

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. 0666

Proceso:	Acción De Tutela 2ª Instancia
Radicación:	81736318900120230054601 Enlace Link
Accionante:	Álvaro Sandoval en favor de Cecilia Jaimes Delgado
Accionado:	NUEVA E.P.S.
Derechos invocados:	Derecho a la salud, vida digna.
Asunto:	Sentencia

Sent. No.0154

Arauca (A), diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

1. Objeto de la decisión

Decidir la impugnación promovida por la NUEVA E.P.S. contra la sentencia del 10 de octubre de 2023 proferida por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO CON CONOCIMIENTO EN ASUNTOS LABORALES DE SARAVERA (A)¹

2. Antecedentes

Del escrito de tutela²

El señor ALVARO SANDOVAL acude a la acción de amparo como agente oficioso de su señora madre CECILIA JAIMES DELGADO, adulta mayor de 74 años con dependencia total y diagnósticos de *artrosis no especificada, hernia inguinal unilateral o no especificada sin obstrucción ni*

¹ Rafel Enrique Fontecha Barrera
² 26 de septiembre de 2023.

gangrena, episodio depresivo leve y paraplejia no especificada, a quien un galeno de la I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S. el 15 de agosto de 2023 prescribió *cuidador domiciliario 12 horas* como parte del PLAN DE MANEJO DE INGRESO A PAD; servicio que la NUEVA E.P.S. condiciona a la existencia de una orden judicial que disponga su prestación.

Asegura que no cuenta con los recursos económicos para garantizar su prestación de forma particular, por lo que a través de este mecanismo excepcional **pretende** restablecer las garantías fundamentales a la salud, seguridad social, dignidad humana y mínimo vital presuntamente vulneradas; y ordenar a la E.P.S. (i) **autorizar y garantizar** el referido servicio (ii) garantizar el **tratamiento integral**, comprendido en éste los gastos de transporte y viáticos junto con un acompañante en caso de ser remitida a un lugar distinto de su residencia

Adjunta:

- *Negativa de la E.P.S. a la Solicitud de servicio de cuidador radicada el 29/08/2023: “devuelto, no tramitable/no corresponden al ámbito de la salud. No hay mandato judicial que brinde ordenamiento al SERVICIO DE CUIDADOR, por lo anterior, no es posible autorización, Resolución 5928 de 201”*
- *Índice de Barthel 0 – dependencia total*
- *I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S. – Historia Clínica – Visita domiciliaria para programación de PAD; **análisis y plan:** “Paciente se encuentra postración en cama. Afirma esposo que no sabe el porqué desde hace varios años no volvió a caminar, paraplejia no clara la etiología, además de artrosis; paciente no controla esfínteres ni deposiciones, con antecedentes que la han llevado a dependencia TOTAL según índice de Barthel y escala de Kamofsky que requiere de manejo por terceros para sus actividades básicas, principalmente para la movilidad y uso de pañal permanente por lo cual se beneficia de manejo por servicio de cuidador 24 horas; aunque manifiesta que sólo “quiere 12 horas”; se baja número de horas.”*
- *I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S. – certificado de dependencia funcional.*
- *Cédula de ciudadanía de la agenciada CECILIA JAIMES DELGADO.*
- *I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S. – PLAN DE MANEJO INGRESO A PAD del 15 de agosto de 2023:*

PLAN DE MANEJO INGRESO A PAD				
Fecha de digitalización 15/08/2023 10:15:00 Profesional DERLY MILEYMY MORA ARIZA				
Código	Servicio solicitado	Cant. días	Cant. mes	Justificación
AD0199	SERVICIO CUIDADOR 12 HORAS	30	1	paciente con dependencia para realizacion de actividaes como, trasladarse, alimentacion e higiene.
E985111	PAQUETE DE ATENCION DOMICILIARIA A PACIENTE CRONICO CON TERAPIAS	1	1	PACIENTE CON DEPENDENCIA TOTAL REQUIERE AYUDA PARA ASEO, ALIMENTACION Y TRASLAD TERAPIA FISICA # 12. PARA DISMINUIR RIGID MUSCULAR, EVITAR ATROFIE SUGIERE 3 TERAPIA A LA SEMANA
E891865	ATENCION INTEGRAL HERIDAS DE MEDIANA COMPLEJIDAD MENSUAL DOMICILIARIA	30	1	PACIENTE CON ULCERA EN REGION SACRA C. COMPROMISO DE DERMITS E EPIDERM CURACIONES DIARIAS . NO SINGOS DE INFECCION

2.1. Trámite procesal

El *a quo* admite³ la acción de tutela promovida en contra de la NUEVA E.P.S. y concede (2) días para rendir informe en los términos del artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

2.2. Respuestas

Empresa Promotora NUEVA EPS⁴

Informa que el Sistema Integral de información registra a la señora CECILIA JAIMES DELGADO “activa”, con asegurabilidad y pertinencia en el régimen subsidiado del SGSSS, desde el 26 de mayo de 2020.

JAIMES DELGADO CECILIA

Consultas Herramientas Certificado de Incapacidades

CC 37804514

ACTIVO EN REGIMEN SUBSIDIADO EN LA EPS

Ultimo Periodo Pagado: /

Traslados sa

Recobro aportes otras E

Ctas de Cobro Cotiza

Cta de cobro Empleo

Solicitudes No

Devolucion de Apor

Incapacidades

Hist duplicidad

Radificaciones

Documentos

Imagenes

Traslados Entran

Movilidad Régimen

Afiliados

Pagos Empl

Empleador

Información para IPS

Pagos Empl Anteriores

Afiliado

Grupo Familiar

Fui

Pagos

Empleos

Ips

DATOS PERSONALES DEL AFILIADO

Primer Apellido	Segundo Apellido	Nombres	Fecha Nacimiento	Tipo Afiliado	Sexo
JAIMES	DELGADO	CECILIA	16/08/1949	Cotizante	F
Dirección de Residencia		Teléfono	Departamento	Municipio	
KR 29 NO 23 44 B CABECERAS DEL LLANO			ARAUCA	SARAVENA	

DATOS DE LA AFILIACION RÉGIMEN SUBSIDIADO

F. Afil Contr	F. Inicio Sub	F. Final Sub	Categoría	Causal
26/05/2020	26/05/2020	00/00/0000	SISBEN-1	ACTIVO EN REGIMEN SUBSIDIADO EN LA EPS
Actual EPS	Total	Estado	Tipo Población Especial Subsidiado	
0	26	ACTIVO SUB	POBLACIÓN CON SISBEN	

RÉGIMEN:

Subsidiado

IPS Actual

Código	Razón Social	Activa desde	Estado	Causal

Causales de Suspensión

Código	Razón Social	Activa desde	Estado	Causal

Manifiesta que ha brindado todos los servicios médicos P.B.S. requeridos por la paciente, previa recomendación del médico tratante, no obstante, no está obligada a suministrar *cuidado domiciliario*, pues “no existen órdenes médicas vigentes que permitan evidenciar la necesidad del servicio o la duración de éste” (sic); igualmente afirma que, no está catalogado como

³ Auto Interlocutorio No 776 del 26 de septiembre de 2023.

⁴ 29/09/2023

un servicio médico y por tanto debe ser asumido solidariamente por los integrantes del grupo familiar, máxime, cuando no acredita el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales desplaza su prestación a cargo de las E.P.S: *(i) que exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio y (ii) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, al ser materialmente imposible.*

Afirma que la solicitud servicios complementarios- de transporte, alojamiento y alimentación no guarda relación con el caso concreto y la protección de los derechos invocados, no obstante, en caso de requerirlos, deberá el municipio de Saravena suministrarlos a través de la Secretaría de Desarrollo Social, en conjunto con la U.A.E.S.A, por lo que pide vincularlas al proceso.

Respecto a la orden de atención integral, asegura que, es improcedente, 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 10 de octubre de 2023, el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO CON CONOCIMIENTO EN ASUNTOS LABORALES DE SARAVENA amparó los derechos fundamentales invocados y dispuso:

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la seguridad social, a la dignidad humana y al mínimo vital, dentro de la presente acción de tutela interpuesta por el señor Álvaro Sandoval, quien actúa como agente oficioso de la señora Cecilia Jaimes Delgado, los cuales están siendo vulnerados por la Nueva EPS.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal de la accionada Nueva EPS que, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, **AUTORICE y SUMINISTRE, a la paciente Cecilia Jaimes Delgado, el servicio de “cuidador domiciliario por 12 horas durante 1 mes, 30 días”⁵³, conforme lo ordenado por su médico tratante el 15 de agosto de 2023;** lo anterior, en las cantidades y en la periodicidad que establezca su médico tratante.

TERCERO: ORDENAR al Representante Legal de la accionada Nueva EPS que, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, **GARANTICE LA CONTINUIDAD DE LA ATENCIÓN MÉDICA INTEGRAL**, ININTERRUMPIDA, EFICAZ Y PRIORITARIA EN SALUD que requiere la señora Cecilia Jaimes Delgado, frente a los diagnósticos de “artrosis no especificada, hernia inguinal unilateral o no especificada, sin obstrucción ni gangrena, episodio depresivo leve y paraplejia no

especificada⁵⁴, y los que de los mismos se deriven, sin importar que se trate o no de servicios PBS.

CUARTO: DENEGAR las demás pretensiones de la acción de tutela

Fundamentó su decisión en los elementos probatorios aportados, que dan cuenta de la dependencia total de la paciente y la prescripción médica emitida el 15 de agosto de 2023 por un profesional adscrito a la red de prestadores; igualmente, encontró probada la incapacidad económica y material del grupo familiar para asumir tales cuidados de manera particular o directa; y descartó los argumentos de la E.P.S. relativos a la no inclusión del *cuidador* en el P.B.S. como razón para no suministrarlo.

Para conceder el amparo integral en salud, destacó la necesidad de *“evitar que el beneficiario del amparo deba acudir periódicamente a este tipo de acciones para solicitar la protección de sus derechos fundamentales y en ese periplo, pueda ver irreversiblemente afectado su grave estado de salud”*; en razón al probado actuar negligente de la entidad, sin que ello implique presumir la mala fe.

2.4. La impugnación⁵

La NUEVA E.P.S solicita revocar la orden de *cuidador 12 horas*, por tratarse de un servicio no PBS y no acreditar los requisitos previstos por la jurisprudencia constitucional: *i) que exista una orden proferida por el profesional de la salud,, y (ii) en casos excepcionales, cuando 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; también se opone al amparo integral* concedido, por cuanto se fundamenta en suposiciones de tratamientos médicos futuros e inciertos, respecto de los cuales no hay certeza de su ocurrencia y podrían constituir servicios ajenos a su competencia.

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.

⁵ 10 de octubre 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) subsidiariedad⁶

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*⁷

Conforme a la historia clínica aportada, es evidente que las afectaciones de salud limitan a la señora CECILIA JAIMES DELGADO para ejercer su propia defensa; por lo tanto, su hijo ÁLVARO SANDOVAL se encuentra legitimado para actuar en calidad de agente oficioso.

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

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.

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

Principio de inmediatez

El artículo 86 de la Constitución Política no trae un término para presentar la acción de tutela, pero la jurisprudencia de la Corte Constitucional impulsó este requisito, señalando que el amparo debe solicitarse en un *‘término razonable’*, siendo el juez el encargado de valorar cada situación particular y determinar la procedencia de la tutela. En tratándose de personas de la tercera edad, *“el juez en su análisis debe verificar si la presunta vulneración del derecho es permanente en el tiempo, atendiendo si se tratan de personas en situación de indefensión, abandono, o que sean personas con discapacidad, entre otros”*⁸

En el caso que nos ocupa, tal exigencia se cumple, puesto que la orden del médico adscrito a la red de prestadores de la E.P.S., donde determina que la paciente agenciada requiere *cuidador de 12 horas*, data del 15 de agosto de 2023, y una vez negada su solicitud, acudió a la acción de tutela el 26 de septiembre siguiente.

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 2007⁹, al atribuir competencias jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para conocer, acorde al literal a) de esta disposición, de las controversias relacionadas con la cobertura de servicios, tecnologías o procedimientos de salud incluidos en el PBS, cuando su *negativa* ponga en riesgo o amenace la salud del usuario. Sin embargo, la sentencia SU-508 de 2020 explicó que, ese mecanismo jurisdiccional no es idóneo ni eficaz, dado que la entidad tiene serias deficiencias estructurales que continúan a hoy, viabilizando la tutela como mecanismo principal para cesar la amenaza o vulneración a esta prerrogativa fundamental.

En tal virtud, para el caso de la señora CECILIA JAIMES DELGADO, 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,

⁸ Sentencia T-264 de 2023.

⁹ El cual ha sido objeto de modificación, mediante las leyes 1437 de 2011 y 1949 de 2019.

ante la ineficacia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la Superintendencia Nacional de Salud¹⁰.

3.2. Problema Jurídico

Determinar si son válidos los argumentos de la NUEVA EPS para negar el suministro de cuidador por 12 horas a la señora CECILIA JAIMES DELGADO, o si tal omisión deviene en vulneración de los derechos fundamentales invocados, y si acertó el *A-quo* al disponer el amparo integral.

3.3. Supuestos jurídicos

3.3.1. Naturaleza de la acción de tutela

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

De igual modo, el artículo 6 del Decreto 306 de 1992¹¹, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015¹² 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.

¹⁰ 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.

¹¹ Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

¹² Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

3.3.2. Personas de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional

Dentro de la categoría de sujetos de especial protección constitucional, en desarrollo de los artículos 46¹³, 48¹⁴ y 49¹⁵ 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 colectivos¹⁶. 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”

A su vez, el Sistema Interamericano, en la Convención 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”.

¹³ 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.”

¹⁴ 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 (...)”.

¹⁵ 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 (...)”.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T- 252 de 2017 (M.P (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo).

Además, la ley 1276 del 5 de enero de 2009¹⁷, 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”***.

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 dependiente¹⁸ y, **(iv)** brindan un apoyo emocional al sujeto por el que velan¹⁹”.

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”²⁰.

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

¹⁷ 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

¹⁸ 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;

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-154 de 2014

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-260 de 2020.

*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*²¹.

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”*²².

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”*.

3.3.4. Del tratamiento integral

Según el artículo 8° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 el derecho fundamental y servicio público de salud se rige por el principio de integralidad, según el cual los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa y con *“independencia del origen de la enfermedad o condición de salud”*. En concordancia, no puede *“fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario”*. Bajo ese entendido, ante la duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud *“cubierto por el Estado, se entenderá que este*

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-017 de 2021. Ver entre otras, las sentencias T-414 de 2016, T-065 y T-458 de 2018.

²² *Ibidem*.

comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

Bajo esa misma línea, la Corte Constitucional sostiene que, en virtud del principio de integralidad, *“el servicio de salud prestado por las entidades del Sistema debe contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento del estado de salud o la mitigación de las dolencias del paciente, sin que sea posible fraccionarlos, separarlos o elegir cuál de ellos aprueba en razón del interés económico que representan. En este sentido, ha afirmado que la orden del tratamiento integral por parte del juez constitucional tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante. No obstante, este tribunal ha señalado que la solicitud de tratamiento integral no puede tener como sustento afirmaciones abstractas o inciertas, sino que deben confluir unos supuestos para efectos de verificar la vulneración alegada, a saber:*

Entonces, la integralidad constituye una obligación para el Estado y para las entidades encargadas de brindar el servicio de salud, entre ellas las I.P.S. y E.P.S., de ahí que deben garantizar una atención integral de manera eficiente y oportuna, esto es, suministrar autorizaciones, tratamientos, medicamentos, intervenciones, remisiones, controles, y demás servicios y tecnologías que el paciente requiera y que sean considerados como necesarios por su médico tratante, hasta su rehabilitación final.

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

4. Examen del caso

Se trata de la agencia de los derechos de la adulta mayor <<73 años>> CECILIA JAIMES DELGADO, diagnosticada con dependencia total y *artrosis no especificada, hernia inguinal unilateral o no especificada sin obstrucción ni gangrena, episodio depresivo leve y paraplejia no especificada*, a quien la NUEVA E.P.S. negó la autorización y suministro de *cuidador domiciliario por 12*, porque *“no hay mandato judicial que brinde ordenamiento al servicio solicitado”*²³.

²³ Respuesta a solicitud de prestación de servicios, radicada por la parte actora el 5 de abril de 2023.

Del referido trámite, el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO CON CONOCIMIENTO EN ASUNTOS LABORALES DE SARAVERENA mediante fallo tutelar del 10 de octubre de 2023 accedió al amparo solicitado y ordenó a la empresa promotora la prestación efectiva; además, amparó el tratamiento integral en su favor; decisión que la entidad demandada pide revocar en lo relativo al suministro del servicio de cuidador y tratamiento integral, fundamentada en que (i) los cuidados domiciliarios no son servicios de la salud, no cuentan con financiación de los recursos del SGSSS y sólo procede su reconocimiento ante la imposibilidad material del núcleo familiar de prestarlos por su propia cuenta, que no acreditó debidamente la parte accionante; y (ii) ha garantizado todos los servicios médicos P.B.S. prescritos por el galeno tratante, sin omitir sus funciones como aseguradora de salud, por lo que el amparo integral protege eventos futuros e inciertos y presume la mala fe de la entidad.

Frente a este panorama, la Sala confirmará la orden de suministrar *cuidador 12 horas*, pues existe una orden proferida por un profesional de la salud adscrito a una I.P.S. de la red de prestadores de NUEVA E.P.S, quien tampoco desvirtuó que tal ayuda no puede ser asumida por el núcleo familiar de la paciente, por ser materialmente imposible.

En efecto, al contrastar los fundamentos fácticos y probatorios obrantes, se tiene que, el servicio de cuidador efectivamente fue ordenado por galeno tratante de la I.P.S.MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A. como parte del PLAN DE MANEJO DE INGRESO A PAD formulado el 15 de agosto de 2023, pues las múltiples enfermedades padecidas por la paciente agenciada de 73 años que la hacen *totalmente dependiente* de la ayuda de terceros para desarrollar actividades básicas de vestido/alimentación y deambulaci3n.

PLAN DE MANEJO INGRESO A PAD					
Fecha de digitalizaci3n 14/08/2023 16.21.00 Profesional JENNIFER CATHERINE CAMACHO DELGADO					
C3digo	Servicio solicitado	Cant. d3as	Cant. mes	Justificaci3n	
890109	ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA POR TRABAJO SOCIAL	1	1	Se solicita val para perfil socio demografico ya uque se beneficia del programa de cr3nicos domiciliarios con servicio de cuidador	
890113	ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA POR TERAPIA OCUPACIONAL	12	1	En b3squeda de estimular, prevenir y rehabilitar las funciones deterioradas	
AD0199	SERVICIO CUIDADOR 12 HORAS	30	1	Paciente con dependencia funcional severa que requiere de ayuda de terceros para actividades b3sicas (vestido/alimentaci3n y deambulaci3n).	
E985111	PAQUETE DE ATENCION DOMICILIARIA A PACIENTE CRONICO CON TERAPIAS	1	1	Paciente con antecedentes descritos con dependencia funcional severa que requiere de manejo interdisciplinario. Se solicitan 12 terapias fisicas.	

Frente a la relevancia de la prescripci3n, orden o f3rmula m3dica, decantado est3 para la jurisprudencia que el galeno tratante ‘es quien cuenta con la formaci3n acad3mica necesaria para evaluar la procedencia cient3fica de un tratamiento, a la luz de las condiciones particulares de cada paciente y el 3nico capaz de determinar la idoneidad de un tratamiento m3dico;

[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”²⁴; y frente este, no puede supeditar la E.P.S. el reconocimiento de las necesidad médicas de sus afiliados a la existencia de una orden judicial que disponga su prestación; más aún, cuando previamente informó la promotora de éste trámite que las personas a su cargo no pueden asumir su prestación sin afectar su mínimo vital y digno vivir; aspecto frente al cual, insiste la Sala una vez más, cuando el accionante alega la imposibilidad económica para acceder al insumo o servicio requerido, le corresponde a la aseguradora de salud desvirtuar tal afirmación, toda vez que “(i) se trata de una negación indefinida que invierte la carga de la prueba y (ii) se presume la buena fe del solicitante. .”²⁵; no obstante, la E.P.S, pese a recaer en ella la carga de la prueba²⁶, no aportó elemento conducente a desvirtuar la de la red de apoyo; como por ejemplo, dictamen de visita por trabajo social o estudio del entorno socioeconómico que determinase lo contrario; por lo tanto, tales circunstancias se entienden probadas²⁷.

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*”²⁸ 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*”²⁹

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-508 de 2019.

²⁵ Sentencia T-171 de 2016.

²⁶ 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.

²⁷ Ibid.

²⁸ 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.

²⁹ Corte Constitucional, sentencias T-508 de 2019 y T-508 de 2020.

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

De esta manera, colocó en riesgo la salud física y emocional de la agenciada, quien por virtud de sus padecimientos de connotación catastrófica no debe soportar la interrupción del servicio de salud, sino a llevar una vida en condiciones dignas y justas. En este sentido, la Corte Constitucional también ha precisado el alcance del derecho fundamental a la salud y protección especial frente a las enfermedades catastróficas o ruinosas:

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

Aunado a lo anterior, la E.P.S. desconoció el contenido de aplicación directa establecido en el bloque de constitucionalidad y la Constitución Política y su relación directa con la vida y la dignidad de las personas, especialmente relevante al tratarse de adultos mayores y de la tercera edad ³⁰ que por su estado de mayor vulnerabilidad y debilidad son merecedores de protección reforzada por parte del Estado, en los términos expuestos las considerativas de la presente providencia.

Finalmente, en pronunciamiento del 18 de julio de 2023, la Corte Constitucional³¹ 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

³⁰ 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.

³¹ Sentencia 264 de 2023, Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger

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 salud³², se estableció, en reemplazo de los recobros³³, que en el pasado hacían las EPS al FOSYGA para el cobro del suministro de actividades y/o procedimientos por fuera de lo que hoy se conoce como PBS, un sistema de techos o presupuestos máximos en cabeza de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, que se encarga de hacer presupuestos máximos por anticipado para que las EPS garanticen a sus afiliados la prestación de servicios y tecnologías, servicios complementarios o excluidos expresamente del PBS, que no están financiados por la UPC”

En virtud de lo expuesto, la Sala confirmará la orden dada a la NUEVA E.P.S. en el sentido de suministrar el servicio de *cuidador 12 horas* y garantizar el tratamiento integral a la señora CECILIA JAIMES DELGADO que originaron la presente acción de amparo; y negará lo concerniente a la solicitud de recobro elevada por la accionada.

5. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR las órdenes emitidas a la NUEVA E.P.S. en el sentido de suministrar el servicio de *cuidador 12 horas* y garantizar el tratamiento integral a la señora CECILIA JAIMES DELGADO frente a los diagnósticos que originaron la presente acción.

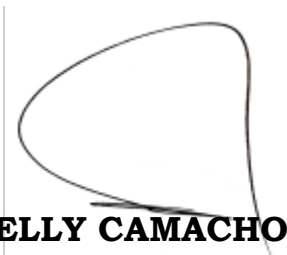
³² En la actualidad, el Sistema de Seguridad Social en Salud prevé tres mecanismos de financiación para el suministro de servicios y tecnologías en salud, entre ellos se tienen los siguientes: a) Unidad de pago por capitación -UPC-, Presupuestos máximos y servicios y tecnologías en salud no financiados con recursos de la UPC y del presupuesto máximo.

³³ El mecanismo de recobros sigue usándose en casos muy excepcionales, 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.

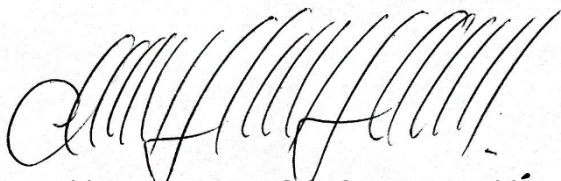
SEGUNDO: NEGAR la solicitud de recobro elevada por la NUEVA E.P.S.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada

(en comisión de servicios)
LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada