

REPÚBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO DE ARAUCA TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA SALA ÚNICA

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada ponente

Aprobado mediante Acta de Sala No.0656

Proceso:	Acción De Tutela 2ª Instancia
Radicación:	81001318700120230025201 Enlace Link
Accionante:	Santos Miguel Echeverría Pedraza en favor de María Josefa Guillén de Pinzón.
Accionado:	NUEVA E.P.S.
Derechos invocados:	Derecho a la salud, vida digna.
Asunto:	Sentencia

Sent. No.0151

Arauca (A), catorce (14) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

1. Objeto de la decisión

Decidir la impugnación promovida por la NUEVA E.P.S. contra la sentencia proferida el 3 de octubre de 2023 por el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ARAUCA¹.

2. Antecedentes

Del escrito de tutela²

El defensor público SANTOS MIGUEL ECHEVERRÍA³, agente oficioso de la señora MARÍA JOSEFA GUILLÉN DE PINZÓN <<de 90 años de edad>>, diagnosticada con *1679 enfermedad cardiovascular, no especificada, N390 infección de vías urinarias, sitio no especificado, I48X fibrilación y aleteo bascular, I10x hipertensión esencial (primaria) y dependencia total*; presenta acción de tutela contra NUEVA E.P.S., por la negativa de suministrar *cuidador domiciliario 24 horas*, prescrito el 24 de agosto de 2023⁴, servicio que su núcleo familiar no puede sufragar, debido a su precaria situación económica.

¹ Jaime Enrique Bernal Ladino-Juez

² 19 de septiembre de 2021.

³ Abogado adscrito al Sistema Nacional de Defensoría Pública

⁴ Profesional adscrito a I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA

Sostiene que la empresa promotora vulnera los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y a la vida digna y espera que el juez constitucional disponga (i) adelantar de manera inmediata, oportuna y prioritaria las gestiones pertinentes (ii) suministrar los servicios complementarios de transporte, hospedaje y alimentación necesarios en virtud de su tratamiento; y (iii) garantizar la atención integral en salud.

Como **medida provisional**, solicita autorizar y prestar anticipadamente el servicio de *cuidador 24 horas*.

Adjunta:

- *Poder especial conferido al abogado SANTOS MIGUEL ECHEVERRÍA PEDRAZA, defensor público de la señora MARIA JOSEFA GUILLEN DE PINZPON, por solicitud de su nieta DENITZA TELLEZ PINZÓN*
- *Cédula de ciudadanía de la señora DENITZA TELLEZ PINZÓN.*
- *Cédula de ciudadanía de la señora MARIA JOSEFA GUILLEN DE PINZÓN*
- *Copia de la negativa de la NUEVA E.P.S. a suministrar servicio de cuidador por 24 horas, por “no cobertura por fallo de tutela de manera puntual/problemas de pertinencia en el suministro”; solicitud radicada el 24/08/2023 bajo radicado No. 268898270*
- *NUEVA E.P.S. - Pre autorización de servicios solicitada el 24/08/2023 (i) E985111 paquete de atención domiciliario a paciente crónico con terapias (mensual).*
- *NUEVA E.P.S. – Autorización de servicios (POS-5805) P011-215109496: i) E985111 paquete de atención domiciliario a paciente crónico con terapias (mensual).*
- *NUEVA E.P.S. - Radicación de solicitud de servicios, del 24/08/2023: AD0200 (30) servicio de cuidador por 24 horas.*
- *Historia Clínica de la señora MARIA JOSEFA GUILLEN DE PINZÓN, emitida el 01/08/2023: “paciente adulta mayor, con múltiples comorbilidades, quien se encuentra en seguimiento por programa de atención domiciliaria (...) evidencia secuelas severas de enfermedad cerebro vascular, quien tiene una interacción limitada con el medio, se evidencia disminución de la fuerza muscular; se ingresa paciente a programa de extensión domiciliaria para dar continuidad al tratamiento”*
- *I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA – Índice de Barthel de la paciente, del 11 de agosto de 2023: puntaje 10 dependencia total.*
- *PLAN DE MANEJO INGRESO A PAD – del 24 de agosto de 2023: (i) atención de visita domiciliaria por fisioterapia, foniatría y fonoaudiología (ii) servicio de cuidador 24 horas (iii) paquete de atención domiciliaria a paciente crónico*

2.1. Trámite procesal

El *a quo* admite el escrito tutelar⁵, vincula a la A.D.R.E.S. y la I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S., concede (2) días a la accionada y vinculadas para rendir informe en los términos del artículo 19 del

⁵ 20 de septiembre de 2023.

Decreto 2591 de 1991 y decreta la medida provisional solicitada por encontrar acreditados los requisitos del artículo 7 ibidem:

“DECRETAR la MEDIDA PROVISIONAL solicitada a favor del agenciado, y para tal efecto, se ordena a la NUEVA EPS, para que, en el término de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS, contados a partir de la notificación de la presente decisión, adelante las gestiones administrativas correspondientes a fin de que autorice y suministre a la señora MARÍA JOSEFA GUILLEN DE PINZÓN el SERVICIO DE CUIDADOR DOMICILIARIO POR 24 HORAS y el suplemento nutricional ENSURE ADVANCE, esto, de acuerdo a las patologías que presenta y conforme a lo ordenado por el galeno tratante. La Nueva EPS deberá rendir un informe detallado a esta Judicatura en el término de DOS (2) DÍAS, de la actuación realizada.” (sic)

2.2. Respuestas

Empresa Promotora NUEVA EPS⁶

La empresa promotora informa que sus bases de datos registran a la señora MARIA JOSEFA GUILLEN DE PINZÓN activa para recibir asegurabilidad y pertinencia en el SGSSS, en calidad de beneficiaria del régimen contributivo; y que adelanta conjuntamente con el área de salud las validaciones necesarias para cumplir la medida provisional decretada.

The screenshot displays a software interface for managing employee data. The main window title is 'GUILLEN DE PINZON MARIA JOSEFA'. Below the title bar, there are navigation tabs: 'Consultas', 'Herramientas', and 'Certificado de Incapacidades'. A search bar contains the number '24244003'. A toolbar with various icons is visible, including 'Traslados', 'Recobro aportes', 'Ctas de Cobro Cotiza', 'Cta de cobro Emplea', 'Solicitudes No', 'Devolucion de Apor', 'Incapacidades', 'Hist duplicidad', 'Radificaciones', 'Documentos', 'Imágenes', 'Traslados Entrar', 'Movilidad Régimen', 'Afiliados', 'Pagos Empl', 'Empleador', 'Información para IPS', 'Pagos Empl Anteriores', 'Afiliado', 'Grupo Familiar', 'Fui', 'Pagos', 'Empleos', and 'ips'.

The main content area is divided into several sections:

- DATOS PERSONALES DEL AFILIADO:**

Primer Apellido	Segundo Apellido	Nombres	Fecha Nacimiento	Tipo Afiliado	Sexo
GUILLEN	DE PINZON	MARIA JOSEFA	28/12/1933	Beneficiario	F
Dirección de Residencia		Teléfono	Departamento	Municipio	
KR 25 B 14A 57		3102566332	ARAUCA	ARAUCA	
- DATOS DE LA AFILIACION RÉGIMEN CONTRIBUTIVO:**

F.Radicación	Afiliación	F.Retiro	Categoría	Estado	Causal Retiro	Parentesco
30/05/2020	01/06/2020	00/00/0000	A	ACTIVO		Padres
Actual EPS	Convenio	Otras E.P.S.	Total	Eps Anterior	Eps Nueva	
0	0	26	26	MEDIMAS EPS S.A.S. CONTRIBUTIV		
RÉGIMEN: Contributivo						
- IPS Actual:**

Código	Razón Social	Activa desde
5805	MEDYTEC SALUD IPS S.A.S-ARAUCA (OPL)	30/05/2020
- Causales de Suspensión:**

Estado	Causal
- Información Adicional:**

Grupo Familiar con Documentos de acreditación Pendientes
Afiliado Con Atención Preferencial, Edad 89 Años

Manifiesta que ha brindado todos los servicios médicos requeridos por la paciente de acuerdo al Plan de Beneficios de Salud, conforme a las recomendaciones del médico tratante, y considera que la atención domiciliar solicitada “debe ser asumida solidariamente por los integrantes del grupo familia”, porque no está catalogada como un servicio médico y carece de financiación con recursos de la Unidad de Pago por Capitación-UPC, máxime cuando no concurren los presupuestos jurisprudenciales para reconocer excepcionalmente su prestación con cargo a los recursos del SGSSS, esto es (i) que exista certeza médica

⁶ 25 de septiembre de 2023.

sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio y (ii) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, al ser materialmente imposible.

Afirma que en caso de requerir servicios complementarios para asistir a servicios médicos en un lugar distinto al de su residencia, deberá el municipio de Arauca suministrarlos a través de la Secretaría de Desarrollo Social, en conjunto con el ente de salud a nivel departamental, comoquiera que el lugar de capitación de la afiliada no cuenta con UPC adicional por dispersión geográfica.

Aboga por la improcedencia de la atención integral, por cuanto se fundamenta en suposiciones de tratamientos médicos futuros e inciertos, respecto de los cuales no hay certeza de su ocurrencia y podrían constituir servicios ajenos a su competencia.

I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S. guardó silencio.

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad en Salud -ADRES⁷

Sostiene que la EPS es responsable de garantizar la atención integral y oportuna de los servicios en salud requeridos por el paciente, inclusive aquellos no cubiertos por la unidad de pago por capitación UPC, ya que el presupuesto máximo para su financiación se gira con antelación a la prestación de los servicios de salud, conforme lo dispuesto por el artículo 240 de la ley 1955 del 2019, reglamentado por la resolución 205 de 2020 del Ministerio de salud y protección social. Ruega negar el amparo y cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS, y en consecuencia desvincularla del proceso.

2.3. Decisión de Primera Instancia

En sentencia proferida el 3 de octubre de 2023, el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ARAUCA amparó los derechos fundamentales invocados y dispuso:

PRIMERO: CONCEDER el AMPARO de los derechos fundamentales a la salud, vida, seguridad social, dignidad humana e integridad personal de MARÍA JOSEFA GUILLEN DE PINZÓN, conforme lo indicado en la parte considerativa.

SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA EPS, para que, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) HORAS siguientes la notificación de esta decisión, si aún no lo ha hecho, adelante las gestiones presupuestales y administrativas pertinentes, con el fin de garantizar a MARÍA JOSEFA GUILLEN DE PINZÓN, el SERVICIO DE CUIDADOR DOMICILIARIO POR 24 HORAS, en los términos y condiciones descritos por el médico tratante.

⁷ 21/09 de 2023

TERCERO: CONCEDER el a tratamiento integral en salud a MARÍA JOSEFA GUILLEN DE PINZÓN, respecto de las patologías que presenta y por las cuales acudió la presente acción de tutela, para lo cual la NUEVA EPS deberá autorizar las remisiones que ordenen los médicos tratantes, citas médicas, controles, consultas para diagnóstico, entrega de insumos, medicina, implementos para cirugía y demás medicamentos que requiera para su recuperación, e igualmente el suministro de los gastos de transporte (por el medio que sea más conveniente y digno para ella y conforme a lo ordenado por el médico tratante quien debe consultar los criterios de estado de salud de la paciente, su dignidad, seguridad, necesidad, oportunidad y comodidad), para trasladarse a la ciudad donde se requiera hacer los procedimientos médicos, ida y regreso (aéreo y/o terrestre según criterio médico), transporte interurbano, alojamiento y alimentación para la peticionaria y un acompañante, (estos últimos si la persona debe permanecer más de un día en el lugar donde recibirá la atención que necesita) y según la urgencia de su estado de salud lo amerite, esto en consecuencia a que se trata de una usuaria que padece “N390 INFECCIÓN DE VÍAS URINARIAS”, “I10X HIPERTENSIÓN ARTERIAL”, “I679 ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR” y “I48X FIBRILACION AURICULAR”, en razón de los argumentos expuestos en la parte motiva

CUARTO: ABSTENERSE de pronunciarse respecto a la solicitud de recobro solicitado por la NUEVA EPS, de acuerdo a lo anteriormente expuesto en la parte motiva.

Para el efecto, sustentó que la señora MARÍA JOSEFA GUILLÉN DE PINZÓN, cumple con los presupuestos jurisprudenciales para acceder al servicio de cuidador por 24 horas: (i) es un sujeto de especial protección constitucional por razón de su edad (ii) su diagnóstico implica un desmejoramiento en su calidad de vida y una atención especial en salud, (iii) presenta dependencia total, carece de capacidad para valerse por sí sola, y (iv) no cuenta con redes de apoyo y recursos económicos para sumir los gastos que genera el servicio que reclama, comoquiera que su nieta y actual cuidadora, DANITZA TELLEZ PINZÓN debe cumplir otras obligaciones básicas para proveer los recursos necesarios para el hogar (v) y la E.P.S. no desvirtuó la ausencia de recursos económicos de la parte demandante para asumir el costo del servicio requerido.

2.4. La impugnación⁸

La NUEVA E.P.S solicita revocar la orden de suministro de cuidador 24 horas, por tratarse de un servicio no PBS “que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado, cuyo suministro depende de criterios técnicos-científicos propios de la profesión de la salud y no pueden ser obviados por el juez constitucional”; y porque no concurren los requisitos jurisprudenciales que excepcionalmente la obligarían a proveerlo: **(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.

⁸ Junio 2 de 2023

También objeta la orden de amparo integral concedida a la señora M.J.G. de P., por cuanto ha prestado todos los servicios de salud requeridos y considera que las órdenes del juez de tutela deben ir acompañadas de indicaciones precisas, pues no pueden ser indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas.

Subsidiariamente, pide facultar a la E.P.S. adelantar el recobro ante la A.D.R.E.S. de todos los gastos en que incurra en cumplimiento del fallo tutelar y que sobrepasen el presupuesto máximo previamente girado para la cobertura de este tipo de insumos.

2.5. Prueba de instancia

El 14 de noviembre de 2023 el Despacho ponente contactó a la señora DENITZA TELLEZ PINZÓN nieta y persona a cargo de la señora MARIA JOSEFA GUILLEN de PINZÓN, quien confirmó que a raíz de la demanda de tutela NUEVA E.P.S. suministra el servicio de *cuidador domiciliario 24 horas*.

La señora TELLEZ PINZÓN informó que cuenta con vinculación por contrato de prestación de servicios con una institución educativa ubicada en la ciudad de Arauca, adonde imparte clases en la jornada nocturna, de 6 a 9 p.m.; y que la señora M.J.G. de P. no cuenta con pensión ni otro ingreso fijo.

Al ser indagada frente a la suficiencia de la red de apoyo familiar y las condiciones socioeconómicas del núcleo familiar, indicó que la agenciada es beneficiaria del régimen contributivo de su hijo MIGUEL PINZÓN, quien, junto con sus 6 hermanas, 3 de ellas desempleadas, aportan conjuntamente a la manutención y costos emanados del cuidado de su señora madre.

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 rebatida.

3.1.1. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

La jurisprudencia constitucional sostiene que los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela son: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) inmediatez; y, (iv) subsidiariedad⁹

⁹ Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

Legitimación en la causa por activa y por pasiva

De conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, la tutela puede ser promovida por cualquier persona que considere amenazados o vulnerados sus derechos fundamentales.

No obstante, 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*¹⁰

Conforme a la historia clínica aportada, es evidente que las afectaciones de salud limitan a la señora MARÍA JOSEFA GUILLÉN DE PINZÓN para ejercer su propia defensa; por lo tanto, el defensor público SANTOS MIGUEL ECHEVERRÍA PEDRAZA se encuentra legitimado para actuar en calidad de agente oficioso.

Por otro lado, NUEVA E.P.S. se encuentra legitimada por pasiva, toda vez que, afilia en seguridad social en salud a la señora guillen de pinzon, y es quien debe garantizar la atención en salud.

Principio de inmediatez

El artículo 86 de la Constitución Política no trae un término para presentar la acción de tutela, pero la jurisprudencia de la Corte Constitucional impulsó este requisito, señalando que el amparo debe solicitarse en un *‘término razonable’*, siendo el juez el encargado de valorar cada situación particular y determinar la procedencia de la tutela. En tratándose de personas de la tercera edad, *“el juez en su análisis debe verificar si la presunta vulneración del derecho es permanente en el tiempo, atendiendo si se tratan de personas en situación de indefensión, abandono, o que sean personas con discapacidad, entre otros”*¹¹

En el caso que nos ocupa, se encuentra cumplida la exigencia, puesto que la orden del médico tratante, donde se lee que la paciente agenciada requiere *“cuidador con cuidado 24 horas para actividades de aseo, higiene personal y del entorno, cambios de posición, asistencia en las comidas, mantener posición semiflower, exploración en busca de infección, movilización y necesidades fisiológicas”* data del 24 de agosto de 2023, misma fecha en la cual solicitó a su aseguradora la prestación del servicio y, ante la negativa, interpuso la acción de tutela el 19 de septiembre siguiente.

Subsidiariedad

¹⁰Ver 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 Gonzáles Cuervo), T-004 de 2013 (M.P. Mauricio Gonzáles 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.

¹¹ Sentencia T-264 de 2023.

En materia de protección del derecho a la salud, una persona puede acudir al mecanismo ordinario de defensa judicial que instituyó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007¹², al atribuir competencias jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para conocer, acorde al literal a) de esta disposición, de las controversias relacionadas con la cobertura de servicios, tecnologías o procedimientos de salud incluidos en el PBS, cuando su *negativa* ponga en riesgo o amenace la salud del usuario. Sin embargo, la sentencia SU-508 de 2020 explicó que, ese mecanismo jurisdiccional no es idóneo ni eficaz, dado que la entidad tiene serias deficiencias estructurales que continúan a hoy, viabilizando la tutela como mecanismo principal para cesar la amenaza o vulneración a esta prerrogativa fundamental.

En tal virtud, para el caso de la señora MARIA JOSEVA GUILLEN DE PINZÓN, persona de la tercera edad y en estado de debilidad manifiesta debido a su estado de salud, puede acudir a la tutela como mecanismo principal, ante la ineficacia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la Superintendencia Nacional de Salud¹³.

3.2. Problema Jurídico

Determinar si son válidos los argumentos de la NUEVA EPS en su negativa de suministrar cuidador por 24 horas a la señora MARIA JOSEFA GUILLEN DE PINZÓN, o si tal omisión deviene en vulneración de los derechos fundamentales invocados y si acertó el *A-quo* al disponer un amparo integral.

3.3. Supuestos jurídicos

3.3.1. Naturaleza de la acción de tutela

De conformidad con el artículo 86 superior y en concordancia con el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra toda “*acción u omisión de las autoridades públicas*” que vulnere o amenace vulnerar los derechos fundamentales y, en casos específicos, por un particular. Dicha protección consistirá en una orden para que la autoridad accionada actúe o se abstenga de hacerlo.

De igual modo, el artículo 6 del Decreto 306 de 1992¹⁴, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015¹⁵ 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.

¹² El cual ha sido objeto de modificación, mediante las leyes 1437 de 2011 y 1949 de 2019.

¹³ 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.

¹⁴ Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

¹⁵ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

3.3.2. Integralidad del derecho a la salud; prestación del servicio a personas de la tercera edad.

Del derecho a la salud, previsto en la Constitución Política en su artículo 49, destacan varios elementos y principios contemplados por la Ley Estatutaria, como el de *integralidad*: el derecho de los usuarios del sistema a recibir la atención y el tratamiento completo de sus enfermedades, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante; *accesibilidad*: los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad; comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información; *oportunidad*: la prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones; *continuidad*: derecho a recibir los servicios de salud de manera continua y, una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, esta no podrá ser interrumpida por razones administrativas o económicas; *universalidad*: todos los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida, para que el usuario del sistema de salud obtenga un servicio de *calidad*¹⁶.

Acerca del principio de integralidad, se precisa que, cuando el Estado y las entidades encargadas de la prestación del servicio brindan el tratamiento indicado, sin lograr una mejoría en las condiciones de salud y calidad de vida de los pacientes, deben proveérseles los servicios y tecnologías necesarios para sobrellevar la enfermedad garantizando al usuario una vida en condiciones dignas¹⁷.

De la misma manera, la sentencia SU-508 de 2020 indicó que el carácter de especial protección supone “*que los derechos fundamentales de los adultos mayores deben interpretarse en concordancia con el principio de dignidad humana y con la Observación General No. 14 proferida por el Comité de los Derechos Económicos Sociales y Culturales que orienta la interpretación del derecho a la salud de personas en situación de vulnerabilidad. Asimismo, consideró que la protección de sus derechos es prevalente. Es decir, tiene una relevancia trascendental*”¹⁸. En la misma dirección, la Sentencia T-221 de 2021 sostuvo que “*los servicios de salud que lleguen a necesitar los individuos en su última etapa de vida serán garantizados de manera continua, permanente, oportuna y eficiente, en atención, entre otras cosas, al deber de protección y asistencia consagrado en el artículo 46 superior*”¹⁹.

Concomitantemente, la Ley 2055 de 2020 incorporó en la legislación interna la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores que establece en su preámbulo:

¹⁶ Artículo 6 y 8 de la Ley 1751 de 2015.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-402 de 2018, T-017 de 2021.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-338 de 2021.

¹⁹ Señala el Artículo 46. “*El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. // El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia*”.

“la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas”. (...) “la persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación (...) “se deberán diseñar e implementar políticas públicas intersectoriales de salud orientadas a una atención integral que incluya la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas, y la rehabilitación y los cuidados paliativos de la persona mayor a fin de propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico, mental y social”.

Por lo tanto, la protección reforzada del adulto mayor y de las personas de la tercera edad, en todos los ámbitos de su vida, es una obligación de relevancia constitucional y supranacional del Estado Colombiano, que a través de sus instituciones, deberá desplegar todas las acciones necesarias para garantizar el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en su favor.

3.3.3. Requisitos para la prestación del servicio de cuidador

En Sentencia T-264 de 2023, la Corte recordó que la actividad de cuidador obedece al principio de solidaridad, que acorde con el artículo 46 superior, es exigible al Estado, la sociedad y la familia; por tanto, no debería ser asumido, preferentemente, por el sistema de salud. En la misma providencia, rememoró las características consolidadas por la jurisprudencia anterior a la expedición de la Ley 1751 de 2015, por ejemplo, “*la sentencia T-154 de 2014 destacó: (i) pueden ser sujetos no profesionales de la salud, (ii) por lo general son familiares, amigos o personas cercanas de la persona que cuidan, (iii) brindan con gran interés el apoyo físico necesario para cumplir con las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente²⁰ y, (iv) brindan un apoyo emocional al sujeto por el que velan²¹”.*

De igual manera, la sentencia T-260 de 2020 mencionó que “*los primeros llamados a prestar este servicio son los miembros del núcleo familiar del paciente (el primer nivel de solidaridad -los parientes de un enfermo-); ahora bien, la segunda llamada en prestar el servicio es la EPS, con fundamento en un segundo nivel de solidaridad para con los enfermos, “el cual le correspondería asumir en caso de que falle el mencionado primer nivel de solidaridad y de que exista concepto del médico tratante que lo avale”²².*

Seguidamente, en la sentencia T-017 de 2021, recopiló los requisitos desarrollados por la jurisprudencia constitucional para que sea la EPS, como excepción a la regla, la responsable de cubrir el servicio de cuidador en un segundo nivel de solidaridad, a falta de la familia, ellos son: “*(i) que exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y (ii) que la ayuda como cuidador no pueda*

²⁰ Sostuvo, la sentencia T-260 de 2020, que otra diferencia es que el servicio de auxiliar de enfermería, también denominado atención domiciliaria, constituye un apoyo en la realización de algunos procedimientos en salud;

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-154 de 2014

²² Corte Constitucional, sentencia T-260 de 2020.

*ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo*²³.

La sentencia en mención, desarrolló dentro del análisis un componente económico importante, al señalar que: *“la imposibilidad material se presenta cuando el núcleo familiar del paciente: (a) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; también porque (b) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (c) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio”*²⁴.

Finalmente, en el fallo de tutela 264 de 2023, la Corte también sintetizó que, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario verificar, en el caso del cuidador *“si el paciente requiere el servicio de cuidador y no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material. En ese evento, “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”*.

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”*.

4. Examen del caso

Corresponde a la Sala determinar si la empresa promotora Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social de la señora MARIA JOSEFA GUILLEN DE PINZÓN, adulta mayor de 90 años con dependencia total y diagnósticos *I679 enfermedad cardiovascular, no especificada, N390 infección de vías urinarias, sitio no especificado, I48X fibrilación y aleteo bascular, I10x hipertensión esencial (primaria)*, a quien negó el servicio de *cuidador 24 horas*, a pesar de las recomendaciones dadas por el médico tratante adscrito a su red externa de prestadores.

Conoció del referido trámite, el JUZGADO DE EJECUCIÓN Y PENAS Y MEDIDAS quien mediante sentencia del 3 de octubre de 2022 accedió al amparo solicitado y ordenó a la empresa promotora la prestación efectiva; además, amparó el tratamiento integral en su favor; decisión que la entidad demandada impugna y pide revocar en lo relativo a la atención domiciliaria y tratamiento integral, fundamentada en que (i) los cuidados domiciliarios no son servicios de la salud, no cuentan con financiación de los recursos del SGSSS y sólo procede su reconocimiento

²³ Corte Constitucional, sentencia T-017 de 2021. Ver entre otras, las sentencias T-414 de 2016, T-065 y T-458 de 2018.

²⁴ *Ibidem*.

ante la imposibilidad material del núcleo familiar de prestarlos por su propia cuenta, circunstancia que no acreditó debidamente la parte accionante; y (ii) ha garantizado todos los servicios médicos P.B.S. prescritos, sin que exista acción u omisión que vulnere los derechos fundamentales de la agenciada, por lo que la orden de atención integral protege eventos futuros e inciertos y presume la mala fe de la entidad.

En consecuencia, a partir de los hechos probados y de las piezas procesales que obran en el expediente digital, la Sala evidencia que, la agenciada de 90 años de edad es una persona de la tercera edad que supera la expectativa de vida del país²⁵, padece enfermedades asociadas a su condición etaria, entre las cuales destaca su dependencia física total y enfermedades con implicaciones cardio y cerebrovasculares; motivo por el cual, el Plan de Manejo Ingreso a PAD establecido por el galeno de la I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S. dictaminó:

Fecha: 24/08/2023 06:28

Código	Servicio solicitado	Cant. día	Cant. mes	Justificación
890111	ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA POR FISIOTERAPIA	3	1	SE SOLICITAN 3 TERAPIAS FISICAS ADICIONALES AL PAQUETE PARA COMPLETAR UNA TOTALIDAD DE 15 TERAPIAS FISICAS PARA REALIAR UNA DIARIA O EN CASO DE SER NECESARIO 2 VECES AL DIA
890110	ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA POR FONIATRIA Y FONOAUDIOLOGIA	15	1	SE SOLICITAN 15 TERAPIAS POR FONOAUDIOLOGIA PARA REALIZAR UNA DIARIA O EN CASO DE NECESIDAD DOS VECES AL DIA
890109	ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA POR TRABAJO SOCIAL	1	1	PARA VALORACIÓN DE SU ENTORNO SOCIAL
AD0200	SERVICIO DE CUIDADOR 24 HORAS	30	1	PACIENTE REQUIERE DE CUIDADOR CON CUIDADO 24 HORAS PARA ACTIVIDADES: ASEO, HIGIENE PERSONAL Y DEL ENTORNO, CAMBIOS DE POSICION, ASISTENCIA EN LAS COMIDAS, MANTENER POSICION SEMIFOWLER, EXPLORACION EN BUSCA DE INFECCION, MOVILIZACION Y NECESIDADES FISIOLÓGICAS. SS SERVICIOS DE CUIDADOR DOMICILIARIO LAS 24 HORAS
E985111	PAQUETE DE ATENCION DOMICILIARIA A PACIENTE CRÓNICO CON TERAPIAS	1	1	PAQUETE DE ATENCION DOMICILIARIA CÓDIGO E985111 A PACIENTE CRÓNICO CON TERAPIAS PARA REHABILITACIÓN INTEGRAL DE PACIENTE CON MOVILIDAD REDUCIDA SE LE INDICAN 12 TERAPIAS FISICAS DE PAQUETE PARA REALIZAR UNA CADA DIA O EN CASO DE SER NECESARIO 2 VECE AL DIA

Frente a la relevancia de la prescripción, orden o fórmula médica, decantado está para la jurisprudencia que el galeno tratante *“es quien cuenta con la formación académica necesaria para evaluar la procedencia científica de un tratamiento, a la luz de las condiciones particulares de cada paciente y el único capaz de determinar la idoneidad de un tratamiento médico; [por tanto] la opinión del médico tratante adscrito a la EPS constituye el principal criterio para determinar los insumos y servicios que requiere un individuo”*²⁶; y frente este, no puede escudarse la E.P.S. en razones de índole administrativo para desconocer la necesidad médica previamente establecida por el profesional de la salud a cargo de la señora GUILLÉN DE PINZÓN; más aún, cuando previamente fue informada que las personas a su cargo *“no cuentan con los medio económicos para seguir sufragando los gastos que generan su tratamiento”*; en este sentido, cabe recordar que, cuando el accionante alega la imposibilidad económica para acceder al insumo o servicio requerido, le corresponde a la aseguradora de salud desvirtuar tal afirmación, toda vez que *“(i) se trata*

²⁵ De acuerdo con el DANE, la esperanza de vida de las mujeres en Colombia es de 80.1 años.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia T-508 de 2019.

de una negación indefinida que invierte la carga de la prueba y (ii) se presume la buena fe del solicitante. .”²⁷.

En consecuencia, se tiene que, el servicio de cuidador efectivamente fue ordenado por un galeno tratante de la I.P.S.MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A. y que su familia se encuentra en imposibilidad material de asumirlo por cuenta propia, circunstancias que la EPS desconoció y no desvirtuó en el trámite de la acción a pesar de recaer en ella la carga de la prueba²⁸; por lo tanto, tales circunstancias se entienden probadas²⁹.

Ahora bien, sabido es que el tratamiento integral consiste en una orden que puede proferir el juez de tutela y cuyo conocimiento involucra una atención *“ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad del usuario”*³⁰ cuando la E.P.S. fue negligente en el cumplimiento de sus deberes y, existen prescripciones médicas que especifiquen tanto el diagnóstico del paciente, como los servicios o tecnologías en salud que requiere. Como criterio auxiliar, también se puede analizar si, el demandante es un sujeto de especial protección constitucional o está en condiciones extremadamente precarias de salud; en este punto, no es dable al funcionario judicial pronunciarse de aspectos futuros o inciertos, puesto que el tratamiento es lo suficientemente claro.

Correlativamente, la Corte Constitucional, en sentencias T-508 de 2019 y T-508 de 2020, explicó que *“sin presumir la mala fe el juez puede pronunciarse sobre la negligencia de la E.P.S. en la prestación del servicio, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional y generando complicaciones o daños permanentes e incluso su muerte”*³¹

En consecuencia, acertó el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ARAUCA al conceder el amparo integral, pues los fundamentos de hecho y derecho expuestos evidencian que la E.P.S. exhibió su negligencia en materializar el suministro efectivo del servicio solicitado, ignoró las prescripciones médicas y supeditó el cumplimiento de sus funciones como aseguradora de salud a la existencia de una orden judicial, lo cual constituye una barrera injustificada al acceso efectivo a los servicios de salud; además genera un desgaste gravoso para el paciente y la administración de justicia.

De esta manera, colocó en riesgo la salud física y emocional de la agenciada, quien por virtud de sus padecimientos de connotación catastrófica no debe soportar la interrupción del servicio de salud, sino a llevar una vida en condiciones dignas y justas. En este sentido, la

²⁷ Sentencia T-171 de 2016.

²⁸ Sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.

²⁹ Ibid.

³⁰ Corte Constitucional, sentencias T-005 de 2023, T-394 de 2021, SU 508 de 2020, T-513 de 2020, T-259 de 2019, T-387 de 2018, entre otras.

³¹ Corte Constitucional, sentencias T-508 de 2019 y T-508 de 2020.

Corte Constitucional también ha precisado el alcance del derecho fundamental a la salud y protección especial frente a las enfermedades catastróficas o ruinosas:

“Las entidades promotoras de salud no sólo tienen la obligación de garantizar la oportuna y eficiente entrega de los medicamentos que requiere el paciente, sino también la de adoptar medidas especiales cuando se presentan barreras injustificadas que impidan su acceso, ya sea por circunstancias físicas o económicas, más allá de las cargas soportables que se exigen para los usuarios del sistema, pues de ello depende, en muchos casos, el amparo de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la integridad física.”

Aunado a lo anterior, la E.P.S. desconoció el contenido de aplicación directa establecido en el bloque de constitucionalidad y la Constitución Política y su relación directa con la vida y la dignidad de las personas, especialmente relevante al tratarse de adultos mayores y de la tercera edad ³² que por su estado de mayor vulnerabilidad y debilidad son merecedores de protección reforzada por parte del Estado, en los términos expuestos en el acápite 3.3.3. de la presente providencia.

Finalmente, en pronunciamiento del 18 de julio de 2023, la Corte Constitucional³³ recordó que el sistema de recobro por parte de las E.P.S. ante la A.D.R.E.S. es una facultad extinta, reemplazada por el sistema de techos o presupuestos máximos que previamente gira la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud para garantizar la atención de los afiliados:

“Una vez teniendo claro que el servicio de cuidador (servicio social) lo debe prestar la EPS cuando no hay un primer nivel de familiares cercanos al paciente, con el fin de no afectar la sostenibilidad del sistema de salud³⁴, se estableció, en reemplazo de los recobros³⁵, que en el pasado hacían las EPS al FOSYGA para el cobro del suministro de actividades y/o procedimientos por fuera de lo que hoy se conoce como PBS, un sistema de techos o presupuestos máximos en cabeza de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, que se encarga de hacer presupuestos máximos por anticipado para que las EPS garanticen a sus afiliados la prestación de servicios y tecnologías, servicios complementarios o excluidos expresamente del PBS, que no están financiados por la UPC”

En virtud de lo expuesto, la Sala confirmará la orden dada a la NUEVA E.P.S. en el sentido de suministrar el servicio de *cuidador 24 horas* y

³² 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.

³³ Sentencia 264 de 2023, Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger

³⁴ En la actualidad, el Sistema de Seguridad Social en Salud prevé tres mecanismos de financiación para el suministro de servicios y tecnologías en salud, entre ellos se tienen los siguientes: a) Unidad de pago por capitación -UPC-, Presupuestos máximos y servicios y tecnologías en salud no financiados con recursos de la UPC y del presupuesto máximo.

³⁵ El mecanismo de recobros sigue usándose en casos muy excepcionalísimos, como es el caso de: i) nuevos medicamentos clasificados por el INVIMA como vitales no disponibles y sin valor definido de referencia, ii) nuevas entidades químicas que no tengan homólogo terapéutico en el país, iii) medicamentos que fueron requeridos por personas que fueron diagnosticadas por primera vez con una enfermedad huérfana, i) nuevos procedimientos en salud que ingresaron al país, entre otros.

garantizar el tratamiento integral a la señora MARIA JOSEFA GUILLÉN DE PINZÓN que originaron la presente acción de amparo; y negará lo concerniente a la solicitud de recobro elevada por la accionada.

5. DECISIÓN

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

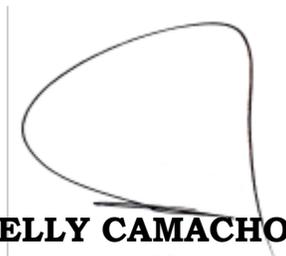
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia

SEGUNDO: NEGAR la solicitud de recobro elevada por la NUEVA E.P.S.

TERCERO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión y de ser excluida, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada