

ATENCION DOMICILIARIA-Procedencia del servicio de cuidador domiciliario en circunstancias especiales

(...) en el expediente obra una orden médica... del médico tratante (adscrito a la EPS) del accionante, donde le ordenó servicio de cuidador de tiempo completo... el médico conoce de la situación familiar y del entorno en el que vive el accionante..., le corresponderá a la EPS, en ese segundo nivel de solidaridad, hacerse cargo del servicio de cuidador como una prestación de carácter social.

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR-Protección reforzada por ser sujeto de especial protección constitucional

ACCESIBILIDAD E INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Garantía prevalente para las personas de la tercera edad, sujetos de especial protección constitucional

SERVICIO DE CUIDADOR PERMANENTE-Requisitos para el suministro por parte de EPS

(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.

CONCEPTO CIENTIFICO DEL MEDICO TRATANTE-Es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud

DERECHO AL DIAGNOSTICO COMO PARTE DEL DERECHO A LA SALUD-Necesidad de orden del médico tratante para acceder a servicios o tecnologías en salud

ACCESIBILIDAD A SERVICIOS MEDICOS REQUERIDOS CON NECESIDAD-En caso de no existir orden de médico tratante se protege la salud en la faceta de diagnóstico

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Suministro de todos los insumos, elementos y servicios que se relacionen con su patología en la cantidad y condiciones que determine el médico tratante

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Casos en que procede la orden de tratamiento integral

DERECHO A LA SALUD, A LA SEGURIDAD SOCIAL Y A LA VIDA DIGNA DEL ADULTO MAYOR-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD Y TRANSPORTE COMO MEDIO PARA ACCEDER A SERVICIOS MEDICOS-Reiteración de jurisprudencia

EXONERACION DE CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-Reglas jurisprudenciales

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Octava de Revisión

SENTENCIA T-264 DE 2023

Referencia: Expediente T-9.201.898

Acción de tutela instaurada por Gustavo Aguirre Ordoñez contra la Caja de Compensación Familiar Compensar

Magistrada ponente:

Cristina Pardo Schlesinger

Bogotá D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil veintitrés (2023).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Natalia Ángel Cabo y Cristina Pardo Schlesinger -quien la preside-, y el magistrado José Fernando

Reyes Cuartas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido en única instancia del 28 de diciembre de 2022 por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Duitama, en el que negó el amparo de los derechos a la salud, vida y seguridad social solicitados por Gustavo Aguirre Ordoñez contra la Caja de Compensación Familiar Compensar (en adelante, Compensar EPS).

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones

1.1. El señor Gustavo Aguirre Ordoñez de 92 años⁴ se encuentra afiliado en calidad de cotizante a Compensar EPS en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Afirmó que, padece de “Insuficiencia cardiaca congestiva (ICC), Enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC) con dependencia moderada, Hipoacusia neurosensorial leve-profundo, Degeneración de la mácula (DMRE)”⁵, entre otras patologías asociadas a su avanzada edad.

1.2. Sostuvo que requiere la prestación del servicio de “Cuidador-24 horas” en razón a las diferentes enfermedades que padece y que obran en su historia clínica y que su asegurador no le ha suministrado una respuesta positiva, pese a que lo ha solicitado en múltiples ocasiones, de manera verbal⁶.

1.3. Aseguró que en la fórmula médica no. 52850 del 08 de julio de 2022, emitida por el doctor Giovanni Andrés González Sora, médico cirujano, se plasmó: “Paciente requiere acompañamiento de tercero por alteraciones en la funcionalidad. Tiempo completo. Diagnóstico EPOC y Senilidad”⁷.

1.4. Manifestó que es una persona de la tercera edad, que vive en un segundo piso, que no tiene hijos y que su salud cada día es más gravosa, requiriendo de acompañamiento permanente las 24 horas del día, para que una persona vele por su salud y por su cuidado personal los últimos años de vida, ya que, por la falta del mismo, ha presentado una disminución física y psicológica⁸.

1.5. A partir de lo anterior, solicitó se le tutelen los derechos fundamentales a la salud y vida digna, para que le sean suministrados todos los insumos que requiera mediante orden médica; asimismo, que se le suministre el servicio de cuidador permanente, tratamiento integral, gastos de transporte y acompañante, en caso de requerirlo y exoneración de cuotas moderadoras, por ocasión de las múltiples patologías que padece⁹.

1. Trámite de la acción de tutela

Mediante auto del 16 de diciembre de 2022¹⁰, el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Duitama admitió la acción de tutela, corrió traslado a la accionada para que se pronunciara sobre los

hechos de la demanda y, con el mismo fin, vinculó a la Secretaría de Salud Municipal de Duitama. Posteriormente, mediante auto del 28 de diciembre de 2022, el juzgado en mención, antes de proferir sentencia de fondo, requirió nuevamente a la EPS Compensar para que allegara la historia clínica del accionante, sin que ésta fuera entregada¹¹.

1. Contestación de la demanda

1. Caja de Compensación Familiar Compensar

3.1.1. Mediante apoderada judicial, la entidad demandada se pronunció en torno a cada una de las pretensiones elevadas por el accionante, así:

i. Frente al servicio de enfermería y/o cuidador, indicó que: “no existe una orden médica para el servicio de enfermería emitida por algún galeno adscrito a la EPS (...) según pertinencia y orden médica; diferenció el servicio de enfermería al de cuidador, puesto que el primero está sujeto a dos condiciones¹² establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia T-423 de 2019, y el segundo tiene unas características¹³ que fueron fijadas en la sentencia T-154 de 2014. Hizo énfasis en que lo que requiere el afiliado es un cuidador y, al no ser un servicio de salud financiado por la unidad de pago per cápita (UPC), no está incluido en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), debiendo estar a cargo del núcleo familiar del accionante en virtud del principio constitucional de solidaridad, garantizando de esta manera la sostenibilidad del sistema¹⁴.

i. En relación con la exoneración de cuotas moderadoras, manifestó que el usuario al no encontrarse en el régimen subsidiado debe cancelar los valores que le competen cuando haga uso de los servicios médicos sin que esto le afecte el mínimo vital, ya que es un

derecho que no alegó en la demanda como vulnerado¹⁵.

i. Respecto del servicio de transporte, aseguró que en la actualidad no existe orden médica ni junta de profesionales que prescriban o avalen el servicio de transporte. Adicionalmente, describió el trámite que debe seguirse en caso de que el paciente lo requiera; así, es el médico tratante que con autonomía, criterio médico y pertinencia lo prescribe¹⁶.

i. Ante la solicitud de tratamiento integral, allegó un reporte de los últimos cuatro meses de 2022, en el que se reflejan treinta y nueve servicios, como: exámenes, suministro de oxígeno y atenciones médicas discriminados por fecha, código, centro de costos y NIT o cédula del prestador de salud; agregó que, no existen servicios pendientes u órdenes médicas a las cuales no se les haya dado el trámite correspondiente¹⁷.

3.1.2. De esta manera, la mandataria judicial propuso dos excepciones, ambas con la finalidad de que se declare la improcedencia de la acción de tutela; la primera de ellas, encaminada a probar que no existió vulneración de derecho fundamental alguno, asegurando que ha brindado los servicios médicos, prestaciones asistenciales que han sido requeridos por el usuario conforme a las coberturas del Sistema General de Seguridad Social en Salud; y la segunda de ellas, afirmando que se presentó la carencia actual de objeto por hecho superado, puesto que su representada ha garantizado la prestación de los servicios requeridos por el usuario. Posición que viene sustentada en la sentencia T-058 de 2018¹⁸.

3.1.3. En forma complementaria, la empresa accionada a través de uno de sus prestadores, la IPS STR en Casa, sostuvo que el accionante, una persona nonagenaria, se encuentra en el programa desde el mes de octubre de 2021, con los diagnósticos de J449, M199, L038 y B-35919, por lo que actualmente se le prestan los servicios de “terapia respiratoria #12, terapia física #12 y visita médica #1”; y que, revisada la historia clínica por parte de los dos terapeutas, no encuentran pertinencia para el servicio de enfermería, ya que: “las actividades

mencionadas por la familiar en el documento, son acciones cotidianas de un individuo, encaminadas a su auto-cuidado y movilidad, las cuales le permiten tener autonomía e independencia sin precisar ayuda continúa de otros como: comer, controlar esfínteres, usar el baño, vestirse, bañarse, trasladarse, deambular, entre otros, deben ser asistidas por un cuidador o un familiar sin que este necesite conocimientos especializados en el área de la salud”²⁰.

3.2 Secretaría de Salud Municipal de Duitama

3.2.1. La Secretaría de Salud Municipal de Duitama, por intermedio de la Oficina Asesora Jurídica, primeramente indicó que el accionante nunca se ha acercado a la Secretaría de Salud Municipal a solicitar su intervención con el fin de intermediar ante la EPS Compensar para la autorización de cuidador permanente, exoneración de cuotas moderadoras o auxilios de transporte; así mismo, sostuvo que en la base de datos del ADRES, el accionante aparece como afiliado a la EPS Compensar, en la ciudad de Duitama, en estado activo, en el régimen contributivo²¹.

3.2.2. Solicitó la desvinculación por no acreditarse la legitimación en la causa por pasiva, puesto que su representada no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante. Frente a los hechos, manifestó desconocerlos y atenerse a lo que se pruebe dentro del proceso; insistió en que la entidad no es responsable de la prestación de los servicios médicos por tecnologías en salud incluidas en el PBS, ya que hay un responsable y es la EPS a la que se encuentra afiliado y en estado activo. Se sirvió de algunos apartes de la sentencia T-760 de 2008, para referirse al derecho de la salud, entre el que cabe destacar «que la salud no solo consiste en la ausencia de afecciones y enfermedades, sino que “comprende el derecho al nivel más alto de salud posible” a nivel físico, mental y social, de acuerdo con las circunstancias particulares de cada individuo»²².

1. Pruebas que obran en el expediente

4.1. Copia de cédula de ciudadanía del accionante, la cual tiene como fecha y lugar de nacimiento el 10 de enero de 1931 en la ciudad de Tunja.

4.2. Copia de informe audiológico realizado el 25 de octubre de 2022 por fonoaudióloga, en el que se plasmó: paciente con hipoacusia en estudio, usuario de audífonos hace 9 años y EPOC. "OI: reflejos ipsilaterales y contralaterales ausentes de 500Hz a 4000Hz. OD: reflejos ipsilaterales y contralaterales ausentes de 500Hz a 4000Hz, OI: 60dB y OD: 58 dB.", distorsión a alta intensidad en ambos oídos. Se recomendó seguimiento por otorrinolaringología y uso de ayuda auditiva bilateral prioritaria por baja discriminación del habla²³.

4.4. Copia de historia clínica de ingreso del 12 de octubre de 2022, donde se registra que el accionante acude a los servicios de salud del plan complementario de Compensar EPS, por un dolor en los miembros inferiores con predominio en talones, cuando el ortopedista descartó atención por esa especialidad y remitió al área de endocrinología y cirugía vascular²⁵.

1. Decisión judicial objeto de revisión

5.1. En fallo del 28 de diciembre de 2022, el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Duitama negó el amparo de los derechos a la vida, integridad, salud y seguridad social. Luego de hacer una síntesis de las actuaciones surtidas, de encontrar cumplidos los presupuestos de procedencia y de referirse normativamente a la acción de tutela, la Juez fundamentó su

decisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con la especial protección al adulto mayor, en virtud del principio de solidaridad dentro de un Estado Social de Derecho²⁶; citó para tal efecto los artículos 13 y 46 superiores, que tratan del derecho fundamental a la igualdad (en sentido material) y del deber que le asiste al Estado, la sociedad y la familia para ayudar a las personas de la tercera edad²⁷.

5.2. Por otra parte, señaló frente a la facultad del médico tratante para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud, que le corresponde al Juez de tutela identificar la eventual afectación de este derecho, con base en los requerimientos del accionante de un medicamento, un servicio, un procedimiento o insumo, partiendo de que el servicio sea ordenado por el médico tratante²⁸. Finalmente, explicó que no se logró probar la necesidad de los pedimentos de la tutela y, si bien el despacho requirió a la accionada para que remitiera la historia clínica del accionante, ésta guardó silencio frente al citado requerimiento, razón por la que no se pudo establecer con total certeza cuáles son los servicios de salud requeridos²⁹.

5.3. Concluyó que, sin desconocer la situación de vulnerabilidad del accionante al ser un adulto mayor y sujeto de especial protección constitucional por carecer de red de apoyo (viudo y sin hijos), y ante la duda de si había una vulneración a sus derechos fundamentales, invocó el principio de solidaridad, por lo que ordenó a la Alcaldía de Duitama que, por intermedio de los programas con que cuenta para la atención al adulto mayor, contacte al accionante y le brinde el apoyo y los beneficios con que cuentan los adultos mayores en el municipio, así como, de ser necesario, proceda a remitirlo a la Personería Municipal de Duitama, para que sea asesorado jurídicamente, por si es su deseo instaurar nueva tutela³⁰. También conminó a que la EPS atendiera todos los requerimientos de servicios de salud del accionante.

1. Actuaciones en sede de revisión

6.1. Mediante auto 998 del 30 de mayo de 2023, la Sala Octava de Revisión de Tutelas desacomuló el expediente T-9.210.157 del T-9.201.898, al encontrar que había diferencias sustanciales entre ambos que dificultaban la resolución de aquellos en una sola sentencia. Lo anterior por cuanto en el caso sub examine fue necesario el recaudo probatorio para la toma de una decisión de fondo, cosa que no se requirió en el otro expediente³¹.

6.2. En auto del 05 de junio de 2023, la magistrada sustanciadora, ante la ambigüedad de algunas pruebas allegadas, la duda persistente en la juez de única instancia y la necesidad de indagar sobre algunos aspectos, en virtud del artículo 64 del Reglamento Interno de la Corporación requirió a la EPS Compensar para que informara el ingreso base de cotización (IBC) sobre el que hace aportes a salud el accionante, indicando la categoría o rango al que pertenece, y aportara historia clínica actualizada, incluyendo toda atención en lo corrido del presente año. De igual forma, requirió a la IPS STR en Casa, para que allegara historia clínica actualizada del paciente, indagando si ha recibido atención por médico geriatra, y pidiendo información del vínculo contractual actual o pasado con esa empresa del médico Giovanni Andrés González Sora, quien le generó la orden médica no. 52850 de “cuidador, tiempo completo”. Por último, requirió a la oficina de registro de instrumentos públicos para que informara si el accionante contaba con propiedades a su nombre.

6.3. Todas las pruebas fueron allegadas dentro del término concedido. En primer lugar, la respuesta dada por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, que allegó certificado de tradición de una propiedad, en cabeza del accionante, que coincide con su lugar de residencia. En segundo lugar, la respuesta brindada por la IPS SRT en Casa, en que se indicó: “...paciente de 91 años, en el programa de atención domiciliaria desde el mes de octubre de 2021, diagnósticos de J449, M199, L038 y B359, a quien actualmente se le presta los servicios de terapia física y respiratoria y visita médica...”. Asimismo, informaron que el doctor Giovanni Andrés González Sora actualmente presta sus servicios a Sistemas de Terapia Respiratoria como Médico General, en la modalidad de Atención Domiciliaria; manifestaron desconocer si el paciente ha sido atendido por su EPS por la especialidad de

Geriatría. Adjuntaron la historia clínica de las atenciones recibidas, en 508 páginas.

6.4. Por otro lado, la respuesta que dio la entidad accionada se compuso de varios asuntos. Una parte, con un componente económico, donde indicó que el accionante se encuentra afiliado al régimen contributivo en calidad de cotizante pensionado de Colpensiones y Bavaria; los aportes a salud se hacen bajo un IBC combinado de \$3.048.564.00. Sobre el punto de las cuotas moderadoras, el accionante pertenece al rango de ingresos de entre 2 a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMMLV) pagando un valor de cuota de dieciséis mil cuatrocientos cinco pesos (\$16.405), costo que a juicio de la demandada no afecta su mínimo vital. Frente al componente de salud, manifestó que la historia clínica será allegada por la IPS STR en Casa y adjuntó un extracto de historia clínica aclaratoria del 12 de enero de 2023, del Dr. Giovanny Andrés González Sora, en la que tiene como antecedentes: EPOC, ICCV y maculopatía, con hipoacusia (audífonos averiados). sobre los medicamentos que consume el accionante indica: furosemda, espironolactona y bromuro de ipratropio; y agrega una observación del siguiente tenor: “Paciente oxígeno requirente con alteraciones en la funcionalidad por artrosis y sarcopenia, con requerimiento de cuidador básico...” (negritas fuera del texto) .

1. Competencia

1.1. La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro de los procesos de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 y numeral 9 del artículo 241 de la Constitución y artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Análisis de procedencia de la acción de tutela³²

2.1. La Constitución Política en su artículo 86 estableció la acción de tutela y el Decreto Ley 2591 de 1991, se encargó de reglamentarla. A pesar de ser una acción jurisdiccional, no requiere de abogados para su interposición ni de conocimientos especializados, ya que no tiene ningún tipo de formalidad. Por ende, se ha establecido que para que proceda este mecanismo de amparo, el juez debe examinar el cumplimiento de cuatro requisitos, a saber: la legitimidad por activa, la legitimidad por pasiva, la inmediatez y la subsidiariedad; de encontrarlos acreditados, la autoridad judicial hará el estudio de fondo del caso, amparando o no los derechos fundamentales reclamados por el accionante; de lo contrario, si no se acredita el cumplimiento de alguno de los requisitos, el juez tendrá que declarar improcedente el amparo solicitado. A continuación, la Sala analizará el cumplimiento de los requisitos mencionados.

Legitimación en la causa por activa

2.2. El artículo 86 superior dispone que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces (...), por sí misma (...), la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales”; y el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991, indica que la tutela “podrá ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante”. En el caso sub examine, es fácil determinar que la tutela fue interpuesta directamente por el interesado, quien es el titular de los derechos presuntamente vulnerados, por la negativa en el suministro de cuidador por 24 horas de la EPS Compensar. Así, se encuentra satisfecho el requisito de legitimación en la causa por activa.

Legitimación en la causa por pasiva

2.3. El artículo 86 superior y el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991 indican que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que violen o amenacen con vulnerar algún derecho fundamental. Este mecanismo también procede contra particulares cuando tienen a cargo la prestación del servicio público de salud³³. Así las cosas, se cumple con la legitimación en la causa por pasiva, ya que la Entidad Prestadora de servicios de Salud Compensar (empresa privada) es la accionada y a la que está afiliada el tutelante, quien debe garantizar la atención en salud.

2.4. Cabe destacar que la juez de instancia consideró vincular a la Secretaría de Salud Municipal de Duitama; sin embargo, se anticipa que la entidad mencionada no está legitimada en la causa por pasiva, por cuanto no les resulta atribuible la presunta vulneración alegada por el accionante. En efecto, el actor no reprocha actuar alguno de la vinculada, de la cual se derive amenaza o vulneración a los derechos fundamentales.

Inmediatez

2.5. 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; de no ser así, se desdibuja el propósito dado por el constituyente. 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. En el caso que nos ocupa, se encuentra cumplida la exigencia, puesto que la orden del médico tratante, donde se lee que el actor requiere de “acompañamiento de tercero por alteraciones en la funcionalidad. Tiempo completo”, es del 08 de julio de 2022 y el accionante alegó que lo solicitó a su asegurador de manera verbal y, ante la falta de respuesta positiva, interpuso la acción de tutela el 16 de diciembre de 2022; siendo un término que la Sala considera razonable.

Subsidiariedad

2.6. De manera sucinta, el artículo 86 superior imprime a la tutela el carácter subsidiario cuando señala que “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. A partir de lo anotado, la Corte Constitucional ha establecido que la acción procede cuando i) no existen otros mecanismos de defensa judicial, o que habiéndolos, éstos no resultan idóneos o eficaces para la protección de los derechos fundamentales; ii) hay un sujeto de especial protección constitucional (niños, mujeres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad, población desplazada, personas de la tercera edad, entre otros) y el amparo constitucional se dé como medida transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

2.7. Es una labor del juez revisar detenidamente si existe un mecanismo judicial idóneo y eficaz para garantizar los derechos del accionante³⁴ con el fin de restablecer de forma efectiva, oportuna e integral los derechos invocados. No obstante, puede suceder que existan medios judiciales idóneos y eficaces, pero para evitar un perjuicio irremediable o que se concrete un daño inminente, la tutela pueda proceder como amparo transitorio. Por otro lado, la jurisprudencia constitucional reconoce que, si el actor es un sujeto de especial protección constitucional (niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros), el funcionario judicial debe aplicar criterios de análisis más flexibles, pero no menos rigurosos, otorgando un tratamiento diferencial³⁵.

2.8. Por último, 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 2007³⁶, 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, haciendo que cualquier individuo acuda directamente a la tutela como mecanismo principal, sin importar que se trate de una persona en situación de vulnerabilidad por debilidad manifiesta o que sea un sujeto de especial protección constitucional, situación que, de todas maneras, debe evaluar el juez constitucional.

2.9. En suma, la Sala verifica, para el caso del señor German Aguirre Ordoñez, persona de la tercera edad y en estado de debilidad manifiesta debido a su estado de salud, quien acude a la tutela como mecanismo principal, el cumplimiento del presente requisito, ya que no hay evidencia que en la actualidad la Superintendencia Nacional de Salud haya superado las deficiencias expuestas en la sentencia SU-508 de 2020. Por tanto, una vez verificado el cumplimiento de todos los requisitos de procedencia de la acción de tutela en el presente asunto, le corresponde a la Sala definir el problema jurídico y establecer la metodología que servirá para abordar el caso concreto y la resolución del mismo.

3. Asunto objeto de análisis, problema jurídico y metodología

3.1. La Sala estudiará la acción de tutela del señor Aguirre Ordoñez, persona de la tercera edad, viudo y sin hijos, que pertenece al régimen contributivo en salud³⁷, quien goza de cierta capacidad económica por ser pensionado y vivir en una vivienda de su propiedad, que padece de una serie de patologías, asociadas a su avanzada edad que son la artritis, EPOC, ICC, DMAE e Hipoacusia, enfermedades que son degenerativas y progresivas, requiriendo la ayuda constante de un tercero para asistirle en sus desplazamientos. El accionante asegura que, para mejorar su calidad de vida, su médico tratante le emitió la orden médica no. 52850 del 08 de julio de 2022, donde se dijo: “Paciente requiere acompañamiento de tercero por

alteraciones en la funcionalidad. Tiempo completo. Diagnóstico EPOC y Senilidad”; y que, ante la falta de respuesta satisfactoria de su EPS, su salud se ha deteriorado porque vive en un segundo piso, y no tiene quien lo asista, situación que lo afecta física y psicológicamente.

3.2. Según los hechos narrados, la accionada no brindó una respuesta positiva frente al servicio de cuidador, tiempo completo; por esa razón, invocó la protección de los derechos a la salud, vida y seguridad social. En cambio, la EPS se limitó a decir que no existe orden para el servicio de enfermería emitida por galeno adscrito a la EPS; y que la figura del cuidador no es un servicio de salud financiado por el sistema. La sentencia de única instancia negó el amparo de los derechos invocados porque no se demostró dentro del plenario la necesidad del servicio solicitado y, porque a criterio de la juez, los apartes de la historia clínica allegada eran de un año de antigüedad.

3.3. Conforme a la situación fáctica esbozada, el problema jurídico que debe resolverse es el siguiente: ¿La EPS accionada vulneró los derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social de una persona de la tercera edad afiliado al régimen contributivo, con múltiples patologías asociadas a su avanzada edad, sin red de apoyo familiar, al no autorizar la prestación del servicio de cuidador, tiempo completo, a pesar de existir prescripción de su médico tratante, tratamiento integral, gastos de transporte y exoneración de cuotas moderadoras?

3.4. Con la finalidad de contestar a este interrogante, la Sala reiterará: (i) el derecho a la salud de las personas mayores o de la tercera edad; (ii) los requisitos para la prestación del servicio de cuidador; (iii) la figura del tratamiento integral y otros derechos; finalmente, (iv) decidirá el caso concreto.

4. El derecho a la salud de las personas mayores o de la tercera edad. Reiteración de

4.1. La Constitución Política en su artículo 49 consagra la atención en salud como un servicio público de responsabilidad del Estado, que tiene a cargo el deber de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud de las personas, orientado por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Luego de una evolución de alrededor de 30 años, en la actualidad, el derecho a la salud es un derecho autónomo e irrenunciable; su carácter fundamental fue otorgado por la sentencia hito T-760 de 2008³⁹; y posteriormente fue el legislador con el artículo 2° de la Ley 1751 de 2015⁴⁰ (también llamada, Ley Estatutaria en Salud) que lo elevó a un rango fundamental; esta ley tuvo un control previo llevado a cabo por la Sentencia C-313 de 2014, que la declaró exequible. De igual manera, es importante destacar que el derecho fundamental a la salud, definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”⁴¹, posee unos elementos y principios establecidos en los artículos 6° y 8° de la mencionada ley, que van al unísono de la doble connotación que ha referido la Corte Constitucional, de ser un derecho/servicio público.

4.2. Del derecho a salud, se destacan varios elementos y principios que se condensaron dentro de la Ley Estatutaria, como el de integralidad: el derecho de los usuarios del sistema a recibir la atención y el tratamiento completo de sus enfermedades, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante; accesibilidad: los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad; comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información; oportunidad: la prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones; continuidad: derecho a recibir los servicios de salud de manera continua y, una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, esta no podrá ser interrumpida por razones administrativas o económicas; universalidad: todos los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida, para que el usuario del sistema de salud obtenga un servicio de calidad⁴².

4.3. Acerca del principio de integralidad, se precisa que, cuando el Estado y las entidades encargadas de la prestación del servicio brindan el tratamiento indicado, sin lograr una mejoría en las condiciones de salud y calidad de vida de los pacientes, deben proveérseles los servicios y tecnologías necesarios para sobrellevar la enfermedad garantizando al usuario una vida en condiciones dignas⁴³. En relación a la universalidad, otra de las características del derecho a la salud, la sentencia SU-508 de 2020 hizo una aclaración, en el sentido de indicar que, el establecer acciones afirmativas en favor de las personas de la tercera edad⁴⁴, como sujetos de especial protección constitucional, no desconoce ese postulado; en similar sentido, la sentencia T-338 de 2021 señaló que esta parte de la población “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”.

4.4. De la misma manera, la sentencia SU-508 de 2020 indicó que el carácter de especial protección supone “que los derechos fundamentales de los adultos mayores deben interpretarse en concordancia con el principio de dignidad humana y con la Observación General No. 14 proferida por el Comité de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, [instrumento internacional] que orienta la interpretación del derecho a la salud de personas en situación de vulnerabilidad. Asimismo, consideró que la protección de sus derechos es prevalente. Es decir, tiene una relevancia trascendental”⁴⁵. Más adelante, la sentencia T-221 de 2021 sostuvo que los servicios de salud que lleguen a necesitar los individuos en su última etapa de vida serán garantizados de manera continua, permanente, oportuna y eficiente, en atención, entre otras cosas, al deber de protección y asistencia consagrado en el artículo 46 superior⁴⁶.

4.5. Recientemente, la Ley 2055 de 2020 incorporó en la legislación interna la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada en Washington DC, el 15 de junio de 2015, en la que se resalta “que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas”.

También que “la persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación”. Recalca en que: “se deberán diseñar e implementar políticas públicas intersectoriales de salud orientadas a una atención integral que incluya la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas, y la rehabilitación y los cuidados paliativos de la persona mayor a fin de propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico, mental y social”. Por tanto, se puede afirmar que hay normas internacionales vinculantes para el Estado colombiano, en materia de protección del adulto mayor y de personas de la tercera edad⁴⁷, en todos los ámbitos de su vida, incluyendo el de la salud, porque goza de los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, en los que la dignidad y la igualdad son inherentes a todo ser humano⁴⁸.

5. Requisitos para la prestación del servicio de cuidador. Reiteración jurisprudencial⁴⁹

Evolución jurisprudencial y normativa

5.1. La mayoría de la jurisprudencia constitucional tiende a estudiar el servicio de enfermería y el servicio de cuidador de manera conjunta, en razón a que puede generar confusión entre los mismos accionantes, a pesar de que son dos instituciones completamente diferenciables. La primera obedece al ámbito de la salud, y la segunda responde al principio de solidaridad, pilar en que se funda el Estado Social de Derecho. En este orden de ideas, atendiendo al caso concreto que se estudiará más adelante, solo se abordará lo que concierne al servicio de cuidador. Así las cosas, la sentencia T-154 de 2014, anterior a la expedición de la Ley 1751 de 2015, ya mostraba algunas de las características que consolidarían el concepto de cuidador, entre las cuales están: (i) pueden ser sujetos no profesionales de la salud⁵⁰, (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 dependiente⁵¹ y, (iv) brindan un apoyo emocional al sujeto por el que velan⁵². De lo anterior, se desprende que la actividad de cuidador obedece al principio de solidaridad acorde con el artículo 46 superior, exigible del

Estado, la sociedad y la familia; por tanto, no debería ser asumido por el sistema de salud.

5.2. De manera reciente, con relación a los ‘cuidadores’ la sentencia T-260 de 2020 mencionó tres aspectos: i) son personas cuya función principal es ayudar en el cuidado del paciente con la atención de las necesidades básicas, ii) es aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria⁵³ y, iii) 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”⁵⁴.

5.3. Ahora bien, en la sentencia T-017 de 2021, se reflejan unos requisitos recogidos de 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 familia. Estos requisitos 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”⁵⁵. La sentencia en mención introdujo dentro del análisis de la figura en estudio, un componente económico importante. Sostuvo 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”⁵⁶.

5.4. Por tanto, 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”. Con las sentencias T-015 y T-017 de 2021, la Corte comprendió que el servicio de cuidador estaba a cargo de la EPS, pero teniendo claro que no se trata de una prestación del ámbito de la salud, porque no se puede afectar el equilibrio del sistema; aun así, una EPS no puede negar la prestación de un servicio o tecnología –como el servicio de cuidador– alegando que el usuario cuenta con el apoyo de su esposa, madre o hija⁵⁷.

Acerca de la prescripción, orden o fórmula médica

5.5. Dentro del sistema de salud y en lo relacionado con la prestación de servicios y tecnologías incluidos en el PBS, es pacífica la jurisprudencia que indica que los pacientes, por regla general, deben tener una prescripción, orden o fórmula médica que les sirve de acceso para obtener los insumos, servicios y tecnologías de salud; esto se debe al rol del médico tratante, que definido por la Corte es “quien cuenta con la formación académica necesaria para evaluar la procedencia científica de un tratamiento, a la luz de las condiciones particulares de cada paciente y el único capaz de determinar la idoneidad de un tratamiento médico; [por tanto] la opinión del médico tratante adscrito a la EPS constituye el principal criterio para determinar los insumos y servicios que requiere un individuo”⁵⁸. Es de vital importancia el concepto emitido por el médico tratante que puede tener carácter vinculante, aun sin pertenecer a la EPS⁵⁹. Como se mencionó en líneas anteriores, es a través de la prescripción médica (acto del profesional tratante mediante el cual se ordena un servicio o tecnología o se remite al paciente a alguna especialidad médica), que los usuarios acceden a los servicios y tecnologías en salud que requieren, sin que existan formalidades adicionales.

5.6. De igual manera, puede haber casos en los que no haya la orden médica respectiva o que se trata de prestaciones no incluidas en el PBS; ante dicha posibilidad, la Corte ha ordenado el suministro de servicios e insumos incluidos en el PBS, cumpliendo algunas condiciones plasmadas en la Sentencia SU-508 de 2020⁶⁰. Así las cosas, bajo el nuevo esquema, existen servicios i) del PBS financiados con la UPC, ii) del PBS no financiados con la UPC y, iii) aquellos explícitamente excluidos de financiación con recursos del sistema; por tanto, se expone lo relacionado con la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, o de servicios complementarios; bajo este escenario se exige que: i) sea realizada por el profesional de la salud tratante, ii) que este debe pertenecer a la red definida por las EPS o EOC, iii) y que se elabore en línea, a través de la herramienta tecnológica disponible, hoy en día es el MIPRES, o con los mecanismos disponibles en la correspondiente área geográfica. A modo de conclusión, “si existe prescripción médica se debe ordenar directamente cuando fuere solicitado por vía de tutela; sin embargo, si no se acredita la existencia de una orden médica, el juez constitucional podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se advierta la necesidad de impartir una orden de protección”.⁶¹

Del servicio de cuidador

5.7. Así como le corresponde al médico tratante establecer el tratamiento indicado para cada uno de sus pacientes dentro de las tecnologías que garantiza el PBS, también, en virtud del principio de solidaridad, ante el conocimiento de la ausencia de un primer nivel conformado por las personas del núcleo familiar del paciente, o ante la incapacidad de estos, se le impone el deber de activar el segundo nivel, a través de la expedición de una orden médica, para que sea la EPS, quien asuma el manejo y la responsabilidad de suministrar el servicio de cuidador. Obligación que se desprende del deber de solidaridad del Estado, la sociedad y la familia.

5.8. Una vez teniendo claro que el servicio de cuidador (servicio social) lo debe prestar la EPS

cuando no hay un primer nivel de familiares cercanos al paciente, con el fin de no afectar la sostenibilidad del sistema de salud⁶², se estableció, en reemplazo de los recobros⁶³, que en el pasado hacían las EPS al FOSYGA para el cobro del suministro de actividades y/o procedimientos por fuera de lo que hoy se conoce como PBS, un sistema de techos o presupuestos máximos en cabeza de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES, que se encarga de hacer presupuestos máximos por anticipado para que las EPS garanticen a sus afiliados la prestación de servicios y tecnologías, servicios complementarios o excluidos expresamente del PBS, que no están financiados por la UPC. Por eso, la reiteración de varias sentencias como la SU-508 de 2020, indican que no se debe confundir la figura del cuidador con el servicio de enfermería domiciliario⁶⁴. De esta manera, si hay una orden médica en la que se solicite el servicio de cuidador, el juez debe ordenar directamente a la EPS su prestación, y esta encargarse del trámite administrativo, acorde a la legislación vigente.

1. Del tratamiento integral y otros derechos. Reiteración jurisprudencial⁶⁵

6.1. El tratamiento integral consiste en una orden que puede proferir el juez de tutela y cuyo acatamiento involucra una atención “ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad del usuario”⁶⁶ a cargo de la EPS. De manera que, en esos casos, la prestación del servicio de salud debe incluir todos los elementos que prescriba el médico tratante⁶⁷.

6.2. La jurisprudencia⁶⁸ ha establecido unos criterios necesarios para la procedencia de una orden de suministrar el tratamiento integral, parámetros que el juez de tutela debe verificar así: a) si la EPS fue negligente en el cumplimiento de sus deberes; y, b) Si existen prescripciones médicas que especifiquen tanto el diagnóstico del paciente, como los servicios o tecnologías en salud que requiere. Como criterio auxiliar, también se puede analizar si, el demandante es un sujeto de especial protección constitucional o está en condiciones extremadamente precarias de salud. En este punto, no es dable al funcionario judicial pronunciarse de aspectos futuros o inciertos, puesto que el tratamiento es lo suficientemente

claro.

6.3. Ahora bien, sin presumir la mala fe, el juez puede pronunciarse sobre la posible negligencia de la EPS en la prestación del servicio; de cara a la situación, la Corte señaló los eventos en que puede suceder: “por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte”⁶⁹.

Del derecho a la seguridad social y a la vida digna⁷⁰

6.4. Con cierta frecuencia cuando se invoca la vulneración del derecho a la salud, esta se acompaña de los derechos a la vida digna y seguridad social; no se trata de una mera casualidad, en la medida que son garantías que en la mayoría de los casos tienen estrecha relación con el derecho fundamental a la salud. Bajo este contexto, el artículo 48 superior dispone que la seguridad social es “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley”. En consecuencia, la correcta garantía del derecho a la salud o su afectación tendrá repercusiones en el amparo o desconocimiento del derecho a la seguridad social; máxime si se trata del derecho a la seguridad social de los adultos mayores, pues no puede desconocerse que una de las razones para acceder al suministro del servicio de cuidador es precisamente la necesidad de brindar una protección social a una persona de la tercera edad.

6.5. En lo que tiene que ver con el derecho a la vida digna, la sentencia T-041 de 2019 sostuvo que la dignidad humana es un pilar fundamental, base de nuestro ordenamiento

jurídico, principio constitucional y derecho fundamental autónomo. Aquella providencia consideró que “la salud, la integridad física, psíquica y espiritual, así como el acceso a las condiciones materiales mínimas de existencia, entre otros, constituyen los presupuestos irreductibles para una vida digna”⁷¹; y frente a la relación entre este derecho y el derecho a la salud, la sentencia T-033 de 2013 explicó que, las prestaciones propias de esta prerrogativa, permiten que el individuo desarrolle “plenamente las diferentes funciones y actividades naturales del ser humano, lo que consecuentemente eleva el nivel de oportunidades para la elección y ejecución de un estilo de vida”⁷². En suma, la sentencia T-017 de 2021, en lo atinente a este punto, concluyó: “que la debida protección y garantía del derecho fundamental a la salud redundan en la protección de la dignidad de la persona y la vida en condiciones dignas, así como el recto funcionamiento y aplicación del servicio de seguridad social en salud”⁷³.

6.6. Acerca de la protección al derecho a la vida en condiciones dignas, a partir del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las sentencias T-760 de 2008, C-313 de 2014 y SU-505 de 2020, esta alta Corporación ha reconocido que: “en aquellos casos excepcionales en que la denegación del suministro de un servicio o tecnología por fuera del PBS afecte de manera decisiva el derecho a la salud o la dignidad de las personas, el juez de tutela deberá intervenir para su protección”. Además, la sentencia T-423 de 2019 precisó que, en atención al deber constitucional de proteger la dignidad humana, el servicio de cuidador: “se encuentra orientado a brindar el apoyo físico necesario para que una persona pueda desenvolverse en sociedad y realizar las actividades básicas requeridas para asegurarse una vida digna, en virtud del principio de solidaridad”⁷⁴.

Breve mención a los gastos de transporte y la exoneración de cuotas moderadoras

6.7. En relación a la prestación del servicio de transporte, se debe señalar que, conforme a la sentencia T-122 de 2021, la Corte recordó que cuando una EPS autoriza un servicio ambulatorio incluido en el PBS prestado fuera del municipio donde vive el usuario, y no asume el servicio de transporte intermunicipal y los gastos de estadía cuando sea necesario,

se está afectando el derecho a la salud del paciente en cuestión. Lo mismo ocurre cuando las EPS no cubren los gastos del acompañante del paciente, siempre y cuando exista la necesidad de que el paciente esté acompañado permanentemente. Sostiene la sentencia en cita que, el servicio de transporte de un municipio a otro para paciente ambulatorio no requiere orden del médico tratante. Así mismo, en la sentencia T-228 de 2020 se indicó que las EPS deben prestar el servicio de transporte cuando el paciente demuestre: “(i) que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos de a la salud y a la vida de la persona; (ii) que ni el paciente ni sus familiares cercanos tengan los recursos suficientes para pagar el valor del traslado; y (iii) que de no efectuarse la remisión se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”.

6.8. La sentencia T-401A de 2022 reiterando la sentencia SU-508 de 2020 menciona que se deben cumplir con unas condiciones : “a) en las áreas a donde se destine la prima adicional, esto es, por dispersión geográfica, los gastos de transporte serán cubiertos con cargo a ese rubro; b) en los lugares en los que no se reconozca este concepto se pagarán por la unidad de pago por capitación básica; c) no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar el suministro de los gastos de transporte intermunicipal de los servicios o tecnologías en salud incluidos por el PBS, debido a que esto es financiado por el sistema; d) no requiere prescripción médica atendiendo a la dinámica de funcionamiento del sistema (prescripción, autorización y prestación). Es obligación de la EPS a partir del mismo momento de la autorización del servicio en un municipio diferente al domicilio del paciente; e) estas reglas no son aplicables para gastos de transporte interurbano, ni transporte intermunicipal para la atención de tecnologías excluidas del PBS”. Ahora bien, en tratándose de transporte intraurbano los requisitos que deben cumplirse, según la sentencia T-459 de 2022, son: “(i) dependencia total de un tercero para movilizarse, (ii) necesidad de cuidado permanente (...) y, (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos para cubrir el transporte”.

6.9. Lo primero que se debe señalar en cuanto al pago de cuotas moderadoras, es que se diferencian de los copagos; puesto que conforme a la sentencia T-266 de 2020, “las primeras se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios para regular la utilización del

servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS; y los segundos son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema; se aplican única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios del régimen contributivo”; y en ambos casos, se aplican en consideración al IBC del afiliado. Así las cosas, la referida sentencia estableció que: “hay lugar a la exención de dicho pago cuando se comprueba que el usuario del servicio de salud o su familia no cuentan con recursos económicos suficientes para asumir las cuotas moderadoras, copagos o cuotas de recuperación según al régimen que se encuentre afiliado”. De tal suerte, que en el análisis del caso concreto se evaluará si el accionante cumple con las causales de exoneración establecidas por la jurisprudencia en cita.

A partir de las consideraciones esbozadas con anterioridad, la Sala procede a estudiar si en el caso objeto de análisis existe una vulneración al derecho a la salud, a la vida y a la seguridad social del accionante y si, por lo mismo, procede el amparo del derecho.

7. Análisis y solución del caso concreto

7.1. Le correspondió a la Sala Octava de Revisión Constitucional analizar y dar solución al problema planteado sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social de un paciente, persona de la tercera edad, a quien su EPS le negó: i) el acceso al servicio de cuidador, a pesar de existir orden médica de su médico tratante, ii) tratamiento integral, iii) gastos de transporte y, iv) exoneración de cuotas moderadoras.

7.2. Para comenzar, se tiene que Gustavo Aguirre Ordoñez presentó acción de tutela con el fin de que se ordenara a Compensar EPS autorizar el servicio de cuidador tiempo completo ordenado por su médica tratante, por padecer de varias enfermedades asociadas a su avanzada edad, que le limitan su movilidad y hacen que dependa de la ayuda de un tercero

para realizar sus actividades básicas afectando su independencia y autonomía⁷⁵. De igual manera, si bien el accionante pidió la exoneración de cuotas moderadoras y el pago de gastos de transporte, de lo anterior no aportó ningún soporte o elemento fáctico o probatorio.

7.3. Del referido trámite de amparo conoció en única instancia el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Duitama que, mediante sentencia del 28 de diciembre de 2022, negó el amparo a los derechos fundamentales alegados por el accionante, tras considerar que no logró probar que necesitara alguno de los pedimentos expuestos en la tutela, aunado al hecho de que los apartes de la historia clínica allegada eran de aproximadamente hace un año, restándole la importancia debida.

7.4. Ante la falta de material probatorio, la ausencia de respuesta al segundo auto proferido por la juez de instancia en la que solicitó a la EPS la historia clínica del accionante y, con el objetivo de proferir un fallo de fondo, se decretaron en sede de revisión una serie de pruebas, en orden a tener más elementos de juicio. Así fue como se expidió el auto de 5 de junio de 2023 y las pruebas fueron allegadas en su totalidad, cumpliendo con la finalidad propuesta.

7.5. En consecuencia, a partir de los hechos probados y de las piezas procesales que obran en el expediente digital, la Sala evidencia lo siguiente: i) el accionante de 92 años es una persona de la tercera edad, superando la expectativa de vida del país⁷⁶, ii) padece de enfermedades asociadas a su avanzada edad, entre las que se encuentra una insuficiencia cardíaca congestiva (ICC), enfermedad pulmonar obstructiva crónica, hipoacusia bilateral (EPOC), degeneración de la mácula (DMRE), entre otras, lo que ha ocasionado que su libertad de locomoción se reduzca, requiriendo la ayuda permanente de un tercero para apoyarlo en sus actividades cotidianas; y por tanto, iii) está en una condición de vulnerabilidad, al ser una persona de muy avanzada edad, viudo y sin hijos, situación que no fue desvirtuada a lo largo del trámite, quien merece una protección reforzada de su derecho

a la salud.

7.6. La Corte ha amparado el derecho a la salud y dignidad humana casos de personas de muy avanzada edad, como en el caso de la sentencia T-015 de 2021. En esa ocasión se le ordenó a la EPS continuar prestando el servicio de enfermería; también lo hizo en la sentencia T-005 de 2023, cuando amparó el derecho a la salud en su fase de diagnóstico de tres ancianas de 88, 90 y 83 años; del mismo modo, la sentencia T-025 de 2023 amparó los derechos a la salud y vida digna de un hombre de 98 años.

Es necesario referirnos al concepto de Geriátrica que la Real Academia Española de la Lengua la define como la rama de la medicina que se ocupa de las enfermedades de la vejez y de su tratamiento; se afirma que el objetivo principal de la Geriátrica es lograr el mantenimiento y la recuperación funcional de la persona mayor para conseguir el máximo nivel de autonomía e independencia⁷⁷. Una parte de la comunidad científica resalta la importancia de la especialidad de para el manejo de pacientes con pluripatologías mayores de 60-65 años y de 80 años en adelante así no tengan patologías crónicas; la importancia se debe al enfoque único que le puede dar el geriatra al paciente de muy avanzada edad, ya que está en la capacidad de “considerar los aspectos clínicos y también los que pueden ayudar al tratamiento, prevención y rehabilitación del o la paciente, integrando aspectos familiares y sociales. Proporciona también herramientas para la atención de la persona adulta mayor sana o enferma, en etapas agudas, subagudas, crónicas o en situación terminal”.

7.7. De acuerdo con lo anterior, se verificó en la historia clínica del paciente, allegada por la IPS SRT en Casa, que el Dr. Giovanny Andrés González Sora ha sido su médico tratante desde que lo valoró por primera vez el 09 de noviembre de 2021, por una sepsis de origen odontogénico, que requirió internación en UCI, oxígeno dependiente, disnea de leves esfuerzos, y quien ordenó en un inicio atención médica domiciliaria mensual. Aparecen más de 20 valoraciones posteriores a esa fecha, una de ellas de 7 de abril de 2022, donde solicita valoración de trabajo social para constatación de Red de apoyo y posible inclusión en

programas sociales; hay otra atención en el mismo sentido del 11 de enero de 2023, en donde se resalta: “paciente de tercera edad con alteraciones en la funcionalidad para la realización de tareas básicas de la vida diaria, requiere de la asistencia de un tercero para la realización de tareas básicas, refiere dificultades en la red de apoyo. Por lo cual se solicita valoración por trabajo social”. Una más, del 3 de marzo de 2023, donde refiere hipoacusia y audífonos averiados; la última valoración que dio el Dr. González Sora se realizó en el domicilio del paciente el 2 de junio de 2023.

7.8. En lo que respecta al asunto de la capacidad económica del accionante, se tiene que hace los aportes a salud en su condición de pensionado y que ese IBC lo ubica en el rango de 2 a 5 SMMLV, por lo que le corresponde pagar una cuota moderadora 2023 en los casos en que la atención en salud genere ese costo. Como se dijo en el párrafo II.6.8, las cuotas moderadoras son establecidas para propiciar un buen uso de los recursos del sistema. Del certificado de tradición y libertad del inmueble, se deduce que es el mismo en donde se ubica su residencia, inmueble que fue adquirido hace mas de 60 años.

7.9. De igual manera, obra prescripción médica no. 52850 del 8 de julio de 2022, en el que el Dr. González Sora ordena “acompañamiento permanente de tercero por alteraciones en la funcionalidad, tiempo completo”. En vista de lo anterior, procede la Sala a analizar si en el caso sub examine se cumplen los requisitos establecidos en la jurisprudencia para ordenar el suministro del servicio de cuidador tiempo completo, exoneración de cuotas moderadoras, pago de gastos de transporte y el tratamiento integral, solicitados por el demandante, de conformidad con las consideraciones realizadas en los acápites precedentes.

7.10. Revisada en conjunto la historia clínica, a la Sala no le queda ninguna duda de que en el expediente obra una orden médica del 8 de julio de 2022 expedida en papelería de la IPS SRT en Casa, del médico tratante (adscrito a la EPS) del accionante, donde le ordenó servicio de cuidador de tiempo completo; y es que la IPS SRT en casa, en respuesta allegada el 13 de junio de 2023, confirma que el médico en mención se encuentra vinculado con dicha

empresa como médico general del programa de atención domiciliaria. Es claro que el médico conoce de la situación familiar y del entorno en el que vive el accionante, pues lo visita regularmente en razón a su trabajo. Consta también que en dos ocasiones pidió valoración por servicio social y no hay constancia de que se hubiese efectuado. En ese sentido, le corresponderá a la EPS, en ese segundo nivel de solidaridad, hacerse cargo del servicio de cuidador como una prestación de carácter social. En este punto, conviene hacer un llamado a la juez de instancia que no dio el valor probatorio suficiente a la orden médica que aportó el accionante con su escrito de tutela, aparte de que su duda debió obrar a favor del accionante.

7.11. En relación a la petición de exoneración de cuotas moderadoras, son dos requisitos que debe examinar la Sala: i) la carencia de capacidad económica para asumir el valor de los pagos y, ii) habiendo la capacidad económica, hay problemas para el pago respectivo para acceder al servicio de salud; en este sentido, la Sala no halló elementos probatorios dentro del expediente que lleven a inferir que, el pago de las cuotas moderadoras afecte el mínimo vital del señor Aguirre, quien solo se limitó a formular la pretensión. En cambio, de las pruebas allegadas, sí se evidenció un IBC de aproximadamente tres SMMLV y un inmueble de su propiedad, donde recibe la atención en salud a través de un programa de atención domiciliaria brindado por una IPS (subcontratada por su EPS) que acude tres veces por semana en promedio, que no le genera el cobro constante de una cuota moderadora que equivale a dieciséis mil cuatrocientos cinco pesos (\$16.405) para 2023, valor que se ajusta al nivel de sus ingresos. Frente a este último punto, no obsta para que, en otro escenario, la valoración probatoria arroje otro resultado. Por lo tanto, no se accederá a esa solicitud.

7.13. Respecto del tratamiento integral solicitado por el demandante, quien es un sujeto de especial protección constitucional (se trata de una persona de la tercera edad, de muy avanzada edad sin red de apoyo familiar y dependiente para realizar sus actividades básicas), siguiendo lo anotado en el acápite II.6.2., se encuentra cumplido apenas uno de los dos presupuestos para su concesión (ver cuadro).

CRITERIO

CUMPLE

OBSERVACIÓN

a) si la EPS fue negligente en el cumplimiento de sus deberes.

SI.

Manifestó que no había orden médica que ordenara cuidador, desconociendo la realidad probatoria, sin iniciar la gestión de esta.

b) si existen prescripciones médicas que especifiquen tanto el diagnóstico del paciente, como los servicios o tecnologías en salud que requiere.

NO

En efecto la orden médica hace referencia a un servicio de características mas sociales y no tienen que ver con el ámbito de la salud

En este sentido, no se accederá al tratamiento integral. Sin embargo, en vista de que el accionante, a sus 92 años, nunca ha sido valorado por la especialidad de geriatría, así como por otorrinolaringología (para solucionar la avería en sus audífonos), y ello fue ordenado por su médico tratante, se emitirá orden en ese sentido, para que la EPS accionada autorice una consulta con dichas especialidades.

7.14. Por las razones expuestas, la Sala revocará la decisión del juez de única instancia, por medio de la cual negó el amparo de los derechos invocados. En su lugar, tutelaré el derecho a la salud, vida digna y seguridad social. En consecuencia, i) ordenará a Compensar EPS suministrar el servicio de cuidador tiempo completo asignar con prelación cita con

especialista en geriatría al señor Gustavo Aguirre Ordoñez, cita con especialista en otorrinolaringología y valoración por servicio social, si aún no se ha realizado. Adicionalmente, desvinculará por falta de legitimación por pasiva a la Secretaría de Salud Municipal de Duitama.

Síntesis de la decisión

7.16. La Corte Constitucional conoció la acción de tutela promovida por una persona de la tercera de muy avanzada edad en estado de indefensión, sujeto de especial protección constitucional, que padece de varias enfermedades degenerativas asociadas al envejecimiento. El actor solicita que se ordene el servicio de cuidador tiempo completo y que se le garantice el tratamiento integral a su enfermedad, entre otros; afirmó que estas enfermedades le impiden deambular con libertad requiriendo la ayuda de un tercero para realizar las actividades básicas; aseguró que el servicio requerido fue prescrito por su médico tratante y que es de vital importancia para vivir sus últimos días con dignidad humana sobrellevando sus padecimientos. Sin embargo, el juez de única instancia negó el amparo pretendido por el accionante, por no probarse que el actor requiriera alguno de los pedimentos y a que los extractos de la historia clínica allegada tenían un año de antigüedad.

7.17. Después de superar el estudio de los requisitos de procedencia, la Sala estableció como problema jurídico a analizar si la EPS accionada vulneró los derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social de una persona de la tercera edad afiliado al régimen contributivo, con múltiples patologías asociadas a su avanzada edad, sin red de apoyo familiar, al no autorizar la prestación del servicio de cuidador, tiempo completo, a pesar de existir una prescripción de su médico tratante, tratamiento integral, gastos de transporte y exoneración de cuotas moderadoras.

7.18. Con el fin de resolver el interrogante, la Sala reiteró la jurisprudencia sobre i) el derecho a la salud de las personas mayores o de la tercera edad; (ii) los requisitos para la prestación del servicio de cuidador; (iii) la figura del tratamiento integral y otros derechos, para finalmente; (iv) decidir el caso concreto. En ese sentido, resaltó algunas normas de carácter internacional, constitucional y legal, acompañado de los precedentes jurisprudenciales, aplicables para concluir que el derecho fundamental a la salud debe prestarse a las personas mayores, de manera integral, continua, permanente, oportuna, eficiente y con calidad en las diferentes etapas de la enfermedad y de la vida. Asimismo, recordó que aparte de la obligación de las EPS de garantizar el acceso a los servicios de salud de toda la población, deben acudir en virtud del principio de solidaridad, a dar el soporte que requieran sus pacientes cuando lo requieran en ausencia de personas del núcleo familiar del paciente; y que es el médico tratante quien activa esa obligación de la EPS con la expedición de una prescripción médica que elabora a partir del conocimiento integral del paciente; siendo en esa medida, el servicio de cuidador una prestación más de carácter social que no forma parte del ámbito de la salud. Por último, reseñó que el derecho a la salud está íntimamente ligado con el derecho a la seguridad social y vida digna, indicando los casos en que procede la figura del tratamiento integral, exoneración de cuotas moderadoras y gastos de transporte.

7.19. Con todo lo anterior, la Sala evidenció, con base en su propia jurisprudencia, la necesidad de amparar los derechos del accionante, a partir de los siguientes elementos: (i) el demandante es sujeto de especial protección constitucional, que además (ii) cuenta con orden médica para el servicio de cuidador, (iii) se evidenció del análisis a la historia clínica la necesidad de brindar algunos servicios ordenados, pero de los cuales no hay constancia de su realización (asignar cita con prelación por las especialidades de geriatría, otorrinolaringología y servicio social). Así las cosas, la Sala revocará la decisión del juez de única instancia y en su lugar amparará el derecho a la salud, la vida digna y la seguridad social del accionante. En consecuencia, ordenará a la accionada a suministrar el servicio de cuidador tiempo completo, asignar citas por geriatría y otorrinolaringología y valoración por servicio social, ordenados por su médico tratante al demandante, desvinculará a la Secretaría

de Salud Municipal de Duitama por falta de legitimación por pasiva; y compulsará copias del expediente a la Superintendencia de Salud para lo de su competencia.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 28 de diciembre de 2022, proferida en única instancia por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Duitama, que negó la tutela interpuesta por el señor Gustavo Aguirre Ordoñez. En su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la salud, vida digna y seguridad social, por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR a COMPENSAR EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, autorice el servicio de Cuidador-Tiempo completo, ordenado por su médico tratante. Para el efecto, la demandada deberá remover todos los obstáculos administrativos y adelantará sin dilación alguna las gestiones necesarias para tal fin.

TERCERO. ORDENAR a COMPENSAR EPS que, si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, asigne citas con médicos especialistas en geriatría y otorrinolaringología y valoración por servicio social al señor Gustavo Aguirre Ordoñez, citas que deberán llevarse a cabo a más tardar, en los diez

(10) días calendario siguientes a la fecha de programación. Lo anterior, en procura de que sean prestados los servicios en salud que dispuso el médico tratante con oportunidad e integralidad.

CUARTO.- DESVINCULAR a la Secretaría de Salud Municipal de Duitama por falta de legitimación en la causa por pasiva en el presente caso.

QUINTO.- Por Secretaría General de la Corte Constitucional, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA T-264/23

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, presento las razones que me llevan a aclarar el voto en el asunto de la referencia.

1. En la Sentencia T-264 de 2023, la Sala Octava de Revisión amparó de manera definitiva los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de un ciudadano de 92 años que padece múltiples patologías. La Corte concluyó que el accionante era un sujeto de especial protección constitucional y se encontraba en una condición de vulnerabilidad por no contar con un núcleo familiar, razón por la cual ordenó a la EPS Compensar agendar citas con los especialistas y autorizar el servicio de cuidador por tiempo completo, según lo prescrito por su médico tratante.

1. Si bien comparto la decisión adoptada, considero necesario aclarar el voto sobre el análisis que se realizó en la sentencia relacionado con el servicio de cuidador a cargo de las EPS, según explico a continuación:

Sobre las subreglas jurisprudenciales en materia del reconocimiento excepcional del servicio de cuidador a cargo de las EPS.

1. La Corte concedió el servicio de cuidador por tiempo completo tras analizar la historia clínica aportada por la IPS SRT en Casa, donde se advirtió que obraba una orden suscrita por el médico tratante adscrito a la EPS, quien prescribió “acompañamiento permanente de tercero por alteraciones en la funcionalidad, tiempo completo. Además, tuvo en cuenta que, en virtud del programa de atención domiciliaria que le era prestado al accionante, era el

mismo galeno quien conocía de primera mano la situación familiar y el entorno del señor Aguirre Ordoñez⁸⁰.

1. Ahora bien, en las sentencias T-414 de 2016, T-065 y T-458 de 2018, la Corte estableció las siguientes reglas para que las EPS excepcionalmente puedan prestar el servicio de cuidador con fundamento en un segundo nivel de solidaridad para con los enfermos: i) que exista certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y ii) que el núcleo familiar “se vea imposibilitado materialmente para otorgarlo y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado”.

1. En esas mismas sentencias, esta corporación precisó el concepto y alcance de la imposibilidad material, así:

[...] “debe entenderse 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” (subrayas fuera del texto).

1. Con relación a los requisitos enunciados considero que la sentencia debió abarcar el análisis de la capacidad económica del accionante para establecer si el reconocimiento del servicio de cuidador procedía de forma parcial o completa, pues de las pruebas recaudadas en sede de revisión se advierte que el señor Ordoñez Aguirre es pensionado, recibe una mesada de \$3.048.564 y habita en una vivienda propia desde hace más de 60 años.

1. Es claro que en este caso el actor requiere el cuidador durante las 24 horas del día, de

conformidad con la orden médica obrante en el plenario, y que este tiene vocación de permanencia por las características puntuales del accionante, es decir, por su edad, afecciones de salud y ausencia de núcleo familiar que cumpla la labor. Es claro que en este caso se presenta una imposibilidad de sufragar la totalidad del costo del servicio, aunque puede exigirse al señor Aguirre Ordoñez contribuir en parte con los costos, dado que la EPS solo los debe asumir de forma excepcional cuando se cumplen las subreglas jurisprudenciales predicables del caso.

1. Por lo tanto, era necesario realizar un análisis integral de las subreglas sobre el cuidador con el fin de garantizar los principios de sostenibilidad financiera⁸¹ y eficacia⁸² que rigen al Sistema de Seguridad Social en Salud, de manera que, a partir de ese estudio, se concediera la protección invocada y a su vez se atendiera el precedente constitucional sobre la materia en respeto de los referidos principios.

En los anteriores términos dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

1 Integrada por los magistrados Cristina Prado Schlesinger y José Fernando Reyes Cuartas.

2 Expediente digital. Archivo "01AUTO SALA DE SELECCION 28 DE FEBRERO-23 NOTIFICADO

14 MARZO-23". Folio 30, numeral 26.

3 Ibid., Folio 32, numeral 16.

4 Conforme al documento de identidad, el actor nació el 10 de enero de 1931. Expediente Digital T-9.201.898 "02Escrito Tutela.pdf" Folio 28.

5 Expediente digital. Archivo: "02Escrito Tutela.pdf" Folio 1.

6 Expediente digital. Archivo: "02Escrito Tutela.pdf" Folio 2.

7 Expediente digital. Archivo: "02Escrito Tutela.pdf" Folios 2 y 17.

8 Expediente digital. Archivo: "02Escrito Tutela.pdf" Folio 2.

9 Expediente digital. Archivo: "02Escrito Tutela.pdf" Folio 15.

10 Expediente digital T-9.201.898, archivo: "03AutoAdmite.pdf".

11 Expediente digital T-9.201.898, archivo: "08Auto Requerimiento TUTELA.pdf".

12 i) que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y (ii) que de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar.

13 i. Es prestado generalmente por personas no profesionales en el área de la salud. ii. A veces los cuidadores son familiares, amigos o sujetos cercanos. iii. Es prestado de manera prioritaria, permanente y comprometida mediante el apoyo físico necesario para que la persona pueda realizar las actividades básicas y cotidianas, y aquellas que se deriven de la condición médica padecida que le permitan al afectado desenvolverse adecuadamente.

14 Expediente digital T-9.201.898, archivo: "06Respuesta EPS.pdf". Folios 6 a 8.

15 Expediente digital T-9.201.898, archivo: "06Respuesta EPS.pdf". Folios 8 a 10.

16 Expediente digital T-9.201.898, archivo: "06Respuesta EPS.pdf". Folios 10 y 11.

- 17 Expediente digital T-9.201.898, archivo: "06Respuesta EPS.pdf". Folios 11 a 13.
- 18 Expediente digital T-9.201.898, archivo: "06Respuesta EPS.pdf". Folios 13 a 15.
- 19 Acorde con la codificación del CIE-10, utilizado para el registro individual de prestaciones de servicios (RIPS).
- 20 Expediente digital T-9.201.898, archivo: "05Respuesta.pdf". Folios 1 y 2.
- 21 Expediente digital T-9.201.898, archivo: "07Respuesta Vinculada.pdf". Folios 10 a 14.
- 22 Expediente digital T-9.201.898, archivo: "07Respuesta Vinculada.pdf". Folio 6.
- 23 Expediente digital T-9.201.898, archivo: "02Escrito Tutela.pdf" Folios 18 a 20.
- 24 Expediente digital T-9.201.898, archivo: "02Escrito Tutela.pdf" Folios 21 a 24.
- 25 Expediente digital T-9.201.898, archivo: "02Escrito Tutela.pdf" Folios 15 y 16.
- 26 En particular, señaló la sentencia T-252 de 2017
- 27 Expediente digital T-9.201.898, archivo: "10Fallo.pdf" Folios 4 y 5.
- 28 Expediente digital T-9.201.898, archivo: "10Fallo.pdf" Folio 6.
- 29 Ibidem.
- 30 Expediente digital T-9.201.898, archivo: "10Fallo.pdf" Folio 7.
- 31 Expediente Digital T-9.210.157 "Auto de desacumulación".
- 32 Esta sección se hizo siguiendo el acápite respectivo de sentencias aplicables en la materia, tales como: sentencia SU-508 de 2020, sentencia T-017 y T-394 de 2021, sentencias T-005, T-025 y T-099 de 2023.
- 33 Ver numeral 2° del artículo 42 del decreto 2591 de 1991.
- 34 Al respecto, la Corte ha establecido que "el medio debe ser idóneo, lo que significa que

debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho”. Corte Constitucional, sentencia T-040 de 2016 y T-117 de 2019.

35 Corte Constitucional, sentencias T-662 de 2013 y T-527 de 2015.

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

38 Capítulo que fue elaborado con apoyo de las recientes sentencias SU-508 de 2020, T-017, T-338 y T-394 de 2021, T-005 y T-025 de 2023. De igual manera, se sustenta en las sentencias T-540 de 2002, T-634 de 2008, T-519 y T-762 de 2014, y T-471 de 2018.

39 La jurisprudencia ha definido la salud como “un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general”. Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-539 de 2013, T-499 de 2014, T-745 de 2014, T-094 de 2016 y T-014 de 2017.

40 Ley Estatutaria 1751 de 2015. Artículo 2. “Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

41 Corte Constitucional, sentencia T-017 de 2021.

42 Artículo 6 y 8 de la Ley 1751 de 2015.

43 Corte Constitucional, sentencia T-402 de 2018, T-017 de 2021.

44 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 financieras. Ver Sentencia T-005 de 2023.

45 Corte Constitucional, sentencia T-338 de 2021.

46 Señala el 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”.

47 Al respecto, debe recordarse que los términos “adulto mayor” y “personas de la tercera edad” no son sinónimos, pues identifican grupos poblacionales diferentes. El primero corresponde a personas de más de 60 años o aquellas con mas de 55 años con “desgaste físico, vital y psicológico” acorde a lo establecido en la Ley 1276 de 2009. Por su parte son personas de la tercera edad los adultos mayores que por edad superan la expectativa de vida. Ver sentencias T-013 de 2020, T-034 de 2021, T-364 de 2022, entre otras.

48 Preámbulo de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Ley 2055 de 2020.

49 La providencia toma las consideraciones al respecto, de las sentencias T-458 y T-471 de 2018, T-260 de 2020, T-015, T-017 y T-394 de 2021, T-005 y T-025 de 2023.

50 Señaló la sentencia T-260 de 2020 que, la más grande diferencia entre tales figuras consiste en que el servicio de enfermería solo lo podría brindar una persona con conocimientos calificados en salud y, por el contrario, el cuidador es una persona que no requiere de una instrucción especializada en salud

51 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;

52 Corte Constitucional, sentencia T-154 de 2014

53 Ver Resolución 1885 de 2018.

54 Corte Constitucional, sentencia T-260 de 2020.

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

56 Ibidem.

57 En el estudio de la sentencia SU-508 de 2020, la Corte Constitucional no abordó in extenso la figura del cuidador, solo hizo referencia a esta para diferenciarla de los servicios de enfermería.

58 Corte Constitucional, sentencia T-508 de 2019.

59 Ibidem.

60 Dice la sentencia SU-508 de 2020 que en los casos desprovistos de fórmula médica: i) ordene el suministro del servicio o tecnología en salud incluidos en el PBS con base en la evidente necesidad del mismo -hecho notorio-, siempre que se condicione a la posterior ratificación del profesional tratante y, ii) en ausencia de la mencionada evidencia, pero frente a un indicio razonable de afectación a la salud, ordene a la entidad promotora de salud respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un concepto en el que determinen si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido a fin de que sea eventualmente provisto.

61 Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020, fundamento jurídico 217.

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

63 El mecanismo de recobros sigue usándose en casos muy excepcionálísimos, como es el caso de: i) nuevos medicamentos clasificados por el INVIMA como vitales no disponibles y sin

valor definido de referencia, ii) nuevas entidades químicas que no tengan homólogo terapéutico en el país, iii) medicamentos que fueron requeridos por personas que fueron diagnosticadas por primera vez con una enfermedad huérfana, i) nuevos procedimientos en salud que ingresaron al país, entre otros.

64 Sentencia SU-508 de 2020. la jurisprudencia define el servicio de cuidador como aquel “orientado a garantizar que un familiar, una persona cercana o un cuidador no profesional de la salud, le brinde a un individuo que padece una enfermedad grave –sea congénita, accidental o derivada de su avanzada edad–, el apoyo físico necesario para que éste pueda realizar sus actividades básicas cotidianas, así como aquellas que le permitan desenvolverse de forma adecuada en escenarios en los que su condición médica le genere dependencia total” Sentencia T-136 de 2020, M.P. Carlos Bernal Pulido.

65 Acápito fundamentado en la parte considerativa de las sentencias SU-508 de 2020, T-394 de 2021 y T-005 de 2023.

66 Corte Constitucional, sentencias T-005 de 2023, T-394 de 2021, SU 508 de 2020, T-513 de 2020, T-259 de 2019, T-387 de 2018, entre otras.

67 Ibidem.

68 Corte Constitucional, sentencias T-081 de 2019, T-136 de 2021, -038 de 2022, entre otras.

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

70 Acápito o sección tomado de la parte considerativa de la sentencia T-017 de 2021.

71 Corte Constitucional, sentencia T-041 del 2019.

72 Corte Constitucional, sentencia T-033 del 2013.

73 Corte Constitucional, sentencia T-017 del 2021.

74 Corte Constitucional, sentencia T-200 de 2023.

75 Expediente digital T-9.201.898. Archivo: “02Escrito Tutela.pdf” Folio 2.

76 Se accedió a la página web del DANE, y en el siguiente enlace se observó que a abril de 2023, la expectativa de vida en hombres en Colombia, es de 74 años. Ver: [http://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=853&Itemid=28&phpMyAdmin#:~:text=La%20esperanza%20de%20vida%20\(que,a%C3%B1os%20m%C3%A1s%20que%20los%20hombres](http://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=853&Itemid=28&phpMyAdmin#:~:text=La%20esperanza%20de%20vida%20(que,a%C3%B1os%20m%C3%A1s%20que%20los%20hombres)

77 <https://www.gob.mx/inapam/articulos/por-que-la-importancia-de-la-geriatria#:~:text=La%20geriatr%C3%ADa%20es%20la%20rama,integrando%20aspectos%20familiares%20y%20sociales>.

78 Corte Constitucional, sentencias SU-508 de 2020, T-228 de 2020, T-394 de 2021, T-459 de 2022, entre otras.

79 Corte Constitucional, sentencias T-736 de 2016, T-101 de 2021, T-277 de 2022; entre otras.

80 F.j. 7.9 y 7.10 sentencia T-264 de 2023.

81 Artículo 6° literal (i) de la Ley 1751 de 2015: “El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal”.

82 Artículo 6° literal (k) de la Ley 1751 de 2015: “El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población”.