T-014 de 2017. [↑](#footnote-ref-17)
18. CC. T-081 de 2019, reiterada en la T-207 de 2020. [↑](#footnote-ref-18)
19. CC. T-597 de 2016, T-014 de 2017, T-336 de 2018, T-215 de 2018, T-528 de 2019, T-239 de 2019 y T-245 de 2020*.* [↑](#footnote-ref-19)