

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.0163

Proceso:	Acción de tutela 2° Instancia
Radicado:	81001310400120230023201 Enlace Link
Agenciada:	Ángela Fernández De Mendivelso
Defensor público:	Santos Miguel Echeverría
Accionado:	NUEVA E.P.S.
Derechos invocados:	Salud, vida, dignidad humana e integridad física
Asunto:	Sentencia

Sent. No.039

Arauca (A), veintisiete (27) 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 10 de enero de 2024 profirió el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARAUCA¹.

2. Antecedentes

2.1. Del escrito de tutela²

La señora ÁNGELA FERNANDEZ DE MENDIVELSO, usuaria de 87 años diagnosticada con *Z741 PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA NECESIDAD DE AYUDA PARA EL CUIDADO PERSONAL, E102 DIABETES MELLITUS INSULINODEPENDIENTE CON COMPLICACIONES RENALES, I10X HIPERTENSION ARTERIAL (PRIMARIA), E105 DIABETES MELLITUS INSULINODEPENDIENTE CON COMPLICACIONES CIRCULATORIAS PERIFERICAS, R32X INCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA* y dependencia total 20 en la escala de Barthel, a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública³ demanda a NUEVA E.P.S. porque no autoriza el servicio de *CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS*

¹ Víctor Hugo Hidalgo Hidalgo, Juez.

² Asignado por reparto el 21 de diciembre de 2023.

³ SANTOS MIGUEL ECHEVERRÍA- Defensor público

prescrito desde el 14 de octubre de 2023 dentro del PAD a crónicos domiciliarios dispuesto por un galeno de la I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA.

Señala que el núcleo familiar de la señora FERNANDEZ DE MENDIVELSO se encuentra imposibilitado económica y materialmente para prodigar los cuidados que ella requiere, por lo que a través del juez constitucional espera, desde la admisión de la demanda, suministrar el precitado servicio y conceder el amparo integral de sus diagnósticos.

Adjunta:

- *Poder especial para interponer acción de tutela, conferido al defensor público SANTOS MIGUEL ECHEVERRÍA PEDRAZA*
- *Cédula de ciudadanía de la agenciada y de su cónyuge GUSTAVO SIERRA OYOLA.*
- *Nueva EPS niega solicitud del 29 de noviembre de 2023 porque no es un servicio de la salud no existe mandato judicial que disponga su prestación.*
- *I.P.S. Mecas Salud Domiciliaria – Historia clínica de la paciente.*
- *I.P.S. Mecas Salud Domiciliaria – Plan de Manejo Ingreso a PAD del 14 de octubre de 2023:*

Fecha / hora de prescripción 14/10/2023 18:50		Lugar de prescripción SARAVERA	
Orden N° 0000011233			
Nota clínica			
Código	Procedimiento	Detalle	Cantidad
890109	Atención [vista] domiciliaria por trabajo social	Para apoyo con cuidador	1
E985111	Paquete de atención domiciliaria a paciente crónico con terapias	12 terapias físicas	1
AD0199	Servicio cuidador 12 horas	Paciente requiere de cuidador 12 horas dado el alto riesgo de deterioro clínico. actividades: aseo, higiene personal y del entorno, cambios de posición, asistencia en las comidas por riesgo de broncoaspiración, mantener posición semifowler, exploración en busca de infección, movilización y necesidades fisiológicas.	1

- *I.P.S. Mecas Salud Domiciliaria – orden de procedimientos.*
- *Certificado de discapacidad de la paciente – dependencia total, 20 en la escala de Barthel.*

2.2. Trámite procesal

Admitido el escrito tutelar⁴, el *a quo* concede a NUEVA E.P.S, U.A.E.S.A. y A.D.R.E.S. (2) días para rendir informe de conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991; como **medida provisional**, dispone:

⁴ 22 de diciembre de 2023.

“CONCEDER LA SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL, deprecada, conforme a ello se ORDENA A LA NUEVA EPS que en coordinación con la IPS con la que tenga contratado dicho servicio, de **forma inmediata**, si aún no lo han hecho; adopten las medidas administrativas y presupuestales necesarias para autorizar y **hacer efectiva la prestación del servicio en salud de cuidador domiciliario 12 horas**, atención visita domiciliaria por trabajo social y paquete de atención domiciliaria a paciente crónico con terapias, a favor del señor “VICENTE MENDOZA SIERRA”. (SIC)”

El 28 de diciembre de 2023, vincula a la I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A. ‘ante la responsabilidad o interés que puedan tener respecto de los hechos puestos en conocimiento de este Despacho’ y corrige la medida provisional decretada, en el sentido de precisar que su destinataria es la señora ÁNGELA FERNANDEZ DE MENDIVELSO.

2.3. Respuestas

2.3.1. Empresa Promotora Nueva E.P.S.⁵

Informa que la usuaria ÁNGELA FERNANDEZ DE MALDIVELSO afiliada al régimen subsidiado del SGSSS – Sisbén C3⁶, recibe atención en la E.S.E. JAIME ALVARADO & CASTILLA como I.P.S. primaria desde el 30 octubre de 2019:

DATOS PERSONALES DEL AFILIADO					
Primer Apellido	Segundo Apellido	Nombres	Fecha Nacimiento	Tipo Afiliado	Sexo
FERNANDEZ	DE MENDIVELSO	ANGELA	02/04/1936	Cotizante	F
Dirección de Residencia		Teléfono	Departamento	Municipio	
MZA 1 CS 7		3175834774	ARAUCA	ARAUCA	

DATOS DE LA AFILIACION RÉGIMEN SUBSIDIADO				
F. Afil Contr	F. Inicio Sub	F. Final Sub	Categoría	Causal
01/11/2019	30/10/2019	00/00/0000	SISBEN-1	ACTIVO EN RÉGIMEN SUBSIDIADO EN LA EPS
Actual EPS	Total	Estado	Tipo Población Especial Subsidiado	
0	26	ACTIVO SUB	POBLACIÓN CON SISBEN	

RÉGIMEN: **Subsidiado**

IPS Actual			Causales de Suspensión	
Código	Razón Social	Activa desde	Estado	Causal
8319	SUBSIDIADO-E.S.E. JAIME ALVARADO Y CASTILLA	06/11/2019		

Información Adicional
 Afiliado sin Empleo activo
 Afiliado Con Atención Preferencial, Edad 87 Años

Sostiene que el servicio de cuidador 12 horas debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, a menos que éste se encuentre

⁵ 27 de diciembre de 2023.

⁶ Categoría “vulnerable”

materialmente imposibilitado para tal efecto, pues solo así, se activa obligación del 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. Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca⁷

Refiere que no se encuentra legitimada en la causa, pues compete a la entidad salvaguardar el acceso a la salud de la población no asegurada del SGSSS, no obstante, la señora FERNANDEZ DE MALDIVELSO registra afiliación ante la NUEVA E.P.S y por tanto corresponde a la entidad promotora brindar la atención integral a la usuaria.

2.3.3. Administradora de los Recursos del Sistema de General de Seguridad Social en Salud -ADRES⁸

La entidad vinculada, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), argumentó que su

⁷ 26 de diciembre de 2023.

⁸ 22 de diciembre de 2023.

función no es la prestación de servicios de salud, ni de efectuar la inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, por lo tanto, cualquier vulneración a derechos fundamentales por omisión no podría ser atribuida a esta entidad, y por ende carece de legitimación en la causa por pasiva.

Destacó que las EPS son las encargadas de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores. En este sentido, solicitó al Despacho negar el amparo solicitado por la accionante respecto a la ADRES, dado no se evidencia ninguna conducta de su parte que vulnere los derechos fundamentales de la accionante.

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>

3. Sentencia de primera instancia

El 10 de enero de 2023, el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARAUCA dispuso:

“PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales derechos a la vida, salud, seguridad social, dignidad humana, integridad personal, derechos de las personas en situación de vulnerabilidad manifiesta de la señora Angela Fernández de Mendivelso identificada con cédula de ciudadanía No. 28.342.444, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a NUEVA EPS por intermedio de su gerente y/o representante legal o quien haga sus veces al momento de la notificación, en coordinación con la IPS que autorice, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, **autorice y suministre el servicio cuidador domiciliario 12 horas,** atención visita domiciliaria por trabajo social y paquete de atención domiciliaria a paciente crónico con terapias, a favor de la señora Angela Fernández de Mendivelso, conforme a la prescripción médica del 14 de octubre de 2023.”.

TERCERO: ORDENAR a NUEVA EPS, por intermedio de su gerente zonal y/o representante legal o quien haga sus veces al momento de la notificación, **GARANTICE el TRATAMIENTO INTEGRAL Y CONTINUO** al accionante en la presente acción de tutela señora Angela Fernández de Mendivelso, para sus diagnósticos Z741 PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA NECESIDAD DE AYUDA PARA EL CUIDADO PERSONAL, E102 DIABETES MELLITUS INSULINODEPENDIENTE CON COMPLICACIONES RENALES, I10X HIPERTENSION ARTERIAL (PRIMARIA), E105 DIABETES MELLITUS INSULINODEPENDIENTE CON COMPLICACIONES CIRCULATORIAS PERIFERICAS, R32X INCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA, para lo cual debe asegurar la atención médica requerido por ella; entendiéndose por integral, la autorización de servicio de cuidador domiciliario, enfermería, pañales u insumos, exámenes, terapias, procedimientos, intervenciones quirúrgicas, controles con especialistas, medicamentos, remisiones a altos niveles de complejidad, y otros rubros que los médicos formulen y que llegaren a solicitar las I.P.S. adscritas a su red de prestadores. Previa radicación de los documentos necesarios requeridos por la EPS-S por parte del usuario, para tales fines.

CUARTO: DESVINCULAR del presente trámite constitucional a la entidad accionada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA – UAESA y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO. - ADVERTIR A NUEVA EPS, que los gastos que se deriven de la atención integral, 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 (Sustituida por la Resolución 586 de 2021) y 206 del 17 de febrero de 2020.

Destacó que el servicio de cuidador cuenta con prescripción médica y encontró probado el actuar negligente de la E.P.S. al desconocer el criterio del galeno tratante, con lo cual prolongó los padecimientos y puso en riesgo la salud y dignidad humana de la paciente agenciada, quien es sujeto de especial protección constitucional.

4. La impugnación⁹

La NUEVA E.P.S solicita revocar la orden de suministro de cuidador 12 horas, por tratarse de un servicio no PBS “que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado, cuyo suministro depende de criterios técnicos-científicos propios de la profesión de la salud y no pueden ser obviados por el juez constitucional”; y porque no concurren los requisitos

⁹ 16 de enero de 2024.

jurisprudenciales que excepcionalmente la obligarían a proveerlo: **(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.

También objeta la orden de amparo integral concedido a la señora FERNANDEZ DE MENDIVELSO por cuanto ha prestado todos los servicios de salud requeridos y considera que las órdenes del juez de tutela deben ir acompañadas de indicaciones precisas, pues no pueden ser indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas.

Subsidiariamente, pide facultar a la E.P.S. adelantar el recobro ante la A.D.R.E.S. de todos los gastos en que incurra en cumplimiento del fallo tutelar y que sobrepasen el presupuesto máximo previamente girado para la cobertura de este tipo de insumos.

5. 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. 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 1992¹⁰, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015¹¹

¹⁰ Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

¹¹ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

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.¹²

5.3.1. 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).**”¹³

De conformidad con el poder especial conferido¹⁴ por el señor GUSTAVO SIERRA OYOLA, cónyuge y actual cuidador de la señora ÁNGELA FRNANDEZ DE MENDIVELSO, el defensor público SANTOS MIGUEL ECHEVERRÍA PEDRAZA se encuentra legitimado por activa para acudir en defensa de los derechos fundamentales que reclama a través de la presente acción constitucional; igualmente, lo está por pasiva la empresa promotora NUEVA E.P.S, señalada de transgredirlos.

5.3.2. Inmediatez

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

¹² Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

¹³ Sentencia T-776 de 2011 Corte Constitucional.

¹⁴ Anexos de tutela, folio 15.

atendiendo si se tratan de personas en situación de indefensión, abandono, o que sean personas con discapacidad, entre otros”¹⁵

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 14 de octubre de 2023, y una vez negada su solicitud, acudió a la acción de tutela el 21 de diciembre siguiente.

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 2007¹⁶, 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 Salud¹⁷.

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 ÁNGELA FERNANDEZ DE MENDIVELSO o si tal omisión deviene en vulneración de los derechos fundamentales invocados, y si acertó el *A-quo* al disponer el amparo integral.

¹⁵ Sentencia T-264 de 2023.

¹⁶ El cual ha sido objeto de modificación, mediante las leyes 1437 de 2011 y 1949 de 2019.

¹⁷ 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.

7. Supuestos jurídicos

7.1. Derecho a la salud de personas mayores o de la tercera edad

En relación con la protección especial de las personas mayores o de la tercera edad, el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 estableció que, la atención en salud de estas personas goza de especial protección del Estado y no puede ser limitada por razones administrativas o financieras¹⁸.

En ese sentido, la Sentencia SU-508 de 2020¹⁹ reconoció que el carácter universal del derecho a la salud no es incompatible con la existencia de medidas de protección reforzada en favor de ciertos grupos o sujetos de especial protección constitucional, entre los que se incluyen las personas de la tercera edad²⁰. Esa misma providencia indicó que el carácter de especial protección *“implica, por una parte, que los derechos fundamentales de los adultos mayores deben interpretarse en concordancia con el principio de dignidad humana²¹ (...) y, por otra parte, que la protección de dichos derechos es prevalente²²”*. Por lo anterior, concluyó que la protección del derecho a la salud de los adultos mayores es de relevancia trascendental²³.

En concordancia, la Sentencia T-221 de 2021²⁴ señaló que los servicios de salud requeridos por las personas de la tercera edad deben garantizarse de manera continua, permanente, oportuna y eficiente, en atención, entre otras cosas, al deber de protección y asistencia consagrado en el artículo 46 de la Constitución²⁵.

¹⁸ Ley 1751 de 2015. Artículo 11. *“La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención.[...]”*.

¹⁹ M.P. Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas.

²⁰ Al respecto, la Sentencia T-394 de 2021, señaló que *“este grupo afronta debilidades para desarrollar ciertas funciones y actividades. Como consecuencia de ello, estas personas resultan inmersas en situaciones de exclusión en el ámbito económico, social y cultural. De manera que, es necesario adoptar medidas que permitan suprimir esas barreras para garantizar la igualdad material de esa población”*.

²¹ Sentencia T-610 de 2013 y T-416 de 2016, reiteradas por la sentencia de tutela T-471 de 2018.

²² Sentencia T-471 de 2018.

²³ Sentencias T-760 de 2008 y T-519 de 2014, reiteradas por la Sentencia T-471 de 2018. Asimismo, Sentencia T-540 de 2002, reiterada en Sentencia T-519 de 2014.

²⁴ M.P. Diana Fajardo Rivera.

²⁵ Constitución. 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. // El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”*.

En pronunciamientos más recientes, la Corte en Sentencia T-005 de 2023 refirió que la aplicación del principio de integralidad para garantizar la prestación de servicios y tecnologías en salud a pacientes de la tercera edad con enfermedades crónicas conlleva:

“(...) los servicios e insumos de salud que requieran las personas de la tercera edad deben garantizarse de manera continua, oportuna, permanente y eficiente. Esto sin anteponer barreras de orden administrativo. En relación con la provisión de los servicios de salud, ... el juez debe analizar las pruebas aportadas al proceso. Si de ellas no logra concluir qué insumos y servicios son necesarios para el paciente, entonces deberá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico.”

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. 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”²⁶.*

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”²⁷.*

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*

²⁶ Corte Constitucional, sentencia T-260 de 2020.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-017 de 2021. Ver entre otras, las sentencias T-414 de 2016, T-065 y T-458 de 2018.

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”²⁸.

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”.*

8. Examen del caso

Pretende la NUEVA E.P.S., la revocatoria del amparo integral en salud concedido a la señora ÁNGELA FERNANDEZ DE MENDIVELSO, pues considera que no es su responsabilidad asumir los costos de tal atención domiciliaria, porque se trata de un servicio 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 que justifique trasladar tan excepcional carga a la aseguradora de salud; por tanto asegura, que no se demostró un actuar negligente atribuible a la entidad, y confirmar bajo estos términos la protección dispuesta por el A-quo presume la mala fe de la entidad y cubre derechos futuros e inciertos que podrían resultar ajenos a su órbita de competencias.

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 dependencia total y diagnósticos detentados por la usuaria agenciada <<Z741 PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA NECESIDAD DE AYUDA PARA EL CUIDADO PERSONAL, E102 DIABETES MELLITUS INSULINODEPENDIENTE CON COMPLICACIONES RENALES, I10X HIPERTENSION ARTERIAL (PRIMARIA), E105 DIABETES MELLITUS INSULINODEPENDIENTE CON COMPLICACIONES CIRCULATORIAS PERIFERICAS, R32X INCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA >>; y a sabiendas de la necesidad de la atención

²⁸ *Ibidem.*

domiciliaria que desde el 14 de octubre de 2023 un galeno de su red prestadora adscrita I.P.S. MECAS SALUD DOMICILIARIA la negó a pesar de constatar a través de sus agentes la imposibilidad material²⁹ y económica advertida en la red de apoyo, a la espera de una orden judicial que dispusiera su prestación³⁰, trasladando la carga a la administración de justicia 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”³¹

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) que exista certeza de la necesidad del servicio y una orden proferida por el profesional de la salud adscrito a su red de prestadores, 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.

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

²⁹ Historia clínica denota que 2 de sus 4 hijos fallecieron por diagnósticos oncológicos y su único cuidador actualmente <<cónyuge>> es adulto mayor de 70 años de edad (anexos de tutela, folios 2 y 4)

³⁰ Anexos de tutela

³¹ Corte Constitucional. Sala segunda de revisión. Sentencia t-012 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera.

injustificada al acceso efectivo a los servicios de salud³²; además colocó en riesgo la salud física y emocional de la agenciada, 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 obligada 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.³³

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.

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]*

³² Corte Constitucional, sentencia T-508 de 2019.

³³ Corte Constitucional.. Sentencia T-513 de 2020. M.P. DR. JOSE FERNANDO REYES CUARTAS.

(...) 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 PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARAUCA 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.

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 2019³⁴ 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 expuesta, la Sala confirmará la orden de tratamiento integral y negará la solicitud de recobro.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia que el 10 de enero de 2024 profirió el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARAUCA y **NEGAR** la solicitud de recobro elevada por NUEVA E.P.S.

³⁴ 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.

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: **2226df437e060d85d8d112b0a75f69e787146b606b364049cc0db1e7aa250aca**

Documento generado en 29/02/2024 02:07:08 PM

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