

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.0636

Proceso:	Acción de tutela 2° Instancia
Radicado:	81736318400120230056101 Enlace Link
Accionante:	José Abel Correa Monterrey como agente oficioso de Ana del Carmen Calderón Monterrey
Accionado:	NUEVA E.P.S.
Derechos invocados:	Salud, vida, dignidad humana e integridad física
Asunto:	Sentencia

Sent. No.0144

Arauca (A), primero (1º) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

1. Objeto de la decisión

Decidir la impugnación presentada por NUEVA EPS S.A. contra la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2023 por el JUZGADO PROMISCO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SARAVERENA¹.

2. Antecedentes

2.1. Del escrito de tutela²

El agente oficioso³ de la señora ANA DEL CARMEN CALDERÓN MONTERREY, de 91 años de edad diagnosticada con *COXARTROSIS, NO ESPECIFICADA, DEMENCIA NO ESPECIFICADA, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, DEMENCIA NO ESPECIFICADA, LUMBAGO CON CIATICA, HIPERTENSION ESENCIAL PRIMARIA, DIABETES MELLITUS NO INSULINO DEPENDIENTE, GONARTROSIS NO ESPECIFICADA*, y dependencia severa

¹ Gerardo Ballesteros Gómez - Juez

² 8 de septiembre de 2023

³ José Abel Correo Monterrey

<<según escala de Barthel puntaje 30>>, promueve acción de tutela contra la NUEVA E.P.S., porque el 31 de julio de 2023 su galeno tratante ordenó el servicio de cuidador 12 horas por un (1) mes, pero “transcurrido más de un mes desde la radicación de la historia clínica y las órdenes médicas, la EPS indica que no es posible la autorización del servicio toda vez que no se encuentra bajo orden judicial”⁴, en virtud de lo cual estima que la entidad transgrede los derechos fundamentales a la salud, vida, dignidad humana e integridad física de la paciente.

Por lo anterior, solicita al juez constitucional el amparo de sus garantías *iusfundamentales*, y ordenar a la accionada autorizar y garantizar el servicio descrito junto con el tratamiento integral.

Adjunta:

- Copia de cédula del agente oficioso
- Copia de cédula de la agenciada
- I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S. – Historia clínica de la paciente, del 31 de julio de 2023, **concepto del profesional para continuar el tratamiento:** “paciente en mención le fue aplicado el índice de Barthel dando como resultado 35 puntos. Dichos diagnósticos <<Coxartrosis – Demencia no especificada>> le generaron al paciente efectos, consecuencias y/o secuelas de trastornos de movilidad, que lo llevaron a necesitar ayuda por un tercero para la realización de las siguientes actividades: alimentación, vestirse, aseo personal, traslado de silla a cama, deposiciones control anal, actividades de bajo, subir y bajar escaleras, manejo de inodoro o retrete, deambulaci3n – traslado. De acuerdo a lo mencionado anteriormente, se certifica que el paciente presenta una dependencia funcional SEVERA, continúa en programa PAD; **plan:** PROGRAMA PAD PAQUETE CON TERAPIA FÍSICA – VALORACIÓN POR TRABAJO SOCIAL – CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS – SEGUIMIENTO POR MEDICINA INTERNA – CONTROL CON MÉDICO DOMICILIARIO EN 1 MES:

Fecha de digitalización 31/07/2023 21:17:00 Profesional NARLY JOHANA PIMIENTO CRUZ

Código	Servicio solicitado	Cant. días	Cant. mes	Justificación
890109	ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA POR TRABAJO SOCIAL	1	1	PACIENTE CON DEPENDENCIA TOTAL, QUE REQUIERE VALORACION PARA EVALUACION PSICOSOCIAL, BUSQUEDA DE RED DE APOYO
ADD199	SERVICIO CUIDADOR 12 HORAS	1	1	PACIENTE CON DEPENDENCIA TOTAL, SE INDICA CUIDADOR DOMICILIARIO PARA APOYO DE SUS ACTIVIDADES DIARIAS
E985111	PAQUETE DE ATENCION DOMICILIARIA A PACIENTE CRONICO CON TERAPIAS	1	1	SE ACTIVA PAQUETE DE CRONICOS CON TERAPIA FISICA #12

- Escala de Barthel de la señora ANA DEL CARMEN CALDERÓN MONTERREY, PUNTAJE 30- DEPENDENCIA SEVERA.

⁴ Cfr. Hecho cuarto del escrito tutelar.

2.2. Trámite procesal

Admitido el escrito tutelar⁵, el *a quo* concede (2) días a NUEVA E.P.S., a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA - UAESA, y a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, para rendir informe de conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

2.3. Respuestas

Nueva E.P.S.⁶

Informa que la señora ANA DEL CARMEN CALDERÓN MONTERREY se encuentra activa en asegurabilidad y pertinencia al régimen subsidiado del SGSSS desde el 10 de agosto de 2021.

Señala que es responsabilidad del usuario radicar las órdenes medicas e historias clínicas de los servicios que requieran autorización acorde al plan de manejo dado por los profesionales tratantes, aunado a que, *“no se evidencian órdenes médicas recientes de galenos adscritos a la Red de Prestadores”*⁷

Afirma que es responsabilidad del núcleo familiar brindar el servicio de cuidador -12 horas, y que, excepcionalmente la EPS atiende éste servicio, siempre y cuando verifique (i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y (ii) el servicio de cuidador y no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, trasladando la obligación al Estado de suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas 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 futuros e inciertos, de los cuales no hay certeza de su ocurrencia y podrían constituir servicios que no son competencia de la EPS.

⁵ Auto del 8 de septiembre de 2023.

⁶ 12 de septiembre de 2023

⁷Escrito de respuesta, folio 5.

De forma subsidiaria, en caso de amparar los derechos fundamentales invocados, solicita: 1) ordenar una valoración previa a cargo de los galenos adscritos dentro de la red de servicios contratada, y 2) adicionar en la parte resolutive del fallo la orden al ADRES para que reembolse los gastos en que incurra NUEVA E.P.S. en cumplimiento del fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de ese tipo de insumos.

Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca –UAESA⁸

Señala que la competencia para autorizar y garantizar la atención en salud corresponde a la EPS donde el paciente se encuentre afiliado, en este caso, la NUEVA E.P.S.

Por lo anterior, asegura que esa entidad no es sujeto pasivo llamado a cumplir con lo solicitado en la acción de tutela. En consecuencia, solicita sea desvinculada del presente trámite.

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES⁹

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.

2.4. Decisión impugnada¹⁰

El 21 de septiembre de 2023, el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SARAVERENA profirió fallo tutelar en los siguientes términos:

*“PRIMERO. - **AMPARAR** el derecho fundamental a la Salud, a la vida, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana invocados en la presente acción de tutela propuesta en favor de la señora **ANA DEL CARMEN CALDERON MONTERREY**, identificado con cédula de ciudadanía número 27.881.836, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

⁸ 11 de septiembre de 2023.

⁹ 8 de septiembre de 2023.

¹⁰ Sentencia No. 0474.

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, **AUTORICE Y/O SUMINISTRE** a la señora ANA DEL CARMEN MONTERREY, el servicio de **SERVICIO DE CUIDADOR 12 HORAS POR UN MES**, con ocasión de las patologías que padece de COXARTROSIS NO ESPECIFICADA, DEMENCIA NO ESPECIFICADA, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, DEMENCIA NO ESPECIFICADA, LUMBAGO CON CIATICA, HIPERTENSION ESENCIAL PRIMARIA, DIABETES MELLITUS NO INSULINODEPENDIENTE, GONARTROSIS NO ESPECIFICADA tal y como lo ordena el médico tratante, advirtiendo que se debe hacer el acompañamiento al/la paciente para que efectivamente se le presten los servicios de salud ordenados y requeridos 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 transferido 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.

CUARTO.- **NOTIFICAR** esta providencia a todos los interesados, en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 y 5 del Decreto 306 de 1992.

QUINTO.- Contra la presente decisión, procede la **IMPUGNACIÓN** presentada dentro de los tres días siguientes a su notificación.

SEXTO.- A costa de la parte interesada expídase fotocopias auténticas de la presente sentencia.

SEPTIMO.- Si no fuere impugnada esta decisión, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme lo ordena el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

OCTAVO.- **EXCLUIDA DE REVISIÓN**, previas las anotaciones de rigor, **ARCHÍVENSE** estas diligencias.”

Frente a la prestación del servicio de cuidador 12 horas por un mes, encontró que la señora ANA DEL CARMEN CALDERÓN MONTERREY padece una condición de “dependencia severa” que requiere atenciones indispensables que pueden llegar a tener injerencia en su estado de salud, en razón a las patologías que padece y a su avanzada edad (91 años), además, que al pertenecer al régimen subsidiado del SGSSS, no está en condiciones de asumir los gastos que generan la contratación de un cuidador, servicio que fue ordenado por su médico tratante. En virtud de

lo cual, accedió a la pretensión y ordenó se autorice el servicio respetando el principio de integralidad.

Por otra parte, en cuanto a la solicitud de recobro de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios en Salud, recordó que a partir de las resoluciones 205 y 206 de 2020 se fijaron los presupuestos máximos para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, por lo que estos servicios deben ser suministrados sin que para ello deba autorizarse el recobro.

2.5. La impugnación¹¹

Pide revocar por improcedente el tratamiento integral, porque a su juicio, la entidad garantizó la integralidad del servicio de acuerdo con las necesidades médicas de la afiliada, según prescripción médica, por lo que acceder a la solicitud de atención integral frente a servicios no prescritos excede el alcance de la acción de tutela, ya que se trata de una protección de derechos a futuro que aún no han sido causados. Sostiene además, que la negación o desatención de un solo servicio no es justificante para presumir incumplimiento frente a nuevas solicitudes que realice el afiliado.

También reprocha que el *a quo* niega la posibilidad de facultar a la entidad el reembolso de aquellos gastos en que incurra en cumplimiento del fallo de tutela y que sobrepase el presupuesto máximo asignado para la cobertura de los insumos ordenados, lo anterior, en virtud de lo dispuesto en la Resolución 1139 de 2022. Además, señala que la E.P.S. debe asumir la prestación del servicio NO PBS, por tanto, la entidad tiene legítimo derecho de poder recuperar el costo económico derivado de la prestación, ya que asumir lo contrario sería asumir un pasivo que iría en detrimento del equilibrio financiero que debe mantenerse en la relación E.P.S. – ESTADO.

En suma, solicita: *i)* revocar por improcedente el fallo de primera instancia contra NUEVA E.P.S., respecto a la orden de tratamiento integral, y *ii)* adicionar a la parte resolutive del fallo la orden a la ADRES del reembolso de los gastos en que incurra la entidad en cumplimiento de la providencia judicial y que sobrepase el presupuesto máximo asignado para la cobertura de ese tipo de insumos.

¹¹ 27 de septiembre de 2023.

2.6. Prueba de instancia practicada

El Despacho ponente contactó telefónicamente a la señora ROSALBA MONTERREY, hija de la agenciada A.C.C.M., quien informó que su madre reside en la vivienda de ANA DEL CARMEN MONTERREY <<también hija de la paciente>>, ubicada en el asentamiento informal “La Cumbre” del municipio de Saravena, donde permanece postrada en precarias condiciones de subsistencia, comoquiera que vive “*en una carpa de lona con piso de tierra*”, recibe subsidio al adulto mayor por valor de 80.000 pesos mensuales, carece de otros ingresos económicos y depende principalmente de los aportes esporádicos que sus familiares cercanos logran proveer.

Afirma que visitó a su madre 15 días atrás y no evidenció que el servicio de cuidador aún haya sido provisto por la EPS accionada.

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 controvertida.

3.2. 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 1992¹², compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015¹³ señala que en el fallo de tutela el Juez deberá señalar el derecho constitucional fundamental tutelado, citar el precepto constitucional que

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

¹³ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

lo consagra, y precisar en qué consiste, la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto.

3.3. Procedencia de la acción de tutela

Conforme a la jurisprudencia constitucional 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.¹⁴

Legitimación en la causa por activa y por pasiva

El artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, dan cuenta que toda persona puede ejercer el recurso de amparo, pudiendo impetrarse, así: “(i) en forma directa, (ii) por intermedio de un representante legal (caso de los menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y personas jurídicas), (iii) mediante apoderado judicial (abogado titulado con poder o mandato expreso) o (iv) **a través de agente oficioso (cuando el titular del derecho no está en condiciones de promover su propia defensa).**”¹⁵

En el caso que nos ocupa, el requisito de la legitimación en la causa se encuentra superado, habida cuenta de que el señor JOSÉ ABEL CORREA MONTERREY actúa como agente oficioso de ANA DEL CARMEN CALDERÓN MONTERREY, en pro de la defensa de sus derechos fundamentales, y dirige la acción en contra de la Empresa Promotora de Salud NUEVA E.P.S, UAESA y ADRES, entidades responsables de garantizar los servicios de salud requeridos.

Inmediatez

En relación con el requisito de inmediatez, La Corte Constitucional ha considerado que el juez constitucional está obligado a valorar las circunstancias de cada caso con el fin de evaluar la razonabilidad del lapso que transcurre entre la situación que origina la afectación de los derechos y la presentación de la acción de tutela. Por tanto, siendo la tutela un mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales, no tendría sentido que el afectado no demandara con razonable prontitud la vulneración de sus derechos.¹⁶

Siendo así, se encuentra acreditado este ítem del examen de procedibilidad, ya que el servicio de cuidador 12 horas por un (1) mes, fue prescrito el 31 de julio de 2023 y ante la demora en autorizar por parte de

¹⁴ Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

¹⁵ Sentencia T-776 de 2011 Corte Constitucional.

¹⁶ Sentencia T-281 de 2016 Corte Constitucional de Colombia

la EPS, acudió a la solicitud de amparo constitucional el 8 de septiembre hogaño, por lo tanto, transcurrió un lapso de 39 días, lo que se estima un tiempo razonable.

Subsidiariedad

Conforme a la jurisprudencia constitucional¹⁷, 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.”¹⁸

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.”¹⁹

Ahora bien, la Corte Constitucional 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 salud²⁰. De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,²¹ la Sala estableció, 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.

Bajo lo anteriormente expuesto, se torna procedente la presente acción, ante la ineficiencia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la Superintendencia Nacional De Salud²².

¹⁷ Sentencia T-122 de 2021.

¹⁸ Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ver 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.

²¹ Sentencia T-224 DE 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo.

²² 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 aquellas expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

4. Problema Jurídico

Determinar si resulta acertada o no la decisión del Juzgado de primera instancia al ordenar a NUEVA E.P.S. el suministro de tratamiento integral a la señora ANA DEL CARMEN CALDERÓN MONTERREY, con ocasión a las patologías COXARTROSIS, NO ESPECIFICADA, DEMENCIA NO ESPECIFICADA, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, DEMENCIA NO ESPECIFICADA, LUMBAGO CON CIATICA, HIPERTENSION ESENCIAL PRIMARIA, DIABETES MELLITUS NO INSULINODEPENDIENTE, GONARTROSIS NO ESPECIFICADA.

Igualmente, resolver acerca de la procedencia de ordenar al ADRES el reembolso de los gastos en que incurra NUEVA EPS en el cumplimiento del fallo de tutela.

5. Examen del caso

Ocupa a la Sala la acción de tutela formulada en defensa de los derechos constitucionales a la vida, salud y dignidad humana de la señora ANA DEL CARMEN CALDERÓN MONTERREY, adulta mayor afiliada al régimen subsidiado de la NUEVA E.P.S. a quien la empresa promotora negó la autorización y suministro del servicio de cuidador 12 horas por un (1) mes, prescrito el 31 de julio de 2023 por galeno adscrito a la I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA con ocasión a sus diagnósticos M169 COXARTROSIS, NO ESPECIFICADA, y F03X DEMENCIA, NO ESPECIFICADA, e índice de Barthel 30 (dependencia severa); razón por la cual, el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SARAVERENA, dispuso (i) amparar los derechos fundamentales al a Salud, a la vida, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, y (ii) ordenar a la E.P.S. que autorice y/o suministre, “**respetando en todo momento el principio de integralidad**”, el servicio previamente denegado a su afiliada.

Por su parte, la NUEVA E.P.S. una vez notificada, reafirmó su negativa en suministrar el servicio ordenado por el galeno adscrito a su red externa de prestadores, al señalar que no existe *lex artis* que disponga la necesidad del servicio, y que en caso de requerirse, corresponde al núcleo familiar garantizar acompañamiento a la paciente, especialmente, porque no probó la imposibilidad material que permite trasladar tal carga excepcional a la aseguradora de salud; y una vez proferida la sentencia de primera instancia, pidió revocar únicamente por improcedente la orden de tratamiento integral, al considerar que la negación o desatención de un solo servicio no es justificante para

presumir incumplimiento frente a nuevas solicitudes que realice el afiliado y dictar órdenes judiciales frente a servicios futuros e inciertos que no han sido prescritos por los galenos tratantes.

Ante tal escenario, corresponde a la Sala determinar si la decisión de primer nivel resultó acertada al otorgar el tratamiento integral y abstenerse de pronunciarse sobre la facultad de recobro, o por el contrario se encuentra alguna circunstancia que merezca revocar, modificar y/o adicionar algún aspecto de la parte resolutive del mismo.

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”*.

Aunado a lo anterior, la Corte ha establecido que *“Uno de los elementos esenciales del principio de integralidad del servicio de salud es la garantía de su prestación sin interrupciones y es por ello que el legislador estatutario estableció el principio de continuidad, como el derecho a recibir los servicios de salud de manera continua, y “una vez la provisión de un servicio ha sido prescrito, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas.”* y que tales preceptos toman especial relevancia en los casos de atención domiciliaria al adulto mayor²³, pues *“como sujetos de especial protección constitucional, tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta.”*, y además, ha resaltado, que en presencia de *“adultos mayores entre los mayores”*, como es el caso de la agenciada, persona de la tercera edad que supera los 91 años, *“son sujetos de especialísima protección constitucional y por lo tanto de acuerdo con el legislador estatutario “... su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.”* Estos adultos mayores entre los mayores, presentan una mayor vulnerabilidad que se evidencia en la fragilidad y deterioro continuo de su cuerpo y su salud, por lo que el Estado está en la responsabilidad de cuidar y proteger para brindarles un entorno digno y seguro en sus últimos años de vida.”²⁴

Coherente con lo anterior, 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:

²³ Sentencia T-015 de 2021, M.P. Diana Fajardo Rivera.

²⁴ *Idem*.

“ (...) 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”

Siendo así, contrastados los fundamentos fácticos y probatorios obrantes, 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. Lo anterior es corroborado del certificado de dependencia funcional emitido por la Dra. MARLY JOHANA PIMIENTO CRUZ, quien consignó que las *“consecuencias y/o secuelas de COXARTROSIS, DEMENCIA la llevaron a necesitar de ayuda 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, DEAMBULACIÓN-TRASLADO”*. y en consecuencia, desde el 31 de julio de 2023, fue determinado por un profesional de la salud la necesidad de proveer el servicio de cuidador 12 horas por un (1) mes, según la historia clínica No. 27881836 expedida por la misma IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA, que refuta directamente los argumentos expuestos por la E.P.S. con el ánimo de establecer que no existe prescripción médica *“reciente y de un galeno adscrito a su red de prestadores”* que ordene el servicio descrito.

Frente a tal contexto, no existe justificación para que, la nonagenaria CALDERÓN MONTERREY no sea provista de forma oportuna e ininterrumpida del servicio prescrito hace más de 3 meses, pues fue la misma entidad accionada quien indicó que, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario verificar si el paciente requiere el servicio de cuidador (*lex artis*) y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, de suerte

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.*

que, atinó el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE SARAVERENA al ordenar 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.

Así pues, desestimó la empresa promotora de salud que dentro de la categoría de sujetos de especial protección constitucional, en desarrollo de los artículos 46²⁷, 48²⁸ y 49²⁹ 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 colectivos³⁰. 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”

Frente a este aspecto, proliferada es la jurisprudencia que ha determinado la necesidad de adoptar medidas de protección afirmativas en favor de los sujetos de especial protección constitucional, como lo son las personas de la tercera edad³¹, quienes afrontan múltiples debilidades para desarrollar ciertas actividades y como consecuencia de ello, resultan inmersas en situaciones de exclusión en el ámbito

²⁷ 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.”

²⁸ ARTÍCULO 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 (...).”

²⁹ ARTÍCULO 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 (...).”

³⁰ Corte Constitucional, sentencia T- 252 de 2017 (M.P (e) Iván Humberto Escrucera Mayolo).

³¹ 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”.

económico, social y cultural. De manera que, es necesario suprimir todas las barreras para garantizar la igualdad material de esa población³². En esta línea, 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”.**³³ 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”.³⁴

Nótese además, que la agenciada de este trámite constitucional se encuentra supeditada a un estadio de pobreza multidimensional que trasciende de la esfera económica, e irradia variadas esferas del bienestar, como el acceso a servicios públicos, vivienda adecuada, alimentación, recreación, entre otros aspectos intrínsecamente ligados a una vida digna, quien de ser sometida a cargas de índole administrativa, aúna la ya marcada desigualdad material proscrita por el Estado Social y Democrático de Derecho; no obstante, NUEVA E.P.S. exhibió su negligencia en materializar el suministro efectivo del servicio solicitado, incluso después de notificada del trámite tutelar, 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.”

³² Ver al respecto sentencias T-252 de 2017, M.P. Iván Escrucera Mayolo; y T-339 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³³ Constitución Política. Artículo 46.

³⁴ Constitución Política. Artículo 47.

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”.

En consonancia, importante resulta precisar que la entidad demandada con su comportamiento omisivo frente a la atención en salud requerida por la usuaria, también 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”.

Así pues, 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 Constitucional³⁵ 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”.

Además, la ley 1276 del 5 de enero de 2009³⁶, 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”.**

En conclusión, el derecho a la salud en virtud del principio de dignidad y de conformidad con la integralidad y continuidad involucra que deben

³⁵ 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.

³⁶ 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

otorgarse todas las medidas y servicios necesarios que hagan posible lograr el más alto nivel de salud, lo que incluye un adecuada valoración³⁷ 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.

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

Cuestión final

Frente a la extinta facultad de recobro ante la ADRES, reitera la Sala el tenor del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019³⁸ por medio del cual se estableció el mecanismo de los presupuestos máximos a través del cual se asigna un presupuesto anual a las EPS, que es transferido por la ADRES para que las entidades promotoras de salud garanticen a sus afiliados la prestación de servicios y tecnologías no financiados con los recursos de la Unidad de Pago por Capitación – UPC, metodología según la cual los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente eran objeto de recobro ante la Administradora de los Recursos quedaron a cargo absoluto de las E.P.S., de manera que no accederá a solicitud de adicionar la orden de reembolso por los gastos incurridos en el cumplimiento del fallo de tutela.

En virtud de las consideraciones expuestas, será confirmado en su totalidad el fallo impugnado.

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,

³⁷ 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.

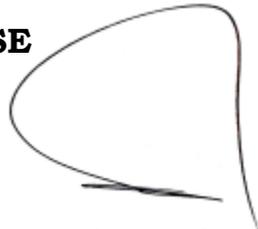
³⁸ Por su parte, de conformidad con el artículo 4 de la Resolución 2067 de 2020, en concordancia con lo previsto en el artículo 14 de la Resolución 205 de 2020, durante los primeros días de cada mes, la ADRES realizará el giro a las EPS y EOC de los recursos que por concepto de presupuesto máximo les corresponda, con la finalidad de garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios y tecnologías en salud no financiados con la UPC que se presten a partir del 1° de marzo de 2020.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SARAVERENA el 21 de septiembre de 2023, por las razones expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada