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. 396

Proceso:	Acción De Tutela 2ª Instancia
Radicación:	81736310400120230028301
Accionante:	Herberth Alfonso Daza Mendoza en favor de la señora Lina Rosa Mendoza de Daza
Accionado:	NUEVA E.P.S.
Derechos invocados:	Derecho a la salud; tratamiento integral
Asunto:	Sentencia

Sent. No.095

Arauca (A), siete (07) de julio 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 29 de mayo de 2023 por el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO SARAVENA (A)[1]

2. Antecedentes

Del escrito de tutela[2] El agente oficioso HERBERTH ALFONSO DAZA MENDOZA demanda en acción de tutela a la NUEVA E.P.S., por su negativa a proveer *''CUIDADOR DOMICILIARIO POR 12 HORAS''*, prescrito por el médico tratante a la señora LINA ROSA MENDOZA DE DAZA, adulto mayor de 78 años quien detenta dependencia funcional, antecedentes de demencia senil y diagnósticos *''FIBRILACIÓN Y ALETEO AURICULAR, FRACTURA DE LA DIÁFISIS DEL RADIO, INSUFICIENCIA CARDIACA CONGESTIVA, INCONTINENCIA URINARIA, ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA''*, exculpándose la empresa promotora en que *''no hay mandato judicial que brinde ordenamiento al servicio solicitado''.*

[1] María Helena Torres Hernández-Juez
[2] Del 12 de mayo de 2023

Sostiene que no cuenta con los recursos suficientes para asumir los gastos de cuidado de su señora madre, y en consecuencia, invoca el amparo de los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana, integridad personal y seguridad social, y solicita al juez constitucional ordenar a la NUEVA E.P.S. (i) garantizar el tratamiento integral en favor de la agenciada; (ii) autorizar, gestionar y suministrar de manera inmediata el servicio de cuidador de 12 horas; prestación que pretende recibir anticipadamente y formula como medida provisional.

Adjunta:

- *Cédula de ciudadanía de la accionante HERBERT ALFONSO DAZA MENDOZA*
- *Cédula de ciudadanía de la agenciada LINA ROSA MENDOZA DE DAZA*
- *NUEVA E.P.S., respuesta a solicitud de prestación del servicio de cuidador: ''esta solicitud ha sido devuelta porque no hay mandato judicial que brinde ordenamiento al servicio solicitado, por lo anterior, no es posible autorización''*
- *I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S.-Historia clínica, del 17 de abril de 2023 (i) paciente con Índice de Barthel 55 puntos: '' se trata de paciente de 77 años de edad con antecedentes de demencia senil, EPOC, FA, hipotiroidismo, ICC, ERC, anciana frágil, fractura de radio izquierdo manejo conservador, quien se visita en domicilio encontrándola, en compañía de familiar, en condiciones clínica estables, refiere familiar paciente quien requiere apoyo para la realización de todas su actividades básicas y cotidianas, uso de pañal 1 por día, fractura reciente de radio por caída en hogar dado que se tropieza constantemente, y se desorienta, niega al momento síntomas agudos.''*
- *Diagnósticos: (i) I48X FIBRILACION Y ALETEO AURICULAR (ii) 5523 FRACTURA DE LA DIAFISIS DEL RADIO (iii) 1500 INSUFICIENCIA CARDIACA CONGESTIVA (iv) INCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA R32X (v) J449 NFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA, NO ESPECIFICADA (vi) E039 HIPOTIRO DISMO, NO ESPECIFICADO (vii) F03X DEMENCIA NO ESPECIFICADA*
- *Plan de manejo ingreso a PAD: **(i)** ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA POR NUTRICION Y DIETETICA: paciente con hipotrofia, anciana frágil, episodios de inapetencia. con múltiples patologías de base, que requiere apoyo y seguimiento por nutrición **(ii)** 890109 ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA POR TRABAJO SOCIAL: valorar red de apoyo social y estado socioeconómico. **(iii)** AD0199 SERVICIO CUIDADOR 12 HORAS: paciente adulta mayor con antecedentes de demencia senil, anciana frágil quien es incapaz de su autocuidado cuidador por un a□o desde mayo 2023 hasta mayo 2024 **(iv)** E985111 PAQUETE DE ATENCION DOMICILIARIA A PACIENTE CRONICO CON TERAPIAS: Paciente adulta mayor con antecedentes de demencia senil , anciana frágil quien es incapaz de su autocuidado, con riesgo de postración y en desacondicionamiento físico, requiere apoyo con terapias para evitar mayor deterior de s u funcionabilidad y espasticidad de extremidades terapias físicas 12 por mes.*
- *Escala de Barthel 55, dependencia moderada.*

- *Certificado de dependencia funcional, del 19 de abril de 2023: (…) dichos diagnósticos le generaron al paciente efectos, consecuencias y/o secuelas de MOVILIDAD Y NEUROLÓGICOS que lo llevaron a depender por un tercero para la realización de las siguientes actividades:* ***ALIMENTACIÓN, VESTIRSE/DESVESTIRSE ASEO PERSONAL, TRASLADO DE SILLA A CAMA, DEPOSICIONES CONTROL ANAL, ACTIVIDADES DE BAÑO, SUBIR Y BAJAR ESCALERAS, MANEJO DEL INODORO O RETRETE, DEAMBULACION-TRASLADO.***

2.1. Trámite procesal

Admitido el escrito tutelar[3], el *a quo* corre traslado a la NUEVA E.P.S., concede dos (2) días para rendir informe en los términos del artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, y niega la medida provisional solicitada por no encontrar acreditados los requisitos del artículo 7 ibidem.

2.2. Respuestas

Empresa Promotora NUEVA EPS[4]

La empresa promotora informa, que el señor D.M.P. se encuentra afiliado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del régimen subsidiado desde el 10 de agosto de 2021, y que en conjunto con el área de la salud adelanta las gestiones referentes al cumplimiento de la medida provisional.

Se opone al suministro de transporte ambulatorio al agenciado, por tratarse de una actividad no relacionada con la salud y no incluida en el Plan de Beneficios de Salud, de acuerdo con la Resolución 2808 de 2022; y en lo relativo a la autorización de transporte para el acompañante del menor de 4 años, textualmente expresa

En cuanto a la medida provisional decretada, indica que en conjunto con el área de la salud adelanta las gestiones referentes y que no está obligada a suministrar transporte ambulatorio, por tratarse de un servicio no incluido en el Plan de Beneficios de Salud, de acuerdo con la Resolución 2808 de 2022.

---

[3] Presentada el 26 de mayo de 2023
[4] Respuesta del 16 de mayo de 2023

Sostiene que, el servicio de cuidador domiciliario no está catalogado como un servicio médico, razón por la cual, los cuidados domiciliarios que requiere la paciente deben ser atendidos por sus familiares, para acompañamiento en sus funciones básicas.

Que excepcionalmente la EPS atiende éste servicio, siempre y cuando se verifique (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. En este caso, la accionante no allega prueba que soporte el cumplimiento de los requisitos referidos.

Respecto a la orden de atención integral, asegura que, es improcedente por cuanto, por cuanto se fundamenta en suposiciones de tratamientos médicos futuros e inciertos, de los cuales no hay certeza de su ocurrencia y podrían constituir servicios que no son competencia de la EPS.

2.3. Decisión de Primera Instancia

En sentencia proferida el 29 de mayo de 2023, el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVENA (A) amparó los derechos fundamentales invocados y dispuso:

> *SEGUNDO.-* ***ORDENAR*** *a NUEVA EPS, a través de su Representante Legal o quien haga sus veces, para que dentro de las* ***CUARENTA Y OCHO (48)*** *HORAS siguientes a la notificación de esta decisión, disponga, garantice, autorice* ***ATENCIÓN VISITA DOMICILIARIA POR NUTRICIÓN Y DIETÉTICA, ATENCIÓN VISITA DOMICILIARIA POR TRABAJO SOCIAL, SERVICIO CUIDADOR 12 HORAS, PAQUETE DE ATENCIÓN DOMICILIARIA A PACIENTE CRÓNICO CON TERAPIAS,*** *y los insumos de* ***PAÑALES TENA SLIP****, en atención a su diagnóstico* ***FIBRILACIÓN Y ALETEO AURICULAR, FRACTURA DE LA DIAFISIS DEL RADIO, INSUFICIENCIA CARDIAXA CONGESTICA, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA NO ESPECIFICADA, HIPOTIROIDISMO NO ESPECIFICADO, DEMENCIA NO ESPECIFIXADA*** *padecido por la señora* ***LINA ROSA MENDOZA DE DAZA*** *ordenados por el médico tratante los cuales se deberán garantizar de manera oportuna, eficiente e ininterrumpida.*

> ***TERCERO. - ORDENAR*** *a la NUEVA EPS, que en adelante preste toda la atención médica, eficaz y prioritaria a la señora* ***LINA ROSA MENDOZA*** *DE DAZA, para el tratamiento de la patología de* ***"FIBRILACIÓN Y ALETEO AURICULAR, FRACTURA DE LA DIAFISIS DEL RADIO, INSUFICIENCIA CARDIACA CONGESTIVA, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA NO ESPECIFICADA, HIPOTIROIDISMO NO ESPECIFICADO, DEMENCIA NO ESPECIFICADA"****, por ella sufrida y que es motivo de la presente acción constitucional, teniendo en cuenta el presupuesto máximo trasferido por la Administradora de los Recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud –ADRES, en consideración a lo regulado en las Resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, que empezaron a regir desde el primero de marzo de 2020.*
>
> ***CUARTO: NEGAR la atención integral*** *en salud de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

Al respecto, consideró: *''se advierte a la NUEVA EPS, que el servicio de cuidador domiciliario para el accionante fue prescrito por el médico de la IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA el 19 de abril de 2023, documentos estos que hacen parte de los anexos al escrito de tutela y de los cuales se le dio traslada a la EPS accionada junto con el auto admisorio de la demanda, por lo tanto el servicio de cuidador domiciliario para el paciente no es a su criterio sino que de ello existe prescripción médica que lo determina; denotándose con dichos argumentos el incumplimiento, persistiendo en consecuencia la vulneración incoada a favor de la agenciada conforme a la prescripción médica. (…) especialmente (…) porque se trata de una paciente de 78 años de edad, con problemas relacionados con la necesidad de asistencia domiciliaria <<mujer anciana frágil, incapaz de su autocuidado, índice de Barthel 55 puntos, secuelas de movilidad y neurológicas, que la llevan a necesitar la ayuda de un tercero para sus actividades más básicas y que ningún miembro del hogar puede proporcionar''*

A pesar de anterior, negó la solicitud de tratamiento integral, por considerar que se trataría de una orden indeterminada con reconocimiento de prestaciones futuras e inciertas, en detrimento de la buena fe de la entidad promotora de salud.

2.4. La impugnación[5]

La NUEVA E.P.S solicita revocar la orden de primera instancia relativa al suministro de cuidador 12 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'.*

[5] Junio 2 de 2023

En tal sentido, evoca la línea jurisprudencial que contiene dos (2) aspectos a 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.*

Frente a la orden de tratamiento integral, pese a no ser concedida en la sentencia de primera instancia, señala que *''deberá de negarse puesto que la misma implica prejuzgamiento y asumir la mala fe por parte de LA NUEVA EPS S.A sobre hechos futuros que aún no han ocurrido''.*

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) subsidiariedad[6]

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*

[6] Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

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[7]

Conforme a la historia clínica aportada, es evidente que las afectaciones de salud limitan a la señora L.R.M.D. para ejercer su propia defensa; por lo tanto, su familiar HERBERTH ALFONSO DAZA MENDOZA se encuentra legitimada para actuar en calidad de agente oficioso.

Por otro lado, la NUEVA E.P.S., se encuentra legitimada por pasiva, toda vez que, es la entidad en la cual la agenciada se encuentra afiliada en seguridad social en salud.

Principio de inmediatez

También se cumple este requisito, al existir un plazo razonable entre la prescripción médica del 17 de abril de 2023 y la presentación del trámite tutelar el 12 de mayo siguiente.

Subsidiariedad

Conforme a la jurisprudencia constitucional[8], 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."*[9]

Por otro lado, la Supersalud también está facultada para conocer y fallar asuntos relacionados con: *"[c]conflictos 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."*[7]

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

---

[7]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 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.
[8] Sentencia T-122 de 2021.
[9] Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

la protección del derecho a la salud.[10] De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,[19] 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.

En virtud de lo anterior, se torna procedente la presente acción, ante la ineficacia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la Superintendencia Nacional de Salud[11].

3.2. Problema Jurídico

Determinar si son válidos los argumentos expuestos por la NUEVA EPS en su negativa a suministrar cuidador por 12 horas a la señora LINA ROSA MENDOZA DE DAZA, o si tal omisión deviene en vulneración de los derechos fundamentales de la agenciada.

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 1992[12], compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015[13] señala que en el fallo de tutela el Juez deberá señalar el derecho

---

[10] 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.

[11] 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.

[12] *Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).*

[13] *Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del 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. La atención domiciliaria: el servicio de cuidador

En Sentencia T-015 de 2021[14], la Corte Constitucional reitera que la atención domiciliaria es una *"modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud y la participación de la familia"* y se encuentra contemplada en el Plan de Beneficios en Salud (PBS) como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)."

Además, en lo relativo a su prestación, el alto tribunal reconoce que el servicio de cuidador se dirige a la atención de necesidades básicas y no exige una capacitación especial[15]; en tal sentido, a través de su jurisprudencia, la Corporación 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[16].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) 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*"[17], como se explica a continuación.

De acuerdo con la interpretación y el alcance que la Corte ha atribuido al artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, esta norma dispone 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. En relación con el servicio de cuidador, el tema planteado es la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no está expresamente excluido del listado previsto en la

---

[14] Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
[15] 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
[16] Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos
[17] 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.

Resolución 2273 de 2022[18], pero tampoco se encuentra reconocido en el Plan Básico de Salud, cuya última actualización es la Resolución 2808 de 2022[19].

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."*[20]

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

Se trata de la defensa de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora L.R.M.D. quien detenta diagnóstico de *''FIBRILACIÓN Y ALETEO AURICULAR, FRACTURA DE LA DIÁFISIS DEL RADIO, INSUFICIENCIA CARDIACA CONGESTIVA, INCONTINENCIA URINARIA, ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA''*, y, requiere *"acompañante para realizar actividades de alimentación, vestirse/desvestirse, aseo personal, traslado de silla a cama, deposiciones, actividades de baño, subir y bajar escaleras, ameno de inodoro o retrete, deambulación-traslado"*; que acude a este mecanismo excepcional, para que la NUEVA E.P.S. autorice y proporcione el servicio de "cuidador domiciliario 12 horas", prescrito por el médico tratante porque su familia no puede prodigar los cuidados que necesita, pero que la empresa promotora niega porque no media orden

---

[18] Por la cual se adopta el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud

[19] Por la cual se establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)

[20] 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

judicial que decrete su prestación; por su parte, JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVENA (A) accede a lo pretendido en lo atinente al servicio de salud extramural, no obstante, niega la atención integral a los padecimientos de la agenciada, por considerar que (i) no existió negligencia en el actuar de la empresa promotora demandada; y (ii) de concederlo, se trataría de una orden judicial indeterminada, con implicaciones futuras e inciertas, en detrimento de la buena fe de NUEVA E.P.S.; quien a su vez, impugna el fallo proferido el 29 de mayo de los corrientes, reiterando que se trata de un servicio no incluido en el Plan de Beneficios de Salud y que el accionante no probó la imposibilidad material del núcleo familiar para asumir tales cuidados.

Bajo este contexto, contrastados los hechos con las pruebas aportadas, está demostrado que, **(i).** la persona agenciada se encuentra en condición discapacidad moderada (puntaje de 50) conforme a la escala de BARTHEL citada por el médico tratante de la IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA de fecha 17 de abril de 2023, y refiere que, *"secuelas de movilidad y neurológicos"*, por ello requiere *"acompañante para realizar actividades de alimentación, vestirse, deposiciones, aseo personal, manejo del inodoro, traslado silla a cama, subir o bajar escalones"*. **(ii).** Que, según historia clínica, a su anotado diagnóstico se suman múltiples patologías de base, antecedentes de demencia senil, fragilidad e incapacidad de autocuidado **(iii).** Mediante orden médica y plan de manejo de ingreso a PAD de fecha 17 de abril de 2023, el médico tratante, Dra. MARGARITA CABALLERO SUÁREZ, prescribe: "atención domiciliaria y de cuidador por 12 horas por (12) meses". (v). servicio que la NUEVA E.P.S. negó suministrar por las razones reiteradas en su contestación del trámite tutelar y recurso de impugnación.

En este sentido, se tiene que, el servicio de cuidador efectivamente fue ordenado por el médico tratante de la IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA; además, en el escrito y anexos de tutela se evidencia que, su familia no le puede dedicar el tiempo que necesita, y no cuentan con los recursos económicos para sufragar los gastos de un cuidador, circunstancias que la EPS no desvirtuó en el trámite tutelar al recaerle la carga de la prueba[21], por lo tanto, dichas afirmaciones se entenderán probadas[22].

---

[21] 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.
[22] Ibid.

Así mismo, fue la misma entidad accionada en su respuesta de tutela, quien indicó que, 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, motivo por el cual, la negativa de la E.P.S. vulneró los derechos fundamentales a la salud y vida digna a la agenciada..

Con base en tales fundamentos de hecho y derecho, asiste razón JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVENA (A) cuando ordena la prestación del servicio de cuidador, decisión que está amparada por las decantadas reglas jurisprudenciales de la materia, estas son *(i) existe certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio (ii) la ayuda como cuidador no puede ser asumida por el núcleo familiar de la agenciada, por ser materialmente imposible.*

No obstante, es equivocada la decisión del *a quo* al negar el amparo integral, toda vez que sí concurren los requisitos para tal fin que la Sentencia T-081 de 2019 contempla, 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". (iv) se trata de un sujeto de especial protección constitucional.;* además, porque ha sido reiterativa la Corte en señalar que exigir una decisión judicial para entregar un elemento que requiere una persona para garantizar su derecho a la salud constituye una barrera arbitraria e injusta, porque genera un desgaste gravoso para el paciente y la administración de justicia.

En este sentido, importante resulta precisar que la entidad demandada con su comportamiento omisivo frente a la atención en salud requerida por la usuaria, desconoció que 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 Constitucional[23] 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*".

La Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores dispone en su artículo 6 que los Estados Partes adoptaran todas las medidas necesarias, para:

> *" (…) garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igual de condiciones con otros sectores de la población.*
>
> *Los Estados Parte tomarán medidas para que las instituciones públicas y privadas ofrezcan a la persona mayor un acceso no discriminatorio a cuidados integrales, incluidos los cuidados paliativos, eviten el aislamiento y manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, el dolor y eviten el sufrimiento innecesario y las intervenciones fútiles e inútiles, de conformidad con el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento informado".*

Además, la ley 1276 del 5 de enero de 2009[24], en su artículo 11, establece que ***"la atención primaria en salud a los adultos mayores "abarcará la promoción de estilos de vida saludable, de acuerdo con las características de los adultos mayores, prevención de enfermedades, detección oportuna de patologías y remisión a los servicios de salud cuando ello se requiera. Se incluye la atención primaria, entre otras, de patologías relacionadas con la malnutrición, medicina general, geriatría y odontología, apoyados en los recursos y actores de la Seguridad Social en Salud vigente en Colombia, en los términos que establecen las normas correspondientes".***

Por otro lado, el Máximo Tribunal Constitucional ha señalado en sentencia **SU-508 de 2020**[25], que el carácter universal del derecho a la salud no obsta para que se adopten medidas de protección afirmativas

---

[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.

[24] Ley 1276 del 5 de enero de 2009. " A través de la cual se modifica la ley 687 del 15 de agosto de 2001 y se establecen

[25] M.P. Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas.

en favor de los sujetos de especial protección constitucional, como lo son las personas de la tercera edad[26]. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que este grupo afronta debilidades para desarrollar ciertas funciones y actividades. Como consecuencia de ello, estas personas resultan inmersas en situaciones de exclusión en el ámbito económico, social y cultural. De manera que, es necesario adoptar medidas que permitan suprimir esas barreras para garantizar la igualdad material de esa población[27] . Asimismo, la sentencia **T-287 de 2022** estableció que, "***La protección reforzada en salud de los adultos mayores, surge con ocasión del estado de debilidad de aquellos***. *Con ello se desarrolla el contenido del artículo 46 de la Constitución Política, según el cual, "[e]l 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".[28] Por su parte, la población en condición de discapacidad también cuenta con una protección reforzada, precisamente porque así lo ordena el artículo 47 de la Constitución, donde se lee que "[e]l 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".[29]*

En conclusión, el derecho a la salud 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 valoración[30] 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. Bajo estas circunstancias, se confirmará la decisión de primer grado.

Desestimó la empresa promotora de salud que dentro de la categoría de sujetos de especial protección constitucional, en desarrollo de los

---

[26] Al respecto, la Sentencia SU-508 de 2020, MM.PP. Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, señaló que esa protección especial está reconocida por el parágrafo del Artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, según el cual: "[l]os principios enunciados en este artículo se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección".

[27] Ver al respecto sentencias T-252 de 2017, M.P. Iván Escrucería Mayolo; y T-339 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[28] Constitución Política. Artículo 46.

[29] Constitución Política. Artículo 47.

[30] 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.

artículos 46[31], 48[32] y 49[33] de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha incluido a las *personas de la tercera edad* o *adultos mayores* como titulares de una especial protección por parte del Estado en tanto integran un grupo vulnerable de la sociedad dadas las condiciones físicas, económicas o sociológicas que los diferencian de otro tipo de colectivos[34]. Por esta razón, ha dispuesto que esta población tiene derecho a un amparo reforzado, la cual se traduce en el deber de brindarles acceso sin obstáculos y la atención de sus patologías. En particular, sobre el alcance de esta protección, la Corte señaló en Sentencia T-066 de 2020 lo siguiente:

> *''Bajo esa línea, resulta imprescindible que el Estado disponga un trato preferencial para las personas mayores con el fin de propender por la igualdad efectiva en el goce de sus derechos. En miras de alcanzar dicho propósito, se requiere la implementación de medidas orientadas a proteger a este grupo frente a las omisiones o acciones que puedan suponer una afectación a sus garantías fundamentales''*

En consecuencia, NUEVA E.P.S. exhibe su negligencia en materializar el suministro efectivo del servicio solicitado, lo cual constituye una barrera injustificada al acceso efectivo a los servicios de salud; además coloca en riesgo la salud física y emocional de la agenciada, quien por virtud de sus padecimientos de connotación catastrófica no está obligada a 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.''*

---

[31] 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.''*
[32] ARTICULO 48. *"La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley (…)".*
[33] ARTICULO 49. *"La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (…)".*
[34] Corte Constitucional, sentencia T- 252 de 2017 (M.P (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo).

En tal virtud, la Sala procederá a confirmará la orden de suministro de servicio de cuidador 12 horas y ordenará el tratamiento integral de la agenciada, desestimado por el Despacho de primer nivel.

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,

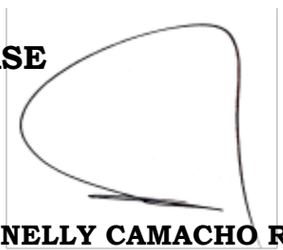
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 29 de mayo de 2023 por el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVENA (A), y en su lugar **ORDENAR** a la NUEVA E.P.S. que **garantice el tratamiento integral** a la señora LINA ROSA MENDOZA DE DAZA, respecto de los padecimientos que dieron origen a la presente acción tutelar.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia impugnada.

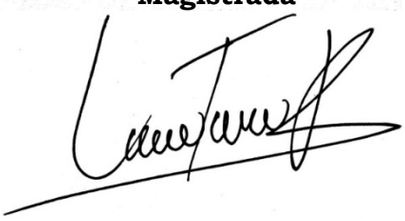
TERCERO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión y de ser excluida, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente

MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada