

REPÚBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada ponente

Aprobado por Acta de Sala No. 366

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
Radicación:	81736318900120220032001
Accionante:	MARÍA ALCIRA MENDOZA como agente oficioso del señor CIPRIANO ALONSO GÓMEZ
Accionado:	NUEVA EPS y Otros
Derechos invocados:	Salud y otros
Asunto:	Impugnación

Sent. No. 094

Arauca (A), seis (06) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

1. Asunto a tratar.

Decidir la impugnación de tutela presentada¹ por NUEVA EPS contra la sentencia de 27 de julio de 2022, proferida por el JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SARAVERENA (A).

2. Antecedentes.

2.1. La acción de tutela. La señora MARÍA ALCIRA MENDOZA² demanda en acción de tutela a la Empresa Promotora de Salud Nueva EPS., porque omite³ suministrar <<cuidador 24 horas>> al señor CIPRIANO ALONSO GÓMEZ⁴ diagnosticado con ENFERMEDAD DE PARKINSON, HIPERPLASIA DE LA PRÓSTATA y DEMENCIA VASCULAR SUBCORTICAL,

¹ El 01 de agosto de 2022.

² Agente oficiosa del señor CIPRIANO ALONSO GÓMEZ.

³ “ Una vez recibida las respectivas ordenes medicas solicitamos ante la EPS la respectiva autorización, pero la respuesta de la EPS accionada fue que ellos no autorizaban este servicio desconocimiento y omitiendo que en escala de Barthel el medico tratando manifiesta quela dependencia es TOTAL”.

⁴ 85 años de edad

con escala de Barthel del cien por ciento (100%) de dependencia; atención que requiere con urgencia, ya que a sus 57 años de edad, no cuenta con salud, ni conocimientos para cuidarlo dentro y fuera de su hogar cuando requiere acudir a las consultas médicas. Adicionalmente atiende a su progenitora de 81 años de edad.

En procura de la protección constitucional a los derechos fundamentales⁵ solicita ordenar a la Nueva EPS, de manera urgente y prioritaria, autorizar el servicio médico prescrito por el médico tratante y garantizar atención médica integral, esto es, insumos, atenciones especializadas, procedimientos médicos, exámenes, intervenciones y valoraciones requeridas para el tratamiento de su diagnóstico.

Anexa:

- ✓ Historia Clínica correspondiente al señor CIPRIANO ALONSO GOMEZ expedida por FAMEDIC el 13 de abril de 2022.
- ✓ Copia de la cédula de ciudadanía del señor CIPRIANO ALONSO GOMEZ nacido el 31 de diciembre de 1.939

2.2. Trámite procesal. La demanda inicialmente correspondió por reparto al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Tame⁶, quien conforme a las reglas de reparto y al precedente de esta Corporación, inmediatamente la direccionó a los Juzgados del Circuito de Saravena. Allí fue admitida por el Juzgado Penal del Circuito⁷, quien concedió dos (2) días a la entidad accionada para que responda.

2.3. La **NUEVA E.P.S.-S.**, manifiesta que sus bases de datos registran al señor CIPRIANO ALONSO GOMEZ como afiliado activo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado⁸ desde el 10 de agosto de 2021.

En cuanto al servicio de cuidador domiciliario, cita la sentencia T-801 de 1998 y recuerda que tal atención por su naturaleza – no es servicio médico- y en principio deben garantizarlo los consanguíneos del paciente; obligación que excepcionalmente debe asumir el Estado, siempre y cuando se establezca la imposibilidad material de su núcleo familiar, cuando i) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las

⁵ *A la vida, salud, vida digna y seguridad social.*

⁶ 12 de julio de 2022

⁷ Auto de 13 de julio de 2022.

⁸ *Víctima del conflicto armado interno-*

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 e contratar la prestación de ese servicio.

Considera improcedente el tratamiento integral, basado en suposiciones y prejuizgamientos a futuro respecto a fallas inexistentes en la prestación del servicio, lo que a su juicio vulnera el derecho al debido proceso; máxime cuando ha garantizado la atención integral al paciente, tales como ayudas diagnósticas, servicios especializados y sub-especializados, medicamentos, acciones de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación sin dilación alguna, en ésta y otras patologías.

Sostiene, además que, por tratarse de un afiliado del régimen subsidiado, el Estado debe responder por el acceso al servicio de salud a través de la Dirección Seccional de Salud Departamental de conformidad con la ley 715 de 2001 que en su artículo 43 dispone: *COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS EN SALUD. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:*

43.2. De prestación de servicios de salud.

43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.

43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental.

Con fundamento en lo anterior solicita vincular a la mencionada entidad territorial, “ *ya que cada departamento con fundamento en las necesidades y exigencias propias, adoptaron un modelo, ya fuera descentralizado o descentralizado, para garantizar el acceso a los usuarios del régimen subsidiado en salud a los servicios no incluido en el PBS, asegurando el adecuado flujo de recursos para los prestadores de servicios de salud*”⁹.

También pide que de no ser atendidas sus pretensiones, esta instancia ADICIONE la parte resolutive del fallo, “ *en el sentido de FACULTAR a la NUEVA EPS S.A. y en virtud de la Resolución 205 de 2020 (por medio de la cual se establecieron unas disposiciones en relación al presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPC), se ordene a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (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 prestación*”

⁹ Corte Constitucional Sentencia 117-2019

2.4. Fallo de primera instancia.¹⁰ Concedió el amparo y ordenó al Representante Legal de la accionada Nueva EPS que , “ *en el término máximo de las 48 horas siguientes a la notificación de éste proveído, autorice y suministre al señor Cipriano Alonso Gómez el servicio de cuidador domiciliaria 24 horas hasta nueva orden médica, conforme lo dispuesto por el médico tratante de la IPS FAMEDIC; asimismo, GARANTIZAR LA CONTINUACION DE LA ATENCIÓN MÉDICA INTEGRAL, ININTERRUMPIDA, EFICAZ Y PRIORITARIA que requiere el señor Cipriano Alonso Gómez frente a sus diagnósticos de la enfermedad de parkinson, hiperplasia de la próstata y demencia vascular subcortical*”.

Sirvió como fundamento para justificar la atención domiciliaria, los criterios jurisprudenciales vigentes no solo frente a la protección constitucional de los adultos mayores sino la de aquellos que presentan condiciones especiales de salud como en este caso que se trata de un anciano de 83 años de edad, diagnosticado con enfermedad de Parkinson, totalmente dependiente según lo reveló la escala de Barthel, a quien su familia no está en condiciones de prodigarle los cuidados que requiere; razón por la cual fue el médico tratante de la red prestadora de servicios quien le prescribió el cuidador domiciliario 24 horas que la entidad demandada se niega a suministrar; comportamiento que al calificar como negligente fundamentó la necesidad de protegerlo con un amparo integral, dado que su estado de salud requiere una atención médica sin interrupciones.

Precisó que los gastos correspondientes a los servicios no PBS están garantizados con las Resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, razón por la cual despachó desfavorable la autorización de recobro.

2.5. La impugnación. La NUEVA EPS con idénticos argumentos a los presentados en la contestación de la acción pide revocar la orden de suministro del Cuidador domiciliario, “ *puesto que los cuidados descritos no hacen parte de las prestaciones de salud y corresponderá a los familiares su cuidado hasta tanto no se pueda demostrar una imposibilidad material que se los impida*” .

2.6 Pruebas practicadas en esta instancia

Mediante comunicación telefónica con la señora MARIA ALCIRA MENDOZA¹¹, hijastra del señor CIPRIANO ALONSO GÓMEZ, manifestó que desde el 25 de agosto de 2022 la NUEVA E.P.S. autorizó el servicio de cuidador domiciliario por tres (3) meses¹², en turnos de 12 horas diurnas¹³; además, recibe terapias en el lugar de residencia y la visita del médico general.

¹⁰ Julio 27 de 2022

¹¹ 05/09/2022- 02:43 P.m. (6 min, 48 s), celular número 3227178791.

¹² Dos auxiliares que se turnan cada dos días.

¹³ De 7:00 Am. A 07:00 P.m.

3. Consideraciones.

3.1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para resolver la impugnación propuesta al ser el superior funcional del Juez que profirió la decisión.

3.2. Requisitos de procedibilidad

Legitimación en la causa por activa y por pasiva. La jurisprudencia constitucional ha considerado que son tres los requisitos que deben cumplirse para hacer uso de la agencia oficiosa, a saber: (i) *que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro; (ii) que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa (sin que esto implique una relación formal entre el agente y el titular) y (iii) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados.*¹⁴

Tratándose de menores de edad, cualquier persona puede presentar la acción de amparo su favor, es así que de antaño la sentencia T-462 de 1993 puntualizó que:

“Cualquier persona puede interponer acción de tutela ante la eventualidad de una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del niño. La interpretación literal del último inciso del artículo 44 de la Carta, que permite a cualquier persona exigirle a la autoridad competente el cumplimiento de su obligación de asistir y proteger al niño, no puede dar lugar a restringir la intervención de terceros solamente a un mecanismo específico de protección de los derechos, vgr. la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución. Este entendimiento de la norma limitaría los medios jurídicos instituidos para la defensa de los derechos del menor, quien por su frágil condición debe recibir una protección especial”.

Igualmente, la sentencia T-408 de 1995 indicó que: *“la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que cualquiera persona está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño, o la ausencia de representante legal”*¹⁵.

¹⁴ Ver sentencias T-294 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-330 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-667 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-444 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-004 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo) y T-545 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-526 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa), entre muchas otras.

¹⁵ En ese sentido la Corte se pronunció en las sentencias T-482 de 2013, T-551 de 2014, T-270 de 2016, T-196 de 2018, entre otras.

En este caso, tanto la legitimación por activa y por pasiva se cumplen.

Inmediatez. Se cumple este requisito, si tenemos en cuenta que, la orden médica fue prescrita el pasado 13 de abril y la acción de tutela presentada el 12 de julio del presente año.

Subsidiariedad. Conforme a la jurisprudencia constitucional¹⁶, la Supersalud es competente para conocer, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, de asuntos que abarcan, por un lado, aquellos relativos a la:

“[c]obertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (Plan Obligatorio de Salud), cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia.”¹⁷

Por otro lado, la Supersalud también está facultada para conocer y fallar asuntos relacionados con:

“[c]onflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le [sic] asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.”¹⁸

Ahora bien, la Corte ha encontrado que, por razones tanto normativas como prácticas, el mecanismo mencionado no resulta idóneo ni eficaz en muchos de los casos en que se acude a la acción de tutela para exigir la protección del derecho a la salud.¹⁹ De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,²⁰ la Corte estableció, con base en la jurisprudencia sobre la materia, una serie de parámetros que el mecanismo jurisdiccional mencionado debe cumplir para consolidarse como un medio idóneo y eficaz de defensa y solicitó al Gobierno nacional que adoptara, implementara e hiciera público un plan de medidas para adecuar y optimizar su funcionamiento.

¹⁶ Sentencia T-122 de 2021.

¹⁷ Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Para ver sistematizaciones recientes de los principales hallazgos de la Corte en este sentido, consultar las sentencias SU-124 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. A.V. Alejandro Linares Cantillo y José Fernando Reyes Cuartas; T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo; y SU-508 de 2020. MM.PP. José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos. A.V. Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Richard S. Ramírez Grisales.

²⁰ Sentencia T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo.

En virtud de lo anterior, se torna procedente la presente acción, ante la ineficacia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD²¹.

3.3. Problema Jurídico.

Determinar si la NUEVA E.P.S debe proveer el servicio de cuidador domiciliario al señor CIPRIANO ALONSO GÓMEZ y si además se justifica la orden de tratamiento integral.

3.4. Supuestos jurídicos

3.4.1. De la naturaleza de la acción de tutela.

Conforme lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, toda persona puede acudir a la acción de tutela para propender por la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular encargado de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

De igual modo, el artículo 6 del Decreto 306 de 1992²², compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015²³ señala que en el fallo de tutela el Juez deberá señalar el derecho constitucional fundamental tutelado, citar el precepto constitucional que lo consagra, y precisar en qué consiste, la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto.

3.4.2. El derecho fundamental a la salud y su prestación en favor de las personas en condición de discapacidad bajo los principios de integralidad y continuidad.

El derecho fundamental a la salud tiene una doble connotación (i) como servicio público, establecido así en el artículo 49 de la Constitución, cuya garantía está a cargo del Estado, bajo condiciones de *“oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad”*²⁴ y; (ii) como derecho fundamental autónomo *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la*

²¹ Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 y modificada por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, estipula que la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD posee facultades jurisdiccionales para dirimir los asuntos atinentes a la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos o no en el P.B.S., con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

²² *Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).*

²³ *Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.*

²⁴ *Sentencia T-859 de 2003.*

*estabilidad orgánica y funcional de su ser*²⁵. Su carácter de derecho fundamental autónomo surge de la necesidad del Estado de proteger la salud al más alto nivel, toda vez que se relaciona de manera directa con la vida y la dignidad de las personas y el desarrollo de otros derechos fundamentales²⁶.

Dentro del marco del sistema internacional de los Derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (PIDESC), en su artículo 12 reconoce “*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*” y establece las medidas que deberán adoptar los Estados para asegurar la efectividad de este derecho, como “*la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad*”.

A partir de su relación directa con la vida y la dignidad de las personas, su protección se refuerza al tratarse de Sujetos de Especial Protección Constitucional²⁷ que por su estado de mayor vulnerabilidad y debilidad son merecedores de protección reforzada por parte del Estado, así el artículo 47 de la Constitución indica: “*El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran*”.

Frente a la protección del derecho a la salud de personas que se encuentran en situación de discapacidad, el Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales –CDESC- establece que “*la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (apartado d del párrafo 2 del artículo 12), tanto física como mental, incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental.*”(Negrilla fuera del texto original).

La garantía constitucional del derecho a la salud de la población con discapacidad debe ser desarrollada en conjunción con el principio de integralidad. Al respecto, en sentencia T-121 de 2015 se afirmó: “*El derecho a la salud implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo*”.

En materia de seguridad social, debe entenderse de acuerdo al artículo 2°, literal d) de la Ley 100 de 1993 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*”.

²⁵ Sentencias T-597 de 1993, T-355 de 2012, T-022 de 2011 y T-859 de 2003.

²⁶ Sentencias T-311 de 2012, T-214 de 2013 y T-132 de 2016.

²⁷ Sentencia T-167 de 2011. Aquellas personas que por su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva del Estado para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. La Corte ha considerado que entre los sujetos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza.

Lo anterior fue reiterado mediante la Ley 1751 del 2015, cuyo artículo 8° establece que, “los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador”. Además, **hace claridad que el usuario no puede ver disminuida su salud por la fragmentación de la responsabilidad en la prestación de un servicio específico**. Así mismo, establece que los servicios deben tener un alcance que comprenda todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico en relación de las necesidades específicas de conformidad al estado de salud diagnosticado.

En este sentido, la sentencia T-171 de 2018 considera que el principio de integralidad opera con el fin de suministrar servicios y tecnologías necesarios que ayuden a paliar las afectaciones que perturban las condiciones físicas y mentales, así mismo, que la enfermedad se pueda tratar al punto de garantizar el mayor grado de salud posible y dignidad humana.

La Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad dispone en su artículo 26 que los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, para que: “*las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación*”, basándose estos en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona.

Concerniente a la **continuidad como principio rector de la plena efectividad del derecho a la salud**, la jurisprudencia de la Corte reitera que: las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados²⁸ (subrayado fuera del texto original).

Además, la Ley 1751 del 2015²⁹, en su artículo 11, **establece que la atención en salud a las personas con discapacidad no podrá ser limitada por tipos de restricciones administrativas o económicas y que “las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención”**.

Por lo anterior, la interrupción arbitraria del servicio a la salud, es contraria al derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana, especialmente tratándose de personas con algún tipo de discapacidad física, mental o sensorial, las cuales tienen derecho a obtener la totalidad del componente médico previsto para el manejo del padecimiento que le sobrevino, así no

²⁸ Sentencia T-1198 de 2003.

²⁹ Ley Estatutaria 1751 de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

se obtenga su recuperación completa y definitiva, pero se logren mantener los avances logrados en términos conductuales y de vida en comunidad, lo que asegura que al paciente pueda vivir en el mayor nivel de dignidad posible³⁰. Reiterado esto en sentencia T-196 de 2018 donde “una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de tal forma que aquel no sea suspendido o retardado durante la recuperación o estabilización de paciente”.

En conclusión, el derecho a la salud de las personas con discapacidad en virtud del principio de dignidad y de conformidad con la integralidad y continuidad involucra que deben otorgarse todas las medidas y servicios necesarios que hagan posible lograr el más alto nivel de salud, lo que incluye un adecuada valoración³¹ que fije la rehabilitación o paliación de las necesidades que persistan respecto al estado de salud, con el fin de lograr la máxima independencia, capacidad física, social, mental y la inclusión y participación plena en todas las áreas de la vida.

3.4.3. Del tratamiento integral.

Los criterios jurisprudenciales vigentes sostienen que: “el servicio de salud prestado por las entidades del Sistema debe contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento del estado de salud o la mitigación de las dolencias del paciente, **sin que sea posible fraccionarlos, separarlos o elegir cuál de ellos aprueba en razón del interés económico que representan.** En este sentido, ha afirmado que la orden del tratamiento integral por parte del juez constitucional 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 accionante. No obstante, la Corte ha señalado que **la solicitud de tratamiento integral no puede tener como sustento afirmaciones abstractas o inciertas, sino que deben confluír unos supuestos para efectos de verificar la vulneración alegada, a saber:**

- **Que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio, como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos o la realización de tratamientos; y**
- **Que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico tratante, en que se especifiquen las prestaciones o servicios que requiere el paciente.**³²

Acorde con la Corte Constitucional, el reconocimiento del tratamiento integral solo se declarará cuando **“(i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello pone en riesgo los derechos fundamentales del paciente³³, y (ii) cuando el usuario es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad**

³⁰ T- 339 de 2019.

³¹ Corte Constitucional. Sentencias T-887 de 2012, T-298 de 2013, T-940 de 2014, T-045 de 2015, T-210 de 2015 y T-459 de 2015.

³² Corte Constitucional, Sentencia T 475 del 06 de noviembre de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

³³ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

física o que padezcan enfermedades catastróficas, o con aquellas personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”³⁴.

Así mismo, en sentencia T-081 de 2019, precisó que la orden de tratamiento integral depende de varios factores, tales como: ***“(i) que existan las prescripciones emitidas por el médico, el diagnóstico del paciente y los servicios requeridos para su atención; (ii) la EPS actúe con negligencia en la prestación del servicio, procedido en forma dilatoria y haya programado los mismos fuera de un término razonable; y (iii) con ello, la EPS haya puesto en riesgo al paciente, al prolongar “su sufrimiento físico o emocional, y genera[r] (...) complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte”.***

De modo que, el juez de tutela debe **precisar el diagnóstico** que el médico tratante estableció respecto del actor y frente al cual recae la orden del tratamiento integral. Esto, por cuanto no le es posible a la autoridad judicial dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas, pues, de hacerlo, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados³⁵.

4. Examen del caso

La Constitución Política de Colombia, artículos 48 y 49, establece que la salud es un derecho fundamental, un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable, el cual debe ser garantizado a todas las personas en su acceso, promoción, protección y recuperación; de manera oportuna, eficiente y de calidad, siempre bajo la dirección, coordinación y control del Estado.

Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que la salud es un derecho *“(...) autónomo, definiéndolo como la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”, y garantizándolo bajo condiciones de “oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad”.* Además ha dicho que el derecho a la salud obedece a la necesidad de abarcar las esferas mentales y corporales de la personas y a la de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales.³⁶, por lo cual, la prestación en salud debe comprender un *“(...) el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo.”³⁷*

En ese sentido, el artículo 8 de la Ley Estatutaria de Salud dispone que el servicio de salud debe responder al principio de integralidad, esto es, que debe ser prestado de manera eficiente, con calidad y de manera oportuna, y de forma integral de acuerdo con las disposiciones prescritas por el médico tratante. Según la Corte Constitucional, *“el principio de integralidad irradia el sistema, determina su lógica de funcionamiento y envuelve la obligación del*

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T 062 de 03 de febrero de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y sentencia T 178 de 24 de marzo de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia T 001 de 2018. M.P. Cristina Prado Schlesinger.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia T 121 de 2015. M.P. Luis Guillermo Pérez.

Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de adoptar todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas. Al respecto, se aclaró que el principio de integralidad no solo implica que se debe garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para superar la afectación de la salud, sino también para sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad y dignidad personal del paciente, de modo que su entorno sea tolerable y adecuado”³⁸

Además, en cuanto a las personas de la tercera edad, la jurisprudencia reitera que,

“los adultos mayores, como sujetos de especial protección constitucional, tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta. (...) Estos adultos mayores entre los mayores, presentan una mayor vulnerabilidad que se evidencia en la fragilidad y deterioro continuo de su cuerpo y su salud, por lo que el Estado está en la responsabilidad de cuidar y proteger para brindarles un entorno digno y seguro en sus últimos años de vida.”³⁹

En relación con la atención domiciliaria- Servicio de cuidador, la Corte Constitucional en sentencia T-015 de 2021 realizó la distinción entre el servicio de auxiliar de enfermería⁴⁰ y de cuidador: respecto del primero señala que, *“como modalidad de la atención domiciliaria, según lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, es aquel que solo puede ser brindado por una persona con conocimientos calificados en salud”*. Es diferente al **servicio de cuidador** que se dirige a la atención de necesidades básicas y no exige una capacitación especial.⁴¹

Respecto al servicio del cuidador, la jurisprudencia de la Corte destaca que: *“i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.⁴² ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS. iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante”⁴³*

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T 260 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T 015 de 2021. M.P. Diana Fajardo Rivera.

⁴⁰ Incluido en el PBS como atención domiciliaria. Resolución 2292 de 2021. Artículo 8 y 25.

⁴¹ Sentencias T-260 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, en las cuales se explican las diferencias entre los dos tipos de servicio.

⁴² Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁴³ Sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, y T-414 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Indicó la Corte⁴⁴ que, de acuerdo con la interpretación y el alcance que la misma Corporación atribuyó al artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, **que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido del Plan Básico de Salud, se entiende incluido en éste, razón por la cual debe ser prestado.**⁴⁵ En relación con el servicio de cuidador, el tema planteado es la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores cuando no se encuentra excluido ni reconocido en el Plan de Beneficios de Salud. Circunstancia que, actualmente, permanece vigente con la expedición de la **-Resolución 2273 de 2021**⁴⁶, y la **Resolución 2292 de 2021**⁴⁷, toda vez, que el cuidador no se encuentra excluido ni incluido en el PBS.

Bajo este contexto, la jurisprudencia constitucional sostiene que, como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones:

“(1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y

*(2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.”*⁴⁸

En síntesis, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario verificar: *(i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y (ii) en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido”*.

Bajo este marco conceptual, evidenciado como está, que, el señor CIPRIANO ALONSO GÓMEZ de 83 años de edad⁴⁹, diagnosticado con PARKINSON; HIPERPLASIA DE LA PRÓSTATA y DEMENCIA VASCULAR SUBCORTICAL clasificado en condición de pobreza extrema⁵⁰, quien desde el pasado 13 de abril espera que la Empresa Promotora de Salud a la que

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-015 de 2021.

⁴⁵ Entre otras, las sentencias T-364 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁴⁶ *“Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”*.

⁴⁷ *“Por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación”*.

⁴⁸ Al respecto pueden ser consultadas, entre otras, las sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁴⁹ Anexo, cedula de ciudadanía del señor CIPRIANO GÓMEZ.

⁵⁰ Consulta al Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales -SISBÉN.

se encuentra afiliado autorice el servicio de cuidador domiciliario que su médico tratante prescribió y que su núcleo familiar no dispone de los conocimientos ni de la capacidad física para su cuidado toda vez que, la señora MARÍA ALCIRA MENDOZA, tiene 57 años y debe cuidar a su madre de 81 años; resulta por demás acertada la decisión adoptada por el juez de primera instancia en ordenar a la NUEVA EPS suministrar el servicio de *cuidador domiciliario 24 horas* y de todos los servicios de salud requeridos por el paciente bajo el principio de integralidad, pues ello guarda consonancia con lo normado en el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, que prevé el derecho del paciente a obtener una atención médica completa, continua e integral; razón por la que se CONFIRMARA la sentencia proferida el 27 de julio de 2022 por el JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SARAVERENA (A).

Cuestión final.

Respecto a la fuente de financiación de servicios, se le recuerda a la E.P.S. que esta no puede convertirse en una barrera para el usuario, al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que, “**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.** Al advertir esta situación, la Sala no desconoce la importancia del criterio de sostenibilidad financiera en el Sistema de Salud. Para que este funcione en condiciones óptimas, es necesario que el Estado garantice un flujo adecuado, suficiente y oportuno de los recursos a las entidades a cargo de suministrar los servicios y tecnologías que los usuarios requieren”.⁵¹ (Negrita y Subrayado fuera de texto).

5. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la SALA ÚNICA del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de julio de 2022 por el JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SARAVERENA (A), conforme las consideraciones ut supra.

⁵¹ Sentencia T-224/20.

SEGUNDO: Comunicar esta decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz, con arreglo a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Llevado a cabo lo anterior, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada