

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.0102

Proceso:	Acción de tutela 2° Instancia
Radicado:	81736318400120230081201 Enlace Link
Accionante:	Luz Emilsen Díaz rubio a favor de J.J. Diaz Contreras
Accionado:	NUEVA E.P.S.
Derechos invocados:	Salud, vida, dignidad humana e integridad física
Asunto:	Sentencia

Sent. No.0021

Arauca (A), doce (12) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

1. Objeto de la decisión

Decidir la impugnación presentada por NUEVA EPS S.A. contra la sentencia que el 22 de diciembre de 2023 profirió el JUZGADO PROMISCO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SARAVERENA (A)¹

2. Antecedentes

2.1. Del escrito de tutela²

La agente oficiosa LIZ EMILSEN DÍAZ RUBIO acude en procura de la defensa de los derechos fundamentales a la salud, dignidad humana y seguridad social de su señor padre JOSÉ DE JESÚS DÍAZ CONTRERAS <<89 años de edad>>, presuntamente vulnerados porque la NUEVA E.P.S niega el servicio de *cuidador domiciliario 12 horas* que desde el 10 de

¹ Gerardo Ballesteros Gómez, Juez.

² 14 de diciembre de 2023.

noviembre de 2023 un galeno adscrito a la I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA prescribió como parte del Plan de Manejo de Ingreso a PAD, raíz de su discapacidad múltiples y anotados diagnósticos de *dislipemia, enfermedad de Parkinson, enfermedad arterial obstructiva severa de miembros inferiores, persistente limitación funcional, osteosíntesis de fémur proximal izquierdo.*

Solicita al juez constitucional restablecer las prerrogativas presuntamente vulneradas y conceder el amparo integral.

Adjunta:

- Hospital del Sarare E.S.E. – récord de consulta externa de medicina interna.
- Nueva EPS – Copia de la negativa a suministrar el servicio porque “no cuenta con fallo judicial”
- I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA – Historia Clínica y plan de manejo, del 10 de noviembre de 2023; incluye cuidador domiciliario 12 horas.
- I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA – Plan de Manejo ingreso a PAD; incluye cuidador domiciliario por 12 horas.

AD0199 Servicio cuidador 12 horas

1- aseo e higiene personal. 2- cambios de posición. 3. hidratación de la piel
 4- asistencia en las comidas. 5- deambulación asistida. 6- mantener la limpieza de su entorno. 7. realizar actividades anti escara como cambios de posición cada dos horas, es servicio de cuidador domiciliario 12 h día para un mes paciente valorado por trabajo social y medicina general con solicitud de trabajo social

- Certificado de discapacidad:

c. CATEGORIA DE DISCAPACIDAD				d. NIVEL DE DIFICULTAD EN EL DESEMPEÑO	
Física	SI	X	NO	Dominio	Puntaje
Visual	SI	X	NO	Cognición	58.33
Auditiva	SI	X	NO	Movilidad	90.00
Intelectual	SI		NO	Cuidado Personal	81.25
Psicosocial (Mental)	SI		NO	Relaciones	60.00
Sordoceguera	SI		NO	Actividades de la Vida Diaria	100.00
Múltiple	SI	X	NO	Participación	50.00

2.2. Trámite procesal

Admitido el escrito tutelar³, el *a quo* concede a NUEVA E.P.S, U.A.E.S.A. (2) días para rendir informe de conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

³ 14 de diciembre de 2023.

2.3. Respuestas

2.3.1. Nueva E.P.S.⁴

Informa que el usuario JOSÉ DE JESÚS DIAZ CONTRERAS afiliado al régimen subsidiado del SGSSS – Sisbén A1, recibe atención en el Hospital del Sarare E.S.E. desde el 30 de diciembre de 2019

DIAZ CONTRERAS JOSE DE JESUS

Consultas Herramientas Certificado de Incapacidades

CC 2155838 ACTIVO EN RÉGIMEN SUBSIDIADO EN LA EPS Ultimo Periodo Pagado: /

Traslados sa Recobro aportes otras Ctas de Cobro Cotiza Cta de cobro Emplea Solicitudes No Devolucion de Apor
 Incapacidades Hist duplicidad Radicaciones 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
DIAZ	CONTRERAS	JOSE DE JESUS	03/10/1933	Cotizante	M

Dirección de Residencia	Teléfono	Departamento	Municipio
KR 12 NO 19 44 BARRIO LA VILLAS	3203423582	ARAUCA	SARAVENA

DATOS DE LA AFILIACION RÉGIMEN SUBSIDIADO

F. Afil Contr	F. Inicio Sub	F. Final Sub	Categoría	Causal
30/12/2019	30/12/2019	00/00/0000	SISBEN-1	ACTIVO EN RÉGIMEN SUBSIDIADO EN LA EPS

Actual EPS	Total	Estado	Tipo Población Especial Subsidiado
0	26	ACTIVO SUB	VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO

RÉGIMEN: **Subsidiado**

IPS Actual			Causales de Suspensión	
Código	Razón Social	Activa desde	Estado	Causal
8317	SUBSIDIADO-E.S.E. HOSPITAL DEL SARARE	30/11/2019		

Información Adicional

Afiliado sin Empleo activo
 Afiliado Con Atencion Preferencial, Edad 90 Años

Color de Fondo : Afiliados Pte Documentos Afiliados Atencion Especial

Sostiene que el servicio de cuidador 12 horas por 1 mes debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que éste se encuentra materialmente imposibilitado para tal efecto, es obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado. Para ello deben concurrir las siguientes subreglas: (i) exista certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado.

En relación con la imposibilidad material, puntualiza que, “el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio: (i) no cuenta ni con la capacidad física de

⁴ 18 de diciembre de 2023.

prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio”.

Aboga por la improcedencia del tratamiento integral, por cuanto no ha incurrido en un comportamiento omisivo, del que pueda derivarse la presunta vulneración de los derechos fundamentales, máxime que el juez constitucional tiene vedado prejuzgar el incumplimiento de la E.P.S. frente a servicios futuros e inciertos.

Subsidiariamente, en caso de conceder la tutela, ruega adicionar a la parte resolutive del fallo orden a la ADRES para que reembolse a su favor los gastos en que incurra en ocasión al cumplimiento del fallo.

2.3.2. Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca⁵

Refiere que no se encuentra legitimada en la causa, pues su competencia se limita a garantizar la prestación del servicio a población no asegurada y en el presente asunto corresponde a la NUEVA E.P.S. garantizar el tratamiento integral de su afiliado JOSÉ DE JESÚS DÍAZ CONTRERAS.

3. Sentencia de primera instancia

Mediante fallo proferido el 22 de diciembre de 2023, el JUZGADO PROMISCO DE FAMILIA CIRCUITO SARAVERA dispuso:

“PRIMERO. - AMPARAR los derechos fundamentales a la vida y a la salud, invocados en la presente acción de tutela en favor del señor JOSE DE JESUS DIAZ CONTRERAS, identificado Cedula de Ciudadanía No. 2.155.838, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a NUEVA EPS, para que por intermedio de su representante legal y/o quien haga sus veces y dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, SUMINISTRE Y/O AUTORICE, GESTIONE Y/O PROPORCIONE LOS SERVICIOS DE SALUD ORDENADOS tales como ATENCIÓN VISITA DOMICILIARIA POR TERAPIA OCUPACIONAL EN LA CANTIDAD 12 DÍAS 1 MES, SERVICIO CUIDADOR 12 HORAS EN LA CANTIDAD 12 DÍAS 1 MES, PAQUETE DE ATENCIÓN DOMICILIARIA A PACIENTE CRÓNICO CON TERAPIAS EN LA CANTIDAD 1 DÍA 1 MES, que requiere el señor JOSE DE JESUS DIAZ CONTRERAS, respecto de la patología diagnosticada que dio origen a la presente acción constitucional “hipertensión esencial (primaria), diabetes mellitus no insulino dependiente sin mención de complicación, enfermedad cardiorenal hipertensiva no especificada, coxartrosis primaria, bilateral, dispepsia funcional, anemia de tipo no especificado”.

⁵ 15 de diciembre de 2023.

ADVERTIR a NUEVA EPS que 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, conforme a la patología señalada, así como todo otro componente que el médico tratante valore y ordene como necesario para el pleno restablecimiento de su salud, respetando en todo momento el principio de integralidad.”

Como fundamento de su decisión, enfatiza que el servicio de cuidador cuenta con prescripción médica y se justifica la asistencia por las condiciones de dependencia y las diferentes enfermedades que padece el agenciado; nada precisó en relación a los requisitos jurisprudenciales que para el caso concreto permiten desplazar excepcionalmente tal carga a la aseguradora de salud.

Respecto del tratamiento integral considera que, el comportamiento de la E.P.S. es negligente cuando no autoriza los servicios prescritos, colocando en riesgo la salud y vida de la paciente; así mismo, la orden va encaminada a evitar que la titular de los derechos acuda periódicamente a la acción de tutela

4. La impugnación⁶

NUEVA EPS pide revocar el tratamiento integral, porque asegura, garantizó la integralidad de los requerimientos de acuerdo con las necesidades médicas prescritas, sin que existe un comportamiento negligente u omisivo atribuible a la entidad; por lo que, conceder el amparo en tales términos, presume la mala fe en relación a servicios futuros e inciertos que pueden ir en detrimento del equilibrio financiero del sistema.

Subsidiariamente, en caso de confirmar la decisión, insiste en la solicitud de recobro ante la A.D.R.E.S.

5. Consideraciones

5.1. 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.

5.2. 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.

⁶ Fechada 28 de diciembre de 2023.

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 1992⁷, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015⁸ 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.

5.3. 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.*⁹

5.3.1. 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 al señor JOSÉ DE JESÚS DÍAZ CONTRERAS para ejercer su propia defensa; por lo tanto, su hija LUZ EMILSEN DIAZ RUBIO se encuentra legitimada para actuar en calidad de agente oficioso.

5.2. Inmediatez

El artículo 86 de la Constitución Política no trae un término para presentar la acción de tutela, pero la jurisprudencia de la Corte

⁷ Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

⁸ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

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 González Cuervo), T-004 de 2013 (M.P. Mauricio González 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.

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*”¹¹

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 noviembre de 2023, y una vez negada su solicitud, acudió a la acción de tutela el 14 de diciembre del mismo año.

5.3.3. 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 2007¹², 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, puede acudir a la tutela como mecanismo principal, ante la ineficacia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la Superintendencia Nacional de Salud¹³.

6. Problema Jurídico

Determinar si son válidos los argumentos de la NUEVA EPS para negar el suministro de cuidador por 12 horas a la señora JOSÉ DE JESÚS DÍAZ CONTRERAS o si tal omisión deviene en vulneración de los

¹¹ Sentencia T-264 de 2023.

¹² El cual ha sido objeto de modificación, mediante las leyes 1437 de 2011 y 1949 de 2019.

¹³ 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.

derechos fundamentales invocados, y si acertó el *A-quo* al disponer el amparo integral.

7. Supuestos jurídicos

7.1. Los adultos mayores como sujetos de especial protección constitucional¹⁴

Los artículos 13 y 46 de la Constitución Política reconocen como elemento fundamental del Estado Social de Derecho, la necesidad de otorgar una especial protección a ciertos sujetos que, por sus condiciones de manifiesta vulnerabilidad, pueden ver restringidas sus posibilidades en la consecución de una igualdad material ante la Ley. En ese orden, ha considerado la propia jurisprudencia constitucional que los adultos mayores deben ser considerados como sujetos de especial protección constitucional en tanto integran un grupo vulnerable de la sociedad dadas las condiciones físicas, económicas o sociológicas que los diferencian de los otros tipos de colectivos¹⁵.

Sobre el particular, ha estimado este Tribunal que los cambios fisiológicos atados al paso del tiempo pueden representar para quienes se encuentran en un estado de edad avanzada un obstáculo para el ejercicio y la agencia independiente de sus derechos fundamentales en relación con las condiciones en que lo hacen las demás personas¹⁶. Todo esto, ha precisado la jurisprudencia, no supone aceptar que las personas de la tercera edad sean incapaces, sino que, en atención a sus condiciones particulares pueden llegar a experimentar mayores cargas a la hora de ejercer, o reivindicar, sus derechos. Al respecto, señaló la Corte en sentencia T-655 de 2008¹⁷ lo siguiente:

“(...) si bien, no puede confundirse vejez con enfermedad o con pérdida de las capacidades para aportar a la sociedad elementos valiosos de convivencia, tampoco puede perderse de vista que muchas de las personas adultas mayores se enfrentan con el correr de los años a circunstancias de debilidad por causa del deterioro de su salud, motivo por el cual merecen estas personas una protección especial de parte del Estado, de la sociedad y de la familia, tal como lo establece el artículo 46 de la Constitución Nacional”.

Bajo esa línea, resulta imprescindible que el Estado disponga un trato preferencial para las personas mayores con el fin de propender por la

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T- 066 de 2020 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, M.P. Alberto Rojas Ríos).

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T- 252 de 2017 (M.P. (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo).

¹⁶ Corte Constitucional, ssentencias T- 282 de 2008 (M.P. Mauricio González Cuervo), T- 252 de 2017 (M.P. (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo).

¹⁷ M.P. Humberto Sierra Porto.

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, generando espacios de participación en los que dichos sujetos puedan sentirse incluidos dentro de la sociedad y puedan valorarse sus contribuciones a la misma. En palabras de la Corte:

“(...) la tercera edad aparece ciertos riesgos de carácter especial que se ciernen sobre la salud de las personas y que deben ser considerados por el Estado Social de Derecho con el fin de brindar una protección integral del derecho a la salud, que en tal contexto constituye un derecho fundamental autónomo”.

Por tales razones, la Corte reitera que los adultos mayores no pueden ser discriminados ni marginados en razón de su edad, pues además de transgredir sus derechos fundamentales, se priva a la sociedad de contar con su experiencia de manera enriquecedora”¹⁸.

Ahora bien, cabe destacar que mediante numerosos pronunciamientos en la materia, esta Corporación ha hecho especial hincapié en que la condición de sujetos de especial protección constitucional en lo que respecta a los adultos mayores adquiere mayor relevancia cuando: (i) los reclamos se hacen en el plano de la dignidad humana, o (ii) está presuntamente afectada su *“subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital entre otros¹⁹*. Así, les corresponde a las autoridades y, particularmente, al juez constitucional obrar con especial diligencia cuando se trate de este tipo de personas, pues, en atención a sus condiciones de debilidad manifiesta, resulta imperativo aplicar criterios eminentemente protectivos a favor de las mismas²⁰.

Lo anterior, aseguró esta Corporación mediante sentencia T-252 de 2017 *hará posible que los adultos mayores “(...) dejen de experimentar situaciones de marginación y carencia de poder en los espacios que los afectan. Ello debe verse como un resultado de la materialización del artículo 46º de la Constitución y de los deberes de solidaridad que se encuentran en cabeza del Estado, las familias y los ciudadanos, responsables de suplir las necesidades que adquieren los adultos mayores por el paso natural de los años”.* En este orden, insistió la Corte mediante la aludida providencia que las instituciones deben procurar *“(...) maximizar la calidad de vida de estas personas, incluyéndolas en el tejido social y otorgándoles un trato preferencial en todos los frentes. Conforme a lo expuesto, el ordenamiento jurídico interno e internacional se han venido adaptando para dar mayor participación a los*

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T- 252 de 2017 (M.P (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo).

¹⁹ Corte Constitucional sentencia C-177 de 2016 (M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-1178 de 2008 (M.P Humberto Sierra Porto).

miembros de este grupo especial y crear medidas de discriminación positiva en su beneficio

7.2. 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 dependiente²¹ y, (iv) brindan un apoyo emocional al sujeto por el que velan²²*”.

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”²³*.”

Seguidamente, en la sentencia T-017 de 2021, recopiló los requisitos desarrollados por la jurisprudencia constitucional para que sea la EPS, como excepción a la regla, la responsable de cubrir el servicio de cuidador en un segundo nivel de solidaridad, a falta de la familia, ellos son: “*(i) que exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y (ii) que la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo”²⁴*.”

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*

²¹ 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;

²² Corte Constitucional, sentencia T-154 de 2014

²³ Corte Constitucional, sentencia T-260 de 2020.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-017 de 2021. Ver entre otras, las sentencias T-414 de 2016, T-065 y T-458 de 2018.

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”²⁵.

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”.*

8. Examen del caso

Pretende la NUEVA E.P.S., la revocatoria del amparo integral en salud concedido al señor JOSÉ DE JESÚS DÍAZ CONTRERAS, pues considera que no es su responsabilidad asumir los costos de la atención de *“cuidador 12 horas”* porque este servicios se encuentra excluido de la financiación con recursos del SGSS, y en tal caso es el núcleo familiar quien debe garantizarlo, a menos que se pruebe la imposibilidad material de hacerlo y justifique trasladar tal carga excepcional a la aseguradora de salud y por tanto asegura, máxime que no se demostró un actuar negligente atribuible a la entidad promotora, por la cual conceder tal protección protege derechos futuros e inciertos ajenos a la órbita de competencias atribuidas a las aseguradoras de salud.

Bajo este marco conceptual, la Sala anuncia desde ya la confirmación de la decisión impugnada, ya que contrastados los fundamentos fácticos con la documental obrante, queda probado que la entidad demandada NUEVA E.P.S. conoce el estado de discapacidad múltiple y

²⁵ *Ibidem.*

diagnósticos detentados por su afiliado el señor DÍAZ CONTRERAS <<prostatis crónica, dislipdemia, parkinson, ceguera del ojo derecho, hipocusia bilateral, obstrucción arterial crónica severa, limitación funcional, rezagos de cirugía vascular>>; y que a sabiendas de la necesidad de la atención domiciliaria ordenada desde el 10 de noviembre de 2023 por un galeno tratante de su red prestadora adscrita I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA y constatado con la visita de valoración psicosocial mensual -dispuesta dentro del PAD- que advirtió deficiencias en la red de apoyo²⁶, lo negó, trasladando la carga a la administración de justicia²⁷ para que a través de la acción de tutela la obligue a cumplir su obligación que conforme a su respuesta debe asumir; comportamiento que desconoce la jurisprudencia constitucional vigente que trata acerca del 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”²⁸

Adicionalmente, la empresa promotora demandada reconoció durante todo el trámite tutelar que extraordinariamente prestaría este servicio siempre y cuando concurren los criterios jurisprudenciales, esto es, (i) una orden proferida por el profesional de la salud²⁹, y (ii) en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido, motivo por el cual, la negativa de la E.P.S. vulneró los derechos fundamentales a la salud y vida digna al agenciada y además resulta correcta la orden proferida en primera instancia frente al tratamiento integral.

²⁶ Notas de evolución, concepto del profesional para continuar tratamiento, análisis subjetivo de visita social; anexos de tutela, folio 15.

²⁷ Anexos de tutela, folio 7:

NUEVA EPS S.A. Le informa que esta solicitud ha sido devuelta por:
32-PROBLEMAS DE PERTINENCIA EN EL SUMINISTRO DE LA NO CUENTA CON FALLOS JURIDICOS QUE OTORGAN EL SERV
CUIDADOR NO APLICA UPC

²⁸ Corte Constitucional. Sala segunda de revisión. Sentencia t-012 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera.

²⁹ Anexos de tutela, folios 8, 10 y 11.

En consecuencia, probado está que **(i)** NUEVA E.P.S. exhibió su negligencia en materializar el suministro efectivo del servicio solicitado e ignoró las recomendaciones médicas, lo cual constituye una barrera injustificada al acceso efectivo a los servicios de salud; además colocó en riesgo la salud física y emocional del agenciado, quien es **(ii)** sujeto de especial protección constitucional, no sólo por sus múltiples padecimientos de connotación ruinosa, sino también por su condición etaria de conformidad con lo expuesto en el acápite 7.1. *ut supra*, motivos por los cuales no está obligado a soportar la interrupción del servicio de salud, sino a llevar una vida en condiciones dignas y justas, en tanto, contrarió el 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.³⁰

Concomitante a lo anterior, **(ii)** existe claridad en relación a los padecimientos del paciente, como los servicios o tecnologías en salud que requerirá en el futuro para paliar sus diagnósticos, frente a las cuales es menester evitar que nuevamente la E.P.S. supedite el reconocimiento de las necesidades médicas a la existencia de un mandato judicial o lo retrase al exigir el cumplimiento de rituales administrativos, pues el principio de continuidad en el servicio de salud reviste una especial importancia *“debido a que favorece el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos de forma completa. Lo anterior, en procura de que tales servicios no sean interrumpidos por razones administrativas, jurídicas o financieras. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia constitucional desapruueban las limitaciones injustas, arbitrarias y desproporcionadas de las EPS que afectan la conservación o restablecimiento de la salud de los usuarios”*; en tanto no debe sufrir interrupciones y ser tratado oportunamente.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. SALA OCTAVA DE REVISION. Sentencia T-513 de 2020. M.P. DR. JOSE FERNANDO REYES CUARTAS.

En consecuencia, sí concurren los requisitos que la jurisprudencia contempla, tales como: *“(i) que existan las prescripciones emitidas por el médico, el diagnóstico del paciente y los servicios requeridos para su atención; (ii) la EPS actúe con negligencia en la prestación del servicio, procedido en forma dilatoria y haya programado los mismos fuera de un término razonable; y (iii) con ello, la EPS haya puesto en riesgo al paciente, al prolongar “su sufrimiento físico o emocional, y genera[r] (...) complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte”. (iv) se trata de un sujeto de especial protección constitucional; y precisamente, tales fundamentos de hecho y derecho, llevaron al JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SARAVERENA a ordenar la prestación del servicio de cuidador respetando en todo momento el principio de integralidad, pues actuó negligentemente la EPS accionada al desconocer el cumplimiento de las decantadas reglas jurisprudenciales para acceder al mismo: (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.*

En este orden de ideas, el derecho a la salud en virtud del principio de dignidad y de conformidad con la integralidad y continuidad involucra que deben otorgarse todas las medidas y servicios necesarios que hagan posible lograr el más alto nivel de salud, lo que incluye un adecuada prestación del servicio³¹ que facilite 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.

Finalmente, frente a la extinta facultad de recobro ante la ADRES, reitera la Sala el tenor del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019³² 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.

³¹ 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.

³² 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.

En virtud de las consideraciones expuesta, la Sala confirmará la orden de tratamiento integral y negará la solicitud de recobro.

8. 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 orden de tratamiento integral contenida en la sentencia que 22 de diciembre de 2023 profirió el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SARAVERENA, y **NEGAR** la solicitud de recobro.

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

Firmado Por:

Elva Nelly Camacho Ramirez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 02 Única
Tribunal Superior De Arauca - Arauca

Matilde Lemos San Martin

Magistrada
Tribunal Superior De Arauca - Arauca

Laura Juliana Tafurt Rico
Magistrada
Tribunal Superior
Arauca - Arauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **16532ca1dc54a08f520022214fafb741ef066a7a037fe6c6f28170ba33960c7a**

Documento generado en 13/02/2024 10:16:55 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>