

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.0712

Proceso:	Acción De Tutela 2ª Instancia
Radicación:	81001318700120230028301
Accionante:	JESUS MARIA PATIÑO
Accionado:	NUEVA E.P.S.
Derechos invocados:	Derecho a la salud, vida digna.
Asunto:	Sentencia

Sent. No.0160

Arauca (A), siete (7) de diciembre 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 25 de octubre de 2023 por el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ARAUCA¹.

2. Antecedentes

2.1. Del escrito de tutela²

El señor JESUS MARIA PATIÑO de 78 años de edad, afiliado activo del Régimen Subsidiado de la Nueva EPS, diagnosticado con “ANTECEDENTES DE HIPERTENSION ARTERIAL Y SECUELAS DE ENFERMEDAD CEREBRAL, INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL”, Índice de Barthel 0, afirma que la aseguradora vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida porque omite proveer la asistencia recomendada desde el 15 de agosto de 2023 por su médico tratante adscrito a la IPS MECAS DE SALUD DOMICILIARIA, quien ordenó su ingreso al Plan de Manejo a PAD que incluye “*Servicio de cuidador 12 horas paciente requiere de cuidador durante 12 horas dado el alto riesgo de deterioro clínico. Actividades. Aseo, higiene personal del entorno, cambios de posición, asistencia necesidades fisiológicas*”; servicio que la empresa

¹ Jaime Enrique Bernal Ladino-Juez

² 17 de octubre de 2023.

promotora negó por “ PROBLEMAS DE PERTINENCIA EN EL SUMINISTRO DE LA,(sic) DEVOLVER FALLO NO ORDENA” a pesar que desde el pasado 1 de septiembre, expidió la autorización de servicios , por lo que solicita protección constitucional.

Adjunta los soportes correspondientes tales como Historia Clínica que contiene el Plan de Manejo Ingreso PAD, autorización de servicios, Respuesta de Nueva EPS a la solicitud del servicio de cuidador domiciliario.

2.1. Trámite procesal

El 18 de octubre de 2023 el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Arauca con la admisión de la demanda contra la Empresa Promotora Nueva EPS, vinculó a la IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA- UAESA y concedió dos (2) días para ejercer su derecho de defensa y contradicción en los términos del artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

2.2. Respuestas.

A través de su apoderada judicial informa que sus bases de datos registran la afiliación activa del señor JESUS MARIA PATIÑO en el régimen subsidiado por lo que tiene derecho a recibir los servicios requeridos de acuerdo con la competencia del sistema general de seguridad social en salud.

The screenshot shows a web application interface for a person named PATIÑO JESUS MARIA. The page is titled "PATIÑO JESUS MARIA" and includes a navigation menu with options like "Consultas", "Herramientas", and "Certificado de Incapacidades". The main content area is divided into several sections:

- PERSONAL DATA:**

Primer Apellido	Segundo Apellido	Nombres	Fecha Nacimiento	Tipo Afiliado	Sexo
PATIÑO		JESUS MARIA	24/08/1945	Cotizante	M
- RESIDENCE AND CONTACT:**

Dirección de Residencia	Teléfono	Departamento	Municipio
CL 24 31 60 BARRIO CABANA S	0144560464	ARAUCA	ARAUCA
- AFFILIATION DATA:**

F. Afili Contr	F. Inicio Sub	F. Final Sub	Categoría	Causal
01/01/2016	01/01/2016	00/00/0000	SISBEN-1	ACTIVO EN REGIMEN SUBSIDIADO EN LA EPS
- CURRENT STATUS:**

Actual EPS	Total	Estado	Tipo Población Especial Subsidiado
0	26	ACTIVO SUB	VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO
- REGIMEN:** Subsidiado
- IPS Actual:**

Código	Razón Social	Activa desde	Estado	Causal
8319	SUBSIDIADO-E.S.E. JAIME ALVARADO Y CASTILLA	30/12/2015		
- Additional Information:**
 - Afiliado sin Empleo activo
 - Afiliado Con Atención Preferencial, Edad 78 Años

Solicita se **DENIEGUE POR IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela contra **NUEVA EPS S.A., respecto al servicio CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS** porque **NO SE ENCUENTRAN DENTRO DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD – PBS, MAXIME EL SERVICIO DE CUIDADOR ESTA CATALOGADO COMO UN SERVICIO SOCIAL QUE CORRESPONDE SER ASUMIDO POR SUS FAMILIARES DE ACUERDO AL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD** y de acuerdo con lo dispuesto en la **Resolución 1885 de 2018 sobre tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y servicios complementarios**, la figura que se describe pertenece a este tipo de servicios complementarios (fuera del Plan de Beneficios), ya que de acuerdo con el numeral 3 del artículo 3° de la citada resolución, debe entenderse por cuidador:

Cuidador: aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud cubierto por la UPC. (Negrilla del suscrito)

En caso de ser concedida, solicita **ADICIONAR** en la parte resolutive del fallo, en el sentido de **FACULTAR** a la **NUEVA EPS S.A.**, según se colige del art. 5° de la **Resolución 1139 de 2022** (Por la cual se establecen disposiciones en relación con el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la unidad de pago por capitación (UPC), y excluidos de la financiación con recursos del sistema general de seguridad social en salud (SGSSS), expedida por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, que sustituyó la Resolución **586 de 2021, 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 insumos.

2.3.Decisión de Primera Instancia

Mediante sentencia del 25 de octubre de 2023, el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ARAUCA dispuso:

PRIMERO: *CONCEDER el AMPARO de los derechos fundamentales a la salud y vida de JESÚS MARÍA PATIÑO, 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, adelante las*

gestiones presupuestales y administrativas pertinentes, con el fin de garantizar y materializar a JESÚS MARÍA PATIÑO, el SERVICIO DE CUIDADOR DOMICILIARIO POR 12 HORAS, en los términos y condiciones descritos por el médico tratante.

TERCERO: *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 tal efecto, constató que el señor JESUS MARIA PATIÑO, cumple con los presupuestos jurisprudenciales para acceder al servicio de cuidador por 12 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 solo, y (iv) no cuenta con redes de apoyo y recursos económicos para sumir los gastos que genera el servicio (v) y la E.P.S. no desvirtuó la ausencia de recursos económicos de la parte demandante para asumir el costo del servicio requerido.

2.3. La impugnación³

Pide revocar el amparo constitucional.

Sostiene que *“En lo que respecta 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.** 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”***

Agrega que por tratarse de un servicio no PBS no es su obligación suministrarlo ya *“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.**

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.

³ Junio 2 de 2023

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) subsidiariedad⁴

Legitimación en la causa por activa y por pasiva

Tanto el señor JESUS MARIA PATIÑO quien pide protección constitucional como la empresa promotora Nueva EPS están legitimados por activa y pasiva.

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”*⁵

Presupuesto que se cumple, si en cuenta se tiene que para la fecha de interposición de tutela subsistía la vulneración a los derechos invocados por la omisión de suministrar la asistencia domiciliaria prescrita al señor JESUS MARIA PATIÑO.

Subsidiariedad

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 2007⁶, al atribuir competencias jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para conocer,

⁴ Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

⁵ Sentencia T-264 de 2023.

⁶ El cual ha sido objeto de modificación, mediante las leyes 1437 de 2011 y 1949 de 2019.

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 del señor JESUS MARIA PATIÑO, 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 Salud⁷.

3.2. Problema Jurídico

Determinar si son válidos los argumentos de la NUEVA EPS para negar el cuidador por 12 horas prescrito al señor JESUS MARIA PATIÑO y si tal omisión deviene en vulneración de los derechos fundamentales invocados que justifique disponer un amparo integral en los términos ordenados por la primera instancia.

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 1992⁸, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015⁹ 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.

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

⁷ 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.

⁸ Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

⁹ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

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*¹⁰.

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 dignas¹¹.

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*”¹². 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*”¹³.

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:

“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

¹⁰ Artículo 6 y 8 de la Ley 1751 de 2015.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-402 de 2018, T-017 de 2021.

¹² Corte Constitucional, sentencia T-338 de 2021.

¹³ 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”.

*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*¹⁴.

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 dependiente*¹⁴ *y, (iv) brindan un apoyo emocional al sujeto por el que velan*¹⁵”.

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*”¹⁶.

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 ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo*”¹⁷.

¹⁴ 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;

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-154 de 2014

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-260 de 2020.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-017 de 2021. Ver entre otras, las sentencias T-414 de 2016, T-065 y T-458 de 2018.

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”*¹⁸.

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. Planteamiento del caso y solución

Corresponde a la Sala determinar si se justifica la condena impuesta el 25 de octubre de 2023 por el JUZGADO DE EJECUCIÓN Y PENAS Y MEDIDAS quien accedió al amparo solicitado y ordenó a la empresa promotora *garantizar y materializar a JESÚS MARÍA PATIÑO, el SERVICIO DE CUIDADOR DOMICILIARIO POR 12 HORAS, en los términos y condiciones descritos por el médico tratante*, luego de comprobar que Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social del señor JESUS MARIA PATIÑO, adulto mayor de 78 años, con dependencia total según Índice de Barthel 0 y diagnóstico ANTECEDENTES DE HIPERTENSION ARTERIAL Y SECUELAS DE ENFERMEDAD CEREBRAL, INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL a quien negó el servicio de *cuidador 12 horas*, a pesar de las recomendaciones dadas por el médico tratante adscrito a su red externa de prestadores.

Contrastados los fundamentos fácticos expuestos por el señor JESUS MARIA PATIÑO con la realidad revelada a través del trámite, la Sala anuncia desde ya la confirmación de la orden que Nueva EPS impugna, por cuanto se ajusta al marco normativo y jurisprudencial vigente, ya

¹⁸ *Ibidem*.

que se demostró que la empresa promotora vulneró los derechos fundamentales de su afiliado cuando negó suministrar un cuidador 12 horas por PROBLEMAS DE PERTINENCIA EN EL SUMINISTRO DE LA, DEVOLVER FALLO NO ORDENA, a sabiendas que tal como su representante judicial lo alegó en su defensa, concurren los requisitos jurisprudenciales que excepcionalmente la obligan 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; y que tal recomendación proviene de su prestador externo IPS MECAS DOMICILIARIA a través de la profesional ANGIE JAHABA ORJUELA CANO quien el 15 de agosto de 2023 determinó la necesidad de prescribir Plan manejo ingreso a PAD que contiene además VISITA DOMICILIARIA POR SICOLOGIA Y POR TRABAJO SOCIAL y justificó el ingreso al programa por cuando “El paciente en mención le fue aplicado el índice de Barthel dando como resultado: 0 puntos. Dichos diagnósticos le generaron al paciente efectos, consecuencias y/o secuelas de TRASTORNOS DE MOVILIDAD, que lo llevaron a necesitar ayuda por un tercero para la realización de las siguientes actividades: ALIMENTACION, VESTIRSE/DESVESTIRSE, ASEO PERSONAL, TRASLADO DE SILLA A CAMA, DEPOSICIONES CONTROL ANAL, ACTIVIDADES DE BAÑO, SUBIR Y BAJAR ESCALERAS, MANEJO DE INODORO O RETRETE , DEAMBULACION-TRASLADO”; habiendo constatado además en la “visita de primera vez a ingreso de programa de atención domiciliaria” que al señor PATIÑO lo acompaña un nieto quien en esa fecha contacta a su tía para atender la inspección y que es ella quien les informa que su progenitor presenta EDEMA EN MIEMBROS INFERIORES.

En consecuencia, a partir de los hechos probados y de las piezas procesales que obran en el expediente digital, la Sala evidencia que, el accionante de 78 años de edad es una persona de la tercera edad que supera la expectativa de vida del país¹⁹, padece enfermedades asociadas a su condición etaria, entre las cuales destaca su dependencia física total y enfermedades con implicaciones cardio y cerebrovasculares; que requiere una protección constitucional reforzada que su aseguradora niega sin fundamento alguno, desconociendo 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 no desvirtuó en el trámite de la acción a pesar de recaer en ella la carga de la prueba²⁰; por lo tanto, tales circunstancias se entienden probadas²¹.

Frente a la relevancia de la prescripción, orden o fórmula médica, decantado está para la jurisprudencia que el galeno tratante “es quien

¹⁹ De acuerdo con el DANE, la esperanza de vida de las mujeres en Colombia es de 80.1 años.

²⁰ 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.

²¹ Ibid.

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”²² ; 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 del señor JESUS MARIA PATIÑO; más aún, cuando su personal comprobó la necesidad del servicio y que su núcleo familiar no está en condiciones de sufragarlo por cuenta propia.

En consecuencia, acertó el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ARAUCA al conceder el amparo, 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 del agenciado, 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 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 edad²³ 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.

²² Corte Constitucional, sentencia T-508 de 2019.

²³ 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.

Finalmente, en pronunciamiento del 18 de julio de 2023, la Corte Constitucional²⁴ 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 salud²⁵, se estableció, en reemplazo de los recobros²⁶, 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”

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”*²⁷ 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”*²⁸

²⁴ Sentencia 264 de 2023, Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger

²⁵ 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.

²⁶ 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.

²⁷ 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.

²⁸ Corte Constitucional, sentencias T-508 de 2019 y T-508 de 2020.

Con fundamento en lo anterior, las circunstancias especiales que rodean la existencia del señor JESUS MARIA PATIÑO justifican un amparo integral para que la Nueva EPS suministre todos los servicios médicos u tecnologías que requiera con ocasión del diagnóstico aquí revelado garantizando así una vida en condiciones dignas, por lo que se adicionará la sentencia en tal sentido, atendiendo las facultades *extra y ultra petita* de los jueces de tutela.

La Corte Constitucional **Sentencia T-104, Mar. 23/18** entre otras, recuerda que el juez de tutela está facultado para emitir fallos *extra y ultra petita*, cuando de la situación fáctica de la acción puede evidenciar la vulneración de un derecho fundamental, aun cuando su protección no haya sido solicitada por el peticionario.

Justamente, el alto tribunal explicó que, en materia constitucional, la labor del juez no debe circunscribirse únicamente a las pretensiones que cualquier persona exponga en la respectiva demanda, sino que su labor debe estar encaminada a garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos constitucionales relativos al amparo inmediato y necesario de los derechos fundamentales

A su juicio, la naturaleza fundamental de los derechos amparados por la acción consagrada en el artículo 86 de la Carta Política dota a este mecanismo de una mayor laxitud, en comparación del resto de las acciones jurídicas

En efecto, mientras que un pronunciamiento judicial con estas características está vedado en materia civil, al juez de tutela le está permitido entrar a examinar detenidamente los hechos de la demanda para que, si lo considera pertinente, entre a determinar cuáles son los derechos fundamentales vulnerados y/o amenazados, disponiendo lo necesario para su efectiva protección.

En otras palabras, advirtió que en materia de tutela esa potestad no solo resulta procedente, sino que, en algunas ocasiones, se torna indispensable.

Para la Corte, argumentar lo contrario significaría que si, por ejemplo, el juez advierte una evidente violación o una amenaza de violación de un derecho fundamental, como el derecho a la vida, por ejemplo, no podría ordenar su protección, toda vez que el peticionario no lo adujo expresamente en la debida oportunidad procesal.

Ello equivaldría, entonces, a que la administración de justicia tendría que desconocer el mandato contenido en el artículo 2º superior y el espíritu mismo de la Constitución Política, pues la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales es el cimiento mismo del Estado social de derecho **(M. P. Cristina Pardo)**.

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 12 horas*, adicionará orden para garantizar el tratamiento integral al señor JESUS MARIA PATIÑO 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

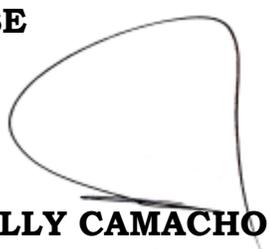
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de octubre de 2023 por el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ARAUCA.

SEGUNDO: ORDENAR a la empresa promotora de salud NUEVA EPS conceder al señor JESUS MARIA PATIÑO un tratamiento integral

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

CUARTO: 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