

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.0266**

<b>Proceso:</b>	Acción de tutela 2° Instancia
<b>Radicado:</b>	<a href="#">81736318900120240008801</a> Enlace Link
<b>Accionante</b>	Lesvy Pabón Guerrero a favor de O.J.G.
<b>Accionado:</b>	NUEVA E.P.S.
<b>Derechos invocados:</b>	Salud, vida, dignidad humana
<b>Asunto:</b>	Sentencia

Sent. No.0074

Arauca (A), quince ( 15 ) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

## 1. Objeto de la decisión

Decidir la impugnación presentada por la agente oficiosa de la señora O.J.G. contra la sentencia que el 26 de febrero de 2024 profirió el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO CON CONOCIMIENTO EN ASUNTOS LABORALES DE SARAVERA (A)<sup>1</sup>

## 2. Antecedentes

### 2.1. Del escrito de tutela<sup>2</sup>

La señora LESVY PABÓN GUERRERO<sup>3</sup> quien oficia los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana de su progenitora O.J.G<sup>4</sup>, paciente de 73 años diagnosticada con dependencia total <<20 en la escala de Barthel>> y múltiples trastornos de movilidad como consecuencia de accidente cerebrovascular<sup>5</sup> que le impiden desarrollar

<sup>1</sup> Rafael Enrique Fontecha Barrera – Juez.

<sup>2</sup> 12 de febrero de 2024.

<sup>3</sup> 47 años de edad.

<sup>4</sup> Identificada con cedula de ciudadanía número 24.245.428 de Arauquita.

<sup>5</sup> Hemiplejía Izquierda, definida por la literatura médica como “la parálisis total o parcial de un lado del cuerpo”; ocurrido hace 4 meses.

por cuenta propia las actividades de “alimentación, vestirse desvestirse, aseo personal, traslado de silla a cama, deposiciones control anal, actividades de baño, subir y bajar escaleras, manejo de inodoro o retrete, de ambulación -traslado entre otros.”; demanda en acción de tutela porque NUEVA E.P.S. no autoriza *cuidador domiciliario 12 horas* prescrito desde el 27 de enero de 2024 por su galeno tratante<sup>6</sup>, exculpada en que se trata de un servicio expresamente excluido del Plan de Beneficios de Salud.

Sostiene su hija LESVY PABÓN, que la red de apoyo familiar, domiciliada en el sector rural<sup>7</sup> del municipio de Arauquita, detenta condición de pobreza extrema y vulnerabilidad socioeconómica que les impide materialmente prodigar los cuidados que requiere, situación que ha afectado su calidad de vida y mínimo vital, especialmente, por cuanto O.J.G no cuenta con un ingreso para sufragar su propia subsistencia. Por lo tanto, busca, a través del juez constitucional, acceder al servicio mencionado y al amparo integral de los diagnósticos.

### **Adjunta:**

- *Cédula de ciudadanía de la accionante LESVY PABÓN GUERRERO y la agenciada O.J.G.*
- *Nueva EPS niega solicitud del 24 de enero de 2024 por tratarse de Servicios excluidos expresamente del P.B.S.*
- *(i) demencia no especificada, (ii) secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, (iii) hipertensión esencial primaria, (iv) hemiplejia, no especificada.*
- *E.S.E. Moreno & Clavijo – Orden médica del 23 de enero de 2024: atención visita domiciliaria por medicina general<sup>8</sup>*
- *I.P.S. Mecas Salud Domiciliaria – Plan de Manejo Ingreso a PAD, del 27 de enero de 2024, cuidador 12 horas x 29 días<sup>9</sup>.*
- *Certificado de discapacidad de la paciente – dependencia total, 20 en la escala de Barthel. (ii) certificado de dependencia funcional expedido por el Ministerio de Salud.*

## **2.2. Trámite procesal**

El A-quo admite la acción promovida contra NUEVA E.P.S, vincula a I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S y concede (2) días para rendir informe en los términos del artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

El 12 de febrero de 2024 requiere a la parte actora para que, en el mismo término, informe:

<sup>6</sup> I.P.S. Mecas Salud Domiciliaria S.A.S.

<sup>7</sup> en la Vereda Santa Ana, finca El Porvenir.

<sup>8</sup> Anexos de tutela, folio 19.

<sup>9</sup> Anexos de tutela, folio 13.

“cómo está constituido el núcleo familiar de la señora Olga Josefina Guerrero, indicando nombres completos de sus familiares tales como pareja, hermanos, hijos, nietos y demás familiares, con su respectiva edad, ocupación, ingresos económicos mensuales, lugar de residencia; asimismo, se deberá informar si la paciente y sus familiares cuentan con vivienda propia y si son propietarios de inmuebles, fincas, vehículos automotores y demás bienes sujetos a registro. Finalmente, se requerirá a la parte actora para que detalladamente indique las razones por las cuales los familiares de la paciente se encuentran en imposibilidad real, física, material y económica para su cuidado.” (sic)

## 2.3. Respuestas

### 2.3.1. Empresa Promotora Nueva E.P.S.<sup>10</sup>

Informa que la usuaria O.J.G. se encuentra activa en el régimen subsidiado<sup>11</sup> del SGSSS y goza de asegurabilidad y pertinencia desde el 10 de agosto de 2021.

DATOS PERSONALES DEL AFILIADO					
Primer Apellido	Segundo Apellido	Nombres	Fecha Nacimiento	Tipo Afiliado	Sexo
GUERRERO		OLGA JOSEFINA	12/09/1950	Beneficiario	F
Dirección de Residencia		Teléfono	Departamento	Municipio	
VDA SANTAANA		3103120767	ARAUCA	ARAUQUITA	
DATOS DE LA AFILIACION RÉGIMEN SUBSIDIADO					
F. Afil Contr	F. Inicio Sub	F. Final Sub	Categoría	Causal	
10/08/2021	10/08/2021	00/00/0000	SISBEN-1	ACTIVO EN RÉGIMEN SUBSIDIADO EN LA EPS	
Actual EPS	Total	Estado	Tipo Población Especial Subsidiado		
81	162	ACTIVO SUB	VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO		
<b>RÉGIMEN:</b>		<b>Subsidiado</b>			

Sostiene que el servicio de cuidador 12 horas se encuentra expresamente excluido del Plan Básico de Salud y por tal motivo no puede ser financiado con recursos del Sistema General de Seguridad Social, ni si quiera al contar con formulación del profesional tratante, quien no está habilitado para registrarlo en la plataforma MIPRES.

Adicionalmente, en virtud del principio de solidaridad el cuidado de la señora O.J.G. debe ser garantizado por el núcleo familiar, a menos que materialmente sea imposible, pues solo así, se activa obligación del

<sup>10</sup> 14 de febrero de 2024.

<sup>11</sup> Tipo de población especial subsidiado “víctimas del conflicto armado interno”

Estado de 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 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. Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES**

La Administradora del Sistema resalta la ausencia de un nexo causal entre los hechos que motivan la acción de tutela y las competencias legalmente atribuidas a la entidad, razón por la cual, solicita su desvinculación y negar cualquier solicitud de recobro; facultad extinta y reemplazada por el mecanismo de financiación de presupuestos máximos:

UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN - UPC	PRESUPUESTOS MÁXIMOS	SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD NO FINANCIADOS CON RECURSOS DE LA UPC Y DEL PRESUPUESTO MÁXIMO
<p>Servicios y tecnologías con cargo a los recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC.</p> <p>Los servicios de salud con cargo a la UPC se encuentran contemplados expresamente en la Resolución 3512 de 2019 y sus anexos.</p>	<p>Servicios y tecnologías asociadas a una condición de salud que no son financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.</p> <p>Estos servicios de salud con cargo al presupuesto máximo se encuentran determinados en el artículo 5° de la Resolución 205 de 2020.</p>	<p>Servicios y tecnologías en salud susceptibles de ser financiados con recursos diferentes a la UPC y con el presupuesto máximo.</p> <p>El reconocimiento y pago del suministro de los servicios que prevé la Resolución 2152 de 2020 dependerá de un proceso de verificación y control a cargo de la ADRES.</p>

Adicionalmente, destaca que de conformidad con el artículo 178 de la Ley 100 de 1993, las Entidades Promotoras de Salud -EPS deben “establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud” efecto para el cual prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales.

En el mismo sentido, argumenta que las EPS tienen a su cargo la administración del riesgo financiero y la gestión del riesgo en salud, esto es, están obligadas a atender todas las contingencias que se presenten en la prestación del servicio, sin que la fuente de financiación sea óbice o motivo de incumplimiento:

*“Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.*

*Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento.”<sup>12</sup>*

<sup>12</sup> Ley 1122 del 2007 en su artículo 14

### 3. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 26 de febrero de 2024, el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO CON CONOCIMIENTO EN ASUNTOS LABORALES DE SARAVERENA (A) dispuso:

*“PRIMERO: NEGAR la presente acción de tutela impetrada por la señora Lesvy Pabón Guerrero, quien actúa como agente oficiosa de su progenitora, la señora Olga Josefina Guerrero, en contra de la Nueva EPS.”*

Fundamentó su decisión en la ‘ausencia de elementos de juicio suficientes que permitan determinar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para ordenar a la EPS que suministre el servicio de cuidador domiciliario en favor del usuario’ (sic). Al respecto, argumentó:

Frente a tales circunstancias, se resalta que la parte actora no justificó ni acreditó de forma clara la imposibilidad de que la familia de la paciente realice tal actividad; tampoco brindó información respecto de cómo está constituido el núcleo familiar de la señora Olga Josefina Guerrero, indicando datos completos de sus familiares tales como padres, tíos, hermanos, sobrinos, pareja, hijos, y demás familiares, informando su edad, ocupación, ingresos económicos mensuales, lugar de residencia, etc., y si estos familiares cuentan con vivienda propia, si son propietarios de inmuebles, fincas, vehículos automotores y demás bienes sujetos a registro.

Además, tampoco se observa en el escrito de tutela que se indicaran las razones por las cuales los familiares de la paciente se encuentran en imposibilidad real, física, material y económica para el cuidado de la misma, pues, en el libelo la agente oficiosa de la beneficiaria de esta acción únicamente indicó:

13

Consecuente con lo anterior, señaló la imposibilidad de conceder el tratamiento integral ante la inexistencia de un actuar negligente atribuible a la empresa promotora accionada.

### 4. La impugnación<sup>14</sup>

La agente oficiosa LESVY PABÓN GUERRERO, sostiene que no atendió el requerimiento del 12 de febrero de 2024<sup>15</sup> porque en tal fecha se hallaba en el área rural del municipio de Arauquita al cuidado de su progenitora, reitera que su núcleo familiar se encuentra imposibilitado material y económicamente para suministrar directamente los cuidados requeridos por la señora O.J.G; en tal virtud, pide revocar el fallo de primera instancia y en su lugar ordenar

<sup>13</sup> Fallo impugnado, folio 15.

<sup>14</sup> 28 de febrero de 2024.

<sup>15</sup> Por el cual, el fallador de primer nivel la requirió desde la admisión de la demanda para detallar la composición del núcleo familiar y condición socioeconómica de la red de apoyo.

a NUEVA E.P.S. para que en un término perentorio autorice el servicio de *cuidador 12 horas x 29 días*.

Informa que la señora O.J.G, reside en la finca El Porvenir, Vereda Santana del municipio de Arauquita<sup>16</sup> bajo el cuidado de su hijo HELDER GUERRERO, agricultor de 32 años quien carece de ingresos fijos y tiene a su cargo las mejoras necesarias del predio rural donde habitan, del cual subsisten *“con lo poco que genera, que debe ser reinvertido para su mantenimiento, puesto que no se encuentra en etapa productiva y no contamos con recursos para invertirlo”*.

Sostiene que es madre cabeza de hogar y ama de casa, quien además labora como estilista en su residencia<sup>17</sup> y obtiene un ingreso mensual promedio de \$1'500.000 pesos del cual asume los costos de servicios públicos, aseo y alimentación propia y sus hijos J.S.B.P. y E.S.B.P. de 10 y 16 años:

<b>Ingreso Promedio Mensual</b>	1'500.000
<b>Rubro</b>	<b>Costo mensual</b>
<b>Vivienda</b>	Propia
<b>Alimentación y productos de aseo</b>	800.000
<b>Servicios públicos</b>	150.000
<b>Meriendas de sus (2) hijos</b>	120.000
<b>Otros gastos e imprevistos</b>	430.000

Adicional a lo anterior, indica que la agenciada no cuenta con pareja sentimental, 2 de sus 4 hijos fallecieron y tiene 5 hermanos de edades superiores a los 65 años, con enfermedades de base y sin pensión. Tampoco existe relación filial entre ellos.

### **Adjunta:**

- (i) *Pantallazo de afiliación al SISBEN – A4 pobreza extrema (ii) documentos de identidad de sus (2) hijos y hermano HELDER GUERRERO.*

## **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.

<sup>16</sup> Señala que: *“mi madre manifiesta en reiteradas ocasiones en querer permanecer en su casa, donde ha estado su vida, por lo que los días que debe permanecer acá en Arauquita se siente deprimida.”*

<sup>17</sup> Casco urbano del municipio de Arauquita.

## 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. Dicha protección consistirá en una orden para que la autoridad accionada actúe o se abstenga de hacerlo.

De igual modo, el artículo 6 del Decreto 306 de 1992<sup>18</sup>, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015<sup>19</sup> 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*.<sup>20</sup>

Se encuentran superados los presupuestos previstos en el artículo 86 Superior y el Decreto 2591 de 1991 reglamentario de la acción de tutela, pues existe legitimación jurídico sustancial y procesal entre extremos de la litis<sup>21</sup>, transcurrió un plazo razonable entre la interposición de la acción y los hechos que la motivaron; y carece la presunta afectada de otro medio de defensa judicial, dada la ineficacia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la Superintendencia Nacional de Salud<sup>22</sup>,

## 6. Problema Jurídico

¿Nueva E.P.S. vulneró los derechos fundamentales de la accionante al no autorizar el *cuidador domiciliario*, exculpada en la supuesta exclusión del servicio del Plan de Beneficios de Salud; y de ser así, ¿están acreditados los requisitos para conceder el tratamiento integral?

<sup>18</sup> Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

<sup>19</sup> Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

<sup>20</sup> Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

<sup>21</sup> 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).**”

<sup>22</sup> 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.

¿Acertó el A quo al desestimar la imposibilidad económica y material alegada por la parte demandante, para prodigar directamente los cuidados requeridos por la afiliada J.O.G.?

## 7. Supuestos jurídicos

### 7.1. 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. Por ello, ha precisado 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”*<sup>23</sup>.

En la misma línea, 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”*<sup>24</sup>.

La sentencia en mención, desarrolló dentro del análisis un componente 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”*<sup>25</sup>.

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

<sup>23</sup> Corte Constitucional, sentencia T-260 de 2020.

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

<sup>25</sup> *Ibidem*.

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”.*

## **7.2. Reflexiones del derecho al cuidado; un valor social y jurídico aún en construcción.**

El cuidado es un valor trascendental de las interacciones humanas, desde las relaciones más íntimas hasta el entorno comunitario, y contribuye a la construcción del tejido que sustenta el Estado Social de Derecho<sup>26</sup>. Este concepto evidencia la profunda interdependencia entre las personas y su impacto significativo en el transcurso de la existencia,, pues las familias, en las distintas etapas de la vida, no siempre pueden proporcionar directamente el cuidado a sus miembros, ya sea por la edad, condiciones físicas, desarrollo de su plan de vida o consecución de los medios propios de subsistencia.

A propósito de tal reflexión, la Corte Constitucional en Sentencia T-583 del 19 de diciembre de 2023, expuso:

*“A pesar de ser el cuidado una experiencia humana tan común y compartida, hasta ahora, ha encontrado muy poco espacio de pensamiento, regulación, e interpretación jurídica. Se ha relegado el cuidado a la esfera de lo familiar, de lo privado, partiendo de la base de que no debe pensarse en esta actividad también desde lo público. Esto, sumado a que el cuidado, como actividad y necesidad humana, se ha percibido tradicionalmente de manera estigmatizada, más que desde la solidaridad se entiende desde la carga, la culpa, pesar o indignidad.*

(...)

*No obstante, el paradigma actual y los cambios sociales han generado que actualmente se debata ante una crisis de los cuidados, pues son cada vez más personas necesitan del cuidado de otras, no solo para su subsistencia, sino también para alcanzar una vida con los mayores estándares de salud, bienestar y desarrollo personal que puedan disfrutar; y cada vez menos personas tienen el suficiente tiempo y posibilidades fácticas para brindarlo”<sup>27</sup>*

<sup>26</sup> Su impacto atañe las dimensiones del artículo 1 Superior (Dignidad y Solidaridad), o las relativas al canon 46 de la C.P, relativas a la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en la protección y asistencia de las personas mayores.

<sup>27</sup> CEPAL – Hacia la construcción de sistemas integrales de cuidados en América Latina y el Caribe: “El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente de 2019, explica también que, si para 2015 había un aproximado de 2100 millones de personas necesitadas de cuidados a nivel mundial, en el 2030, se prevé que el número de receptores de cuidados aumentará a 2300 millones de personas (calculando que habrá un aumento aproximado de 100 millones de personas mayores, 100 millones más de niños y niñas entre las edades de los 6 y 14 años, además de entre 110 y 190 millones de personas en situación de discapacidad grave que podrían necesitar de cuidados o asistencia durante toda su vida)”

Esta coyuntura ha motivado una profunda discusión<sup>28</sup> sobre el cuidado y la manera de mejorar el acompañamiento de esta experiencia humana, asegurando la protección de los derechos tanto de quienes brindan cuidado como de quienes lo reciben “*partiendo de una base de igualdad y no discriminación en la distribución de las labores que esta actividad acarrea*”<sup>29</sup>.

En este contexto, los pronunciamientos más recientes de la jurisprudencia nacional no desconocen la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en la protección y asistencia de las personas mayores<sup>30</sup>, pero a su vez, ha establecido que la simple enunciación del mandato de solidaridad, para asignarle a las familias el componente de cuidado resulta insuficiente sin atender perspectivas como la de género<sup>31</sup>, libre desarrollo de la personalidad, entre otros, cuando concurren circunstancias en las que el cuidado de los seres queridos impliquen un detrimento desproporcionado de las prerrogativas de la persona que la tiene a su cargo<sup>32</sup>:

*“El derecho al cuidado incumbe a también a los cuidadores, quienes cuentan con ciertas garantías que deben ser aseguradas y enfrentan riesgos físicos, de salud, psicosociales y relacionales que deben ser atendidos”*<sup>33</sup>

*“Las cuidadoras no remuneradas deben tener derecho a que se reconozca su labor de cuidado, pero también a contar con suficiente tiempo y dinero para cuidar, así como servicios de cuidado<sup>34</sup>, y a permitirse acciones de autocuidado”*<sup>35</sup>

Igualmente, en el caso específico de las personas en situación de discapacidad, la jurisprudencia de la alta Corporación ha afirmado que sus derechos no se reducen simplemente a la subsistencia y la salud, sino que también merecen un trato digno, acorde a sus circunstancias, necesidades e intereses; por ello, *“El Estado debe erradicar toda barrera para el ejercicio de sus derechos, y adoptar medidas promocionales, cuando sea necesario, para lograr la igualdad material entre ellas y el resto de la población”*

---

<sup>28</sup> Recientemente Argentina elevó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una opinión consultiva sobre el contenido del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos; véase también el caso *Poblete Vilches y otros vs Chile*, fallado por la Corte I.D.H. el de marzo de 2018, donde el órgano supranacional condenó al Estado chileno por “no garantizar a una persona mayor su derecho a la salud, sin discriminación, mediante servicios necesarios básicos y urgentes con relación a su situación especial de vulnerabilidad”, lo cual derivó en su muerte.”

<sup>29</sup> T-583 de 2023.

<sup>30</sup> Artículo 46 superior.

<sup>31</sup> Bajo ponencia de la H. Magistrada Diana Fajardo Rivera, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional se pronunció sobre el enfoque de género en este tipo de casos: “(...) [son] las mujeres las que se ocupan en mayor medida de estas tareas, cuando concurren circunstancias como que se encuentren en el mercado laboral formal, los niños deban enfrentarse paradójicamente a la disyuntiva de acceder a servicios de salud, solo si su madre renuncia al empleo que es el que les otorga el mínimo vital de subsistencia. Es por ello que el abordaje de este tipo de asuntos excede el ámbito tradicional de la salud y requiere, como aquí se sostiene, una mirada desde el cuidado como derecho.”

<sup>32</sup> La Corte, en sus pronunciamientos más recientes, ha

<sup>33</sup> Sentencia T-583 de 2023.

<sup>34</sup> Pautassi, Laura “El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos”, 2007.

<sup>35</sup> *Ibid.*

Es por esto que se han expedido distintos instrumentos normativos internacionales sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad, que hacen parte del bloque de constitucionalidad<sup>36</sup>. Allí se incluye la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>37</sup>, cuya introducción al ordenamiento nacional implicó un cambio de paradigma en la aproximación a la noción de discapacidad, en concreto, hacia un *modelo social*.

## 8. Examen del caso

Como el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO CON CONOCIMIENTO EN ASUNTOS LABORALES DE SARAVERENA consideró que la agente oficiosa de la señora O.J.G. no demostró los requisitos establecidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para ordenar a la E.P.S. que suministre el *servicio de cuidador domiciliario x 12 horas*, la accionante impugna para que en esta instancia se conceda, razón por la que esta Corporación anuncia desde ya que revocará el fallo proferido el 26 de febrero de 2024, ya que sí encuentra plenamente acreditadas **i)** la certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y **ii)** la imposibilidad económica y material del núcleo familiar para otorgarlos; de manera que es factible trasladar tal carga al Estado con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social y Salud, pues claro está que a las empresas promotoras les corresponde asumir el servicio en caso de que falle el primer nivel de solidaridad y exista el concepto del médico tratante que lo avale<sup>38</sup>.

En efecto, acopiado el material probatorio y contrastado con los fundamentos fácticos aportados, probada está **(I)** la necesidad médica del servicio '*cuidador domiciliario x 12 horas*', prescrito desde el 27 de enero de 2024 cuando un galeno de la I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA en valoración extramural de medicina general<sup>39</sup> inscribió a la señora O.J.G. al Plan de Atención Domiciliaria de Pacientes Crónicos, y como consecuencia de su estado de dependencia física total y diagnósticos *(i) demencia no especificada, (ii) secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, (iii) hipertensión esencial primaria, (iv) hemiplejia, no especificada*, formuló además el precitado cuidador por un plazo de 29 días<sup>40</sup>.

Tampoco cabe duda que **(II)** la red de apoyo familiar de la paciente que requiere el servicio no cuenta con la capacidad física ni económica para

<sup>36</sup> Concretamente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, es un tratado de derechos humanos incorporado al orden interno en atención a lo dispuesto por el Artículo 93, numeral 1°.

<sup>37</sup> Aprobado mediante la Ley 1346 de 2009 de Colombia, declarada exequible mediante Sentencia C-293 de 2010. M.P. Nilson Pinilla.

<sup>38</sup> Corte Constitucional, sentencia T-260 de 2020.

<sup>39</sup> Prescrita el 23 de enero de 2024 por un profesional de la E.S.E. Moreno & Clavijo

<sup>40</sup> Folios 13 y 14 de los anexos de tutela; historia clínica, orden de procedimientos e ingreso a PAD.

prestar las atenciones requeridas, pues, los únicos hijos de la señora J.O.G. deben suplir otras obligaciones básicas para proveer los recursos propios de su subsistencia y las personas a su cargo, **a)** en el caso de la señora LESVY PABÓN GUERRERO, por su doble rol de madre cabeza de hogar encargada del cuidado y crianza de sus (2) menores hijos, y como estilista a través del cual obtiene los recursos para el digno sostenimiento de su núcleo; **b)** y frente al señor HELDER GUERRERO, porque además del encargo como cuidador principal de su progenitora, responde por el mantenimiento y siembra del predio rural El Porvenir <<respecto a éste, la agenciada denota un arraigo inmaterial y su deseo de permanecer allí>>, del cual mínimamente recolecta los frutos naturales para la subsistencia y mantenimiento del bien inmueble; aspectos que a su vez demuestran la futilidad de brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados, quienes aunado a lo anterior, tienen derecho a no afectar de manera irrazonable sus proyectos de vida, a permitirse las acciones de autocuidado y a contar con suficiente tiempo y dinero para garantizar sus condiciones dignas de vida.

Sobre este punto, el A-quo en el auto admisorio del 12 de febrero de 2024 requirió a la parte actora detallar la composición de su red de familiar o condición socioeconómica, y ante su silencio, automáticamente desestimó la imposibilidad material y económica que ésta invocó desde el escrito tutelar, cuando puntualizó su red de apoyo común no cuenta con los recursos suficientes para contratar particularmente el servicio sin comprometer su mínimo vital y digna subsistencia; acción del juez que contrarió los principios de carga de la prueba en materia de tutela, que establecen que el demandante debe respaldar sus afirmaciones, sin perjuicio de que la carga dinámica opere frente a sujetos en estado de indefensión<sup>41</sup>; en este sentido, las cargas procesales deben estar en consonancia por los criterios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>42</sup> para no afectar las prerrogativas invocadas, pues reconoce la jurisprudencia *“una distribución a favor de persona en situación de debilidad o subordinación frente a otra persona o autoridad”*<sup>43</sup>

Así pues, la Sala ordenará a NUEVA E.P.S. que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, autorice el *cuidador domiciliario x 12 horas* prescrito desde el 27 de enero de 2024 por el galeno tratante de la señora J.O.G.

Aunado a lo anterior y de conformidad el contexto que antecede, esta Corporación también concederá el amparo integral en salud a la paciente agenciada, pues concurren los presupuestos previstos por la jurisprudencia para que el juez constitucional lo ordene judicialmente, esto es: *(i) La EPS fue negligente en el cumplimiento de sus deberes*<sup>44</sup> *(ii) Existen prescripciones médicas que*

<sup>41</sup> Sobre la carga de la prueba: Corte Constitucional, sentencia T-131 de 2007, MP. Humberto Antonio Sierra Porto

<sup>42</sup> Sentencia C-086 de 2016, folio 21, acápite *“Cargas procesales, razonabilidad y proporcionalidad”*

<sup>43</sup> Ídem.

<sup>44</sup> Sobre la negligencia de la EPS en la prestación del servicio, la Corte indicó que ésta ocurre *“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*

*especifiquen tanto el diagnóstico del paciente, como los servicios o tecnologías en salud que requiere, pues el tratamiento del paciente debe estar claro<sup>45</sup>. (iii) El demandante es sujeto de especial protección constitucional o está en condiciones extremadamente precarias de salud.*

Frente a este aspecto de la decisión, los elementos de juicio del plenario indican indefectiblemente que la E.P.S. fue negligente en el cumplimiento de sus deberes, porque **a)** a sabiendas de la dependencia funcional total, múltiples diagnósticos y la prescripción que desde el 27 de enero de 2024 emitió un galeno de la adscrita a su red prestadora, ignoró el criterio del profesional del tratante que ordenó el cuidado domiciliario y trasladó la carga a la administración de justicia para que a través de la acción de tutela la obligase a cumplir su obligación legal; y **b)** no podía escudarse bajo ninguna circunstancia en razones de índole administrativa o presupuestal, máxime, cuando el sistema de seguridad social en salud contempla múltiples mecanismos de financiación los cuales están plenamente garantizados, máxime, porque según listado de servicios y tecnologías contenidos en la Resolución 2273 de 2021<sup>46</sup> el cuidador domiciliario no se encuentra excluido para las personas diagnosticadas; lo que significa, de conformidad con el decantado criterio de la Corte Constitucional<sup>47</sup>, que se entiende incluido en el PBS y se financia con el presupuesto máximo.

Entonces, con su comportamiento desconoció la jurisprudencia y el bloque de constitucionalidad vigente que trata el alcance del derecho fundamental a la salud y la reforzada protección constitucional que recae sobre las personas mayores de la tercera edad y en general de los seres humanos en condiciones de discapacidad:

*“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 confluír unos supuestos para efectos de verificar la vulneración alegada, a saber.<sup>48</sup>*

---

*así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte” (Sentencias T-030 de 1994, T-059 de 1997, T-088 de 1998, T-428 de 1998, T-057 de 2013, T-121 de 2015, T-673 de 2017)*

<sup>45</sup> Sentencias T-005- de 2023 T-081 de 2019.

<sup>46</sup> “Por la cual se adopta el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

<sup>47</sup> C-313 de 2014, T-508 de 2020, reiterado en la T-038 de 2022.

<sup>48</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-513 de 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Concomitante a lo anterior, existe certeza frente a los padecimientos de la paciente, como los servicios o tecnologías en salud que requerirá en el futuro para paliar los diagnósticos crónicos, 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 desaprueban las limitaciones injustas, arbitrarias y desproporcionadas de las EPS que afectan la conservación o restablecimiento de la salud de los usuarios”*.

En tal virtud, la Sala concederá el amparo integral a favor de la señora J.O.G. respecto de sus diagnósticos *(i) demencia no especificada, (ii) secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, (iii) hipertensión esencial primaria, (iv) hemiplejia, no especificada*.

Como punto adicional de reflexión, el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental está consagrado en varios instrumentos jurídicos internacionales<sup>49</sup>, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>50</sup>. En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, vinculante por el principio de aplicación directa, la garantía del servicio a la salud incluye tres elementos esenciales que están interrelacionados:

**La disponibilidad** hace referencia a la necesidad de contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios de salud en funcionamiento para toda la población.

**La accesibilidad.** La accesibilidad tiene cuatro dimensiones: no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica (asequibilidad) y accesibilidad de la información. Esto es especialmente importante para las personas con discapacidades, que a menudo se topan con obstáculos importantes para el ejercicio del derecho a la salud relacionados con la inaccesibilidad a servicios, establecimientos e información sobre salud.

Para evaluar la accesibilidad es necesario analizar los obstáculos físicos, geográficos, económicos y de otra índole a los sistemas y los servicios de salud, así como de qué manera pueden afectar a las personas en situación de marginación. Hay que establecer o aplicar normas y criterios claros, tanto en términos de legislación como de políticas, para superar estos obstáculos.

**La aceptabilidad** hace referencia al respeto a la ética médica y a lo que resulta apropiado desde un punto de vista cultural, así como a la sensibilidad hacia las cuestiones de género. La aceptabilidad requiere que los establecimientos, los bienes, los servicios y los programas de salud se centren en la persona y den

<sup>49</sup> Entre otras, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículos 11 f, 12 y 14.2 b; Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad, aprobada mediante la Ley 1439 de 2009.

<sup>50</sup> Artículo 12

*respuesta a las necesidades concretas de diversos grupos de población, de conformidad con las normas internacionales de ética médica relativas a la confidencialidad y el consentimiento informado.*

Lo anterior, concatenado al contexto agrario colombiano, significa que mujeres como J.O.G. enfrentan una serie de desafíos arraigados a la intersección de la informalidad laboral y las normas de género tradicionales, asignadas desde temprana edad roles específicos, que limitan las oportunidades de consolidación de recursos y acceso a la educación. Entonces, durante la vejez, la mujer del contexto rural colombiano es propensa a una situación de riesgo aún más precaria, ya que, al carecer de un ingreso vitalicio y de redes de apoyo familiar sólidas, se ven en una posición de vulnerabilidad extrema, sin los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas y recibir los cuidados apropiados en esta etapa de la vida, dependiendo en gran medida de la caridad de familiares que también pueden estar luchando para subsistir. En estos contextos, el Estado está especialmente obligado a remover todas las barreras de acceso y demás elementos de discriminación que atañen específicamente a los derechos a la vida, salud y dignidad humana.

Finalmente, aunque la E.P.S. invocó la posibilidad del recobro ante la A.D.R.E.S, en pronunciamiento del 18 de julio de 2023, la Corte Constitucional<sup>51</sup> recordó que ésta es una facultad extinta, reemplazada por el 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.

Corolario, la Sala accederá al amparo invocado, (i) ordenará a NUEVA E.P.S. que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, autorice el *cuidador domiciliario x 12 horas* prescrito desde el 27 de enero de 2024 por el galeno tratante de la señora J.O.G; (ii) concederá el amparo integral a favor de la señora J.O.G. respecto de sus diagnósticos *(i) demencia no especificada, (ii) secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, (iii) hipertensión esencial primaria, (iv) hemiplejia, no especificada.* (iii) y negará la solicitud de recobro elevada por la E.P.S.

## **9. 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,

---

<sup>51</sup> Sentencia 264 de 2023, Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger

## RESUELVE

**PRIMERO: AMPARAR** los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana de la señora OLGA JOSEFINA GUERRERO, vulnerados por la empresa promotora NUEVA E.P.S.

**SEGUNDO: ORDENAR** a NUEVA E.P.S. que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, autorice el *cuidador domiciliario x 12 horas* prescrito desde el 27 de enero de 2024 por el galeno tratante de la agenciada.

**TERCERO: CONCEDER** el amparo integral respecto de sus diagnósticos *(i) demencia no especificada, (ii) secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, (iii) hipertensión esencial primaria, (iv) hemiplejía, no especificada.* (iii) y **NEGAR** la solicitud de recobro elevada por la E.P.S.

**CUARTO:** Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión. De ser excluída archívese.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Elva Nelly Camacho Ramirez  
Magistrada  
Tribunal Superior De Arauca - Arauca

Matilde Lemos San Martin  
Magistrada  
Tribunal Superior De Arauca - Arauca

Laura Juliana Tafurt Rico  
Magistrada  
Tribunal Superior De Arauca - Arauca

Código de verificación: **24333dabc2418ef1586cab30d2933c238c055110d4571b4d1f992cc8faf43291**

Documento generado en 15/04/2024 03:52:03 p. m.

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://capacitacion.ramajudicial.gov.co:9443/FirmaElectronica>**