

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.0388

Proceso:	Acción De Tutela 2ª Instancia
Radicación:	81736318400120230029901
Accionante:	Eddis Yaneth Peláez Arias en favor de Blanca Rosa Gallego Viuda de Arias
Accionado:	NUEVA E.P.S.
Derechos invocados:	Derecho a la salud; tratamiento integral
Asunto:	Sentencia

Sent. No.092

Arauca (A), cinco (5) 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 1 de junio de 2023 por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SARAVERA¹

2. Antecedentes

Del escrito de tutela² La agente oficiosa EDDIS YANETH PELAEZ ARIAS³ demanda en acción de tutela a la NUEVA E.P.S., por su negativa a proveer “*CUIDADOR DOMICILIARIO POR 24 HORAS*”, prescrito por el médico tratante a la señora BLANCA ROSA GALLEGO VIUDA DE ARIAS, adulto mayor de 91 años diagnosticada con “*CEGUERA EN AMBOS OJOS*,”

¹ Gerardo Ballesteros Gómez-Juez
² Del 17 de mayo de 2023
³ Nieta de la agenciada

TUMOR MALIGNO DE LA MAMA (PARTE NO ESPECIFICADA) / HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA) / PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA NECESIDAD DE ASISTENCIA DOMICILIARIA Y QUE NINGUN MIEMBRO DEL HOGAR PUEDE PROPORCIONAR / INCONTINENCIA URINARIA”, que, según escala de Barthel presenta dependencia grave y requiere ayuda para “alimentarse, vestirse, aseo personal y traslado de silla a cama, actividades de baño, subir y bajar escaleras, deambulaci3n-traslado”; pero la precaria situaci3n econ3mica de les impide prodigar los cuidados que necesita ni para sufragar los gastos que demanda un cuidador.

En consecuencia, solicita el amparo de los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana, integridad personal y seguridad social y formula las siguientes **pretensiones**:

“Segundo: ORDENAR a la empresa NUEVA EPS, en cabeza de su representante legal o quien haga sus veces o lo reemplace para que realice las gestiones administrativas pertinentes a prestar el servicio de MANERA INTEGRAL Y OPORTUNA, autorizando así el SERVICIO DE CUIDADOR DOMICILIARIO POR 24 HORAS DIARIAS a mi abuela dada su condici3n de salud y necesidad.

Tercero: Ordenar a la empresa NUEVA EPS, en cabeza de su representante legal, quien haga sus veces o lo reemplace, para que preste el servicio de salud de manera integral como lo son exámenes especializados, consultas especializadas, medicamentos PBS Y NO PBS, insumos, ya que no cuento con los recursos econ3micos para sufragar estos costos”

Adjunta:

- C3dula de ciudadan3a de la accionante EDDIS YANETH PELAEZ ARIAS
- C3dula de ciudadan3a de la agenciada B.R.G.V.A.
- I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S.-Historia cl3nica, del 19 de abril de 2023 (i) paciente con Índice de Barthel 25 puntos, con secuelas de trastornos de movilidad de las extremidades, quien requiere ayuda para alimentaci3n, vestirse/desvestirse, aseo personal, traslado de silla a cama, deposiciones control anal, actividades de baño, subir y bajar escaleras, manejo del inodoro o retrete, deambulaci3n-traslado (ii) diagn3stico H540 ceguera de ambos ojos; C509 tumor maligno de la mama; I10X hipertensi3n esencial primaria; Z742 problemas relacionados con la necesidad de asistencia domiciliaria y que ning3n miembro de la familia puede proporcionar; R32X incontinencia urinaria.
- I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S – Plan de Manejo Ingreso a PAD; del **19 de abril de 2023**: (i) AD0200 SERVICIO DE CUIDADOR 24 HORAS (ii) PAQUETE DE ATENCI3N DOMICILIARIA PACIENTE CR3NICO CON TERAPIAS.

- I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S.- *Formulación (i) Acetaminofén 500 mg (ii) Hidroclorotiazida 25 mg (iii) Losartán 50 mg (iv) Tiamina 300 mg; indicaciones generales para enfermeros, cuidadores o familiares que administren los medicamentos.*

2.1. Trámite procesal

Admitido el escrito tutelar⁴, el *a quo* corre traslado a la NUEVA E.P.S., Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca -UAESA, Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad en Salud -ADRES y concede dos (2) días para rendir informe en los términos del artículo 169 del Decreto 2591 de 1991.

2.2. Respuestas

Empresa Promotora NUEVA EPS⁵

La empresa promotora informa, que la señora B.R.G.V.A. se encuentra afiliada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del régimen subsidiado desde el 1 de enero de 2016.

Sostiene que, como el servicio de cuidador domiciliario no está catalogado como un servicio médico, acompañamiento en sus funciones básicas que requiere la paciente debe ser atendido por sus familiares.

Aclara 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, se fundamenta en suposiciones de tratamientos médicos

⁴ Mayo 17 de 2023

⁵ Respuesta fechada 19 de mayo de 2023

futuros e inciertos, de los cuales no hay certeza de su ocurrencia y podrían constituir servicios que no son competencia de la EPS.

Unidad Administrativa Especial de Salud Arauca -UAESA⁶

Expone que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, a través de su red de prestadores y no puede excusarse bajo ninguna circunstancia, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

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

Contesta que la EPS es la responsable de garantizar la atención integral y oportuna de los servicios en salud requeridos por la paciente, inclusive los que no se encuentren financiados por la unidad de pago por capitación UPC, pues 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 1 de junio de 2023, el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SARAVERA (A) dispuso:

*“PRIMERO. - **AMPARAR** el derecho fundamental a la salud, a la vida, a la seguridad social y la dignidad humana, invocados en la presente acción de tutela propuesta en favor de la señora **BLANCA ROSA GALLEGO VIUDA DE ARIAS**, identificado con cédula de ciudadanía número 36.487.715 de Aguadas, Caldas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*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 del presente fallo, si aún no lo ha hecho,*

⁶ Fechada 18 de mayo de 2023

⁷ 19 de mayo de 2023

AUTORICE Y/O SUMINISTRE a la señora **BLANCA ROSA GALLEGO VIUDA DE ARIAS**, el **SERVICIO DE CUIDADOR DOMICILIARIO POR 24 HORAS DIARIAS** ordenados por su médico tratante, con ocasión de las patologías que padece, advirtiendo que se debe hacer el acompañamiento al/la paciente para que efectivamente se le presten los servicios de salud ordenados de acuerdo a las ordenes médicas que obran en el plenario y de las que tenga conocimiento NUEVA EPS, respetando en todo momento el **PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD**.

TERCERO. - **ADVERTIR** a NUEVA EPS que los gastos que se deriven de la atención integral que se ordenó, deberán ser cubiertos íntegramente por esa entidad teniendo en cuenta el presupuesto máximo trasferido por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, en consideración a lo regulado en las resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, que empezaron a regir desde el 01 de marzo de 2020” (SIC)

Al respecto, consideró: “Para esta judicatura es claro que la señora BLANCA ROSA GALLEGO DE ARIAS se encuentra en una condición de DEPENDENCIA MODERADA como se demuestra en los anexos de la acción constitucional, que requiere de atenciones indispensables que pueden llegar a tener injerencia en la estabilidad de su condición de salud, así como en la dignidad misma como ser humano, servicio respecto de los cuales y como ya quedara anotado se constituye en una obligación que debe ser asumida por la EPS en donde este afiliada el/la paciente, pues quedó demostrado que, el/la accionante es una persona de 90 años, no está en condiciones de asumir los gastos que generan la contratación de un/a cuidador, y dicho servicio le fue ordenado por su médico tratante, tal como se observa en la solicitud de la acción constitucional interpuesta.” (sic)

2.4. La impugnación⁸

La NUEVA E.P.S solicita revocar la orden de primera instancia relativa al 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’.

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.

⁸ Del 7 de junio 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) subsidiariedad⁹

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 B.R.G.V.A para ejercer su propia defensa; por lo tanto, su familiar EDDIS YANETH PELAEZ ARIAS se encuentra legitimada para actuar en calidad de agente oficioso.

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

¹⁰ 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.

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 19 de abril de 2023 y la presentación del trámite tutelar el 17 de mayo siguiente.

Subsidiariedad

Conforme a la jurisprudencia constitucional¹¹, 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.”¹²

Por otro lado, la Supersalud también está facultada para conocer y fallar asuntos relacionados con: “[c]onflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le [sic] asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.”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 la protección del derecho a la salud.¹³ 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.

¹¹ Sentencia T-122 de 2021.

¹² Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

¹³ 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.

En virtud de lo anterior, se torna procedente la presente acción, ante la ineficacia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la Superintendencia Nacional de Salud¹⁴.

3.2. Problema Jurídico

Determinar si son válidos los argumentos expuestos por la NUEVA EPS en su negativa a suministrar cuidador por 24 horas a la señora BLANCA ROSA GALLEGUO VIUDA DE ARIAS, 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 1992¹⁵, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015¹⁶ 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. La atención domiciliaria: el servicio de cuidador

En Sentencia T-015 de 2021¹⁷, la Corte Constitucional reitera que la atención domiciliaria es una *“modalidad extramural de prestación de servicios*

¹⁴ 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.

¹⁵ Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

¹⁶ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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 especial¹⁸; 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 médicos¹⁹.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”²⁰*, 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 Resolución 2273 de 2022²¹, pero tampoco se encuentra reconocido en el Plan Básico de Salud, cuya última actualización es la Resolución 2808 de 2022²².

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*

¹⁸ 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

¹⁹ Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos

²⁰ 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.

²¹ 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

²² Por la cual se establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)

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.”²³

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 B.R.G.V.A., persona con dependencia grave según escala de BARTHEL y diagnóstico de “PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA NECESIDAD DE ASISTENCIA DOMICILIARIA Y QUE NINGUN MIEMBRO DEL HOGAR PUEDE PROPORCIONAR”²⁴, quien requiere “acompañante para realizar actividades de alimentación, vestirse, deposiciones, aseo personal, control vesical, manejo del inodoro, traslado silla a cama, subir o bajar escalones”; usuaria que acude a este mecanismo excepcional, para que la NUEVA E.P.S. autorice y proporcione el servicio de “cuidador domiciliario 24 horas”, prescrito por el médico tratante; porque su familia no puede prodigar los cuidados que necesita por falta de tiempo y no cuentan con recursos económicos suficientes para sufragar los gastos de un cuidador.

El *a quo* accede a lo pretendido y adicionalmente ordena tratamiento integral. Precisa que la entidad accionada debe suministrar “ATENCIÓN MÉDICA, EFICAZ Y PRIORITARIA a la señora GALLEGO VIUDA DE ARIAS frente a las patologías que dieron origen a la acción tutelar; razón por la cual, NUEVA E.P.S. impugna la decisión, porque a su juicio, la atención domiciliaria de cuidador es asunto del núcleo familiar del

²³ 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

²⁴ Además, ‘CEGUERA EN AMBOS OJOS, TUMOR MALIGNO DE LA MAMA (PARTE NO ESPECIFICADA) / HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA) / / INCONTINENCIA URINARIA”

paciente, quien no acreditó la imposibilidad material de asumir tales cuidados por su cuenta, además, sostiene que es un servicio excluido del PBS.

Bajo este contexto, contrastados los hechos con las pruebas aportadas, está demostrado que, (i). la persona agenciada <<mujer de 91 años de edad>> se encuentra en condición discapacidad grave (puntaje de 25) conforme a la escala de BARTHEL citada por el médico tratante de la IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA de fecha 19 de abril de 2023, y refiere que, *“dicho diagnóstico le genera al paciente trastornos de movilidad de las extremidades”*, por ello requiere *“acompañante para realizar actividades de alimentación, vestirse, deposiciones, aseo personal, control vesical, manejo del inodoro, traslado silla a cama, subir o bajar escalones”*. (ii). Su diagnóstico corresponde a *“’CEGUERA EN AMBOS OJOS, TUMOR MALIGNO DE LA MAMA (PARTE NO ESPECIFICADA) / HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA) / PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA NECESIDAD DE ASISTENCIA DOMICILIARIA Y QUE NINGUN MIEMBRO DEL HOGAR PUEDE PROPORCIONAR / INCONTINENCIA URINARIA”*. (iii). Mediante orden médica y plan de manejo de ingreso a PAD de fecha 19 de abril de 2023, el médico tratante, Dra. MARIA KATHERINE CARVAJAL, prescribe: *“atención domiciliaria y de cuidador por 24 horas”*. (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 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 prueba²⁵, por lo tanto, dichas afirmaciones se entenderán probadas²⁶.

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

²⁵ 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.

²⁶ Ibid.

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, le asiste razón JUZGADO PROMISCO DE FAMILIA DE SARA VENA 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.* (iii) *ante tal escenario, es obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.*

Con fundamento en lo anterior, resulta acertado el amparo integral que la primera instancia concedió, porque 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”.”

Finalmente, 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 Constitucional²⁷ que por su estado de mayor vulnerabilidad y debilidad son merecedores de protección reforzada por parte del Estado, así el artículo 47 de la Constitución indica: “*El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran*”.

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

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 2009²⁸, 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**²⁹, que el carácter universal del derecho a la salud no obsta para que se adopten medidas de protección afirmativas en favor de los sujetos de especial protección constitucional, como lo son las personas de la tercera edad³⁰. 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

²⁸ 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

²⁹ M.P. Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas.

³⁰ 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”.

esa población³¹. 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”.**³² 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”.³³

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 una adecuada valoración³⁴ 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 artículos 46³⁵, 48³⁶ y 49³⁷ 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 colectivos³⁸. 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

³¹ Ver al respecto sentencias T-252 de 2017, M.P. Iván Escrucería Mayolo; y T-339 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³² Constitución Política. Artículo 46.

³³ Constitución Política. Artículo 47.

³⁴ 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.

³⁵ 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.”

³⁶ 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 (...).”

³⁷ 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 (...).”

³⁸ Corte Constitucional, sentencia T- 252 de 2017 (M.P (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo).

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.”

En tal virtud, la Sala procederá a CONFIRMAR la sentencia impugnada, por las razones expuestas en la presente providencia.

5. DECISIÓN.

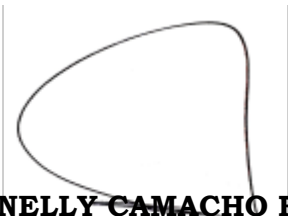
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA SALA ÚNICA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de junio de 2023 por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SARAVERENA, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: 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