

**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. 0202**

<b>Proceso:</b>	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
<b>Radicación:</b>	<a href="#">81736318900120220014501</a> Enlace Link
<b>Accionante:</b>	Damián Leandro Rojas Cáceres
<b>Agente Oficioso:</b>	Magaly Cáceres Vera
<b>Accionado:</b>	NUEVA E.P.S.
<b>Derechos invocados:</b>	Salud y vida digna.
<b>Asunto:</b>	Sentencia

Sent.054

Arauca (A),veinticuatro ( 24 ) de mayo dos mil veintidós (2022)

## **1. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decidir la impugnación presentada por NUEVA E.P.S., contra la sentencia de tutela proferida el 08 de abril del 2022 por el JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SARAVERENA (A).

## **2. ANTECEDENTES**

**2.1. Del escrito de tutela<sup>1</sup>.** La agente oficiosa señora MAGALY CÁCERES VERA, promueve acción de tutela porque la NUEVA E.P.S. niega “*plan de terapias físicas ocupacionales, lenguaje en domicilio 20 por mes por 3 meses, continuar con manejo ya establecido por especialidades y cuidador 12 horas por un año*”, para su hijo DAMIÁN LEANDRO ROJAS CÁCERES<sup>2</sup> diagnosticado con “*retardo del desarrollo y otros trastornos del desarrollo de habla y del lenguaje; y secuelas del sistema nervioso central y periférico osteomuscular*”, servicios prescritos por su médico tratante.

<sup>1</sup> Presentado el 25 de marzo de 2022.

<sup>2</sup> 7 años de edad.

## Pretensiones:

*“PRIMERA: Se ordene a la NUEVA E.P.S., ente tutelado proceder de manera diligente para que se ordene el PLAN DE TERAPIAS FÍSICAS Y OCUPACIONALES, LENGUAJE EN DOMICILIO 20 POR MES POR TRES MESES, CONTINUAR CON MANEJO YA ESTABLECIDO POR ESPECIALIDADES SE SOLICITA CUIDADOR 12 HORAS POR UN AÑO.*

*SEGUNDA: Se ordene a la NUEVA E.P.S., la atención integral de todos los tratamientos, medicamentos POS y no POS, desplazamientos, gastos de transporte aéreo y urbano, alojamiento y alimentación que requiera para recibir la atención médica necesaria y tener una vida digna.*

*TERCERA: Se responsabilice a la NUEVA E.P.S. de las consecuencias que se puedan ocasionar por no haber otorgado la autorización para la realización de los procedimientos ordenados y así evitar que su salud se siga deteriorando.*

*CUARTA: Se le impongan las sanciones establecidas por la ley a la NUEVA E.P.S., por no prestar la atención debida hasta el punto de colocar la salud de mi hijo en grave riesgo y peligro.*

## Como medios probatorios adjunta:

- ✓ *Certificación de dependencia funcional: TOTAL- Escala de Barthel 0- de fecha 17 de noviembre de 2021, expedido por el médico <sup>3</sup> adscrito a la IPS MYT SALUD.*

*Diagnóstico: “retardo del desarrollo” y “otros trastornos del desarrollo del habla y del lenguaje”.*

*“Que dichos diagnósticos le generaron al paciente efectos, consecuencia y/o secuelas a nivel del sistema neurológico central y digestivo, genitourinario, lo llevaron a necesitar de ayuda por un tercero para la realización de las siguientes actividades: ALIMENTACIÓN, TOMA DE MEDICAMENTOS, MICCIÓN- DEPOSICIONES- CONTROL ANAL, ACTIVIDADES EN BAÑO, MANEJO DE INODORO O RETRETE- TRASLADO – ACOMPAÑAMIENTO”.*

<sup>1</sup> Auto de 22 de marzo de 2022.

- ✓ *Notas De medicina general de fecha 17 de noviembre de 2021.*

*Motivo consulta: visita médica en domicilio, solicitud de terapias.*

***Plan de tratamiento: orden de terapias físicas y ocupacionales lenguaje en domicilio 20 por mes por 3 meses continuar con manejo ya establecido por especialidades, servicio de cuidador 12 horas por un año.***

## 2.2. Trámite procesal.

Admitido el escrito tutelar<sup>4</sup>, el *a quo* corre traslado a la accionada y concede dos (2) días para rendir informe en los términos del artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

Como medida provisional ordena a la Nueva EPS: ( ...) *que, de manera inmediata, urgente y prioritaria, suministre al paciente D.L.R.C. los servicios de cuidador domiciliario 12 horas por un año, terapias físicas, ocupacionales y del lenguaje en domicilio, 20 por mes, durante tres meses y pañales desechables, tres*

<sup>3</sup> Dra. Margarita Caballero Suárez.

<sup>4</sup> Auto de 25 de marzo de 2022.

por día”, conforme lo ordenado por el médico tratante de la IPS Medytec desde el día 17 de noviembre de 2021.

### **2.3. Respuestas.**

**La NUEVA E.P.S.**, Pide negar la acción de tutela porque ha suministrado la atención requerida por el usuario D.L.R.C. afiliado en el régimen subsidiado, quien registra “Autorización de Servicios No. 172700530 ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA. POR FISIOTERAPIA, ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA. POR FONIATRIA Y FONOAUDIOLOGIA y ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA. POR TERAPIA OCUPACIONAL” y a través del área técnica de salud revisa la veracidad de lo expresado por la accionante para determinar las posibles barreras en la prestación del servicio.

Frente a la atención domiciliaria, sostiene que el servicio de cuidador se encuentra excluido del PBS y *“como se evidencia en el relato de los hechos los familiares pretenden endilgarle responsabilidades a la EPS, para cubrir las necesidades básicas de la paciente. TODAS ESTAS ACTIVIDADES QUE DEBEN SER DESARROLLADAS POR FAMILIARES DEL USUARIO, toda vez que ninguna requiere conocimientos médicos o del área de la salud, sino de ayuda en las actividades básicas diarias que corresponden a su familia. Adicionalmente no se cumple con el requisito de la capacidad económica, puesto que el usuario se encuentra afiliado en calidad de beneficiario DEL REGIMEN CONTRIBUTIVO CATEGORIA C, demostrando así que el cotizante cuenta con capacidad económica”*. Adicionalmente no existe orden médica.

Agrega que excepcionalmente la EPS atiende éste servicio, siempre y cuando se verifique (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. En este caso, la accionante no allega prueba que soporte el cumplimiento de los requisitos referidos.

Con relación a la solicitud de tratamiento integral, aduce que, debe ser la entidad prestadora del servicio de salud a través de sus profesionales quien determinará con precisión y suficiencia, de conformidad con un diagnóstico efectivo integral, las necesidades en materia de salud del paciente.

Subsidiariamente, solicita el recobro al ADRES en caso de concederse el amparo solicitado.

### **2.4. Decisión de Primera Instancia<sup>5</sup>.**

El JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SARAVERENA (Arauca) concedió el amparo y ordenó:

---

<sup>5</sup> Sentencia del 08 de abril de 2022.

**“PRIMERO:** AMPARAR los derechos fundamentales invocados dentro del presente trámite constitucional por la señora Magaly Cáceres Vera, a favor del infante D.L.R.C., los cuales están siendo vulnerados por la Nueva EPS.

**SEGUNDO:** ORDENAR al Representante Legal de la accionada Nueva EPS, que, si no ha procedido a ello, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, autorice y suministre los servicios de cuidador domiciliario 12 horas por un año, terapias físicas, ocupacionales y del lenguaje en domicilio, 20 por mes, durante tres meses y pañales desechables, tres por día, conforme lo ordenado por el médico tratante de la IPS Medytec desde el día 17 de noviembre de 2021”.

El a quo consideró que,

*“(…) respecto del servicio de cuidador domiciliario 12 horas por el término de un año, esta judicatura recuerda que, tal y como lo explica la Corte Constitucional en su jurisprudencia, al no ser un servicio médico propiamente, el mismo no es ordenado por el médico tratante, sino que se obtiene con petición elevada ante la Superintendencia Nacional de Salud; sin embargo, este trámite no resulta del todo eficiente ante el amparo solicitado por el paciente”.*

Precisó que,

*“(…) está demostrado que el niño D.L.R.C. pertenece al régimen subsidiado de salud nivel I, tiene 07 años de edad y fue diagnosticado con retardo del desarrollo y otros trastornos del desarrollo del habla y del lenguaje; el índice de Barthel arrojó cero, es decir, dependencia total para alimentación, toma de medicamentos, micción -control vesical, vestirse / desvestirse, aseo personal, traslado silla -cama, deposiciones -control anal, actividades en baño, manejo de inodoro o retrete, traslado -acompañamiento y en ese sentido, la médico tratante de Medytec IPS dispuso, como plan de manejo, cuidador domiciliario 12 horas por un año, terapias físicas, ocupacionales y del lenguaje en domicilio, 20 por mes, durante tres meses y pañales desechables, tres por día”.*

Y,

*“(…)en aras de garantizar la prestación del servicio de salud del ingante (sic) D.L.R.C., y ante las claras indicaciones médicas reportadas en la historia clínica del paciente, resulta necesario ordenar a la Nueva EPS que autorice y suministre los mencionados servicios, amén que el paciente está afiliado al sistema de seguridad social en salud, con lo que se acredita su falta de capacidad económica y la de su núcleo familiar, para sufragar los gastos que implican los mencionados servicios, sin afectar su mínimo vital, amén que no se aportó prueba adicional alguna que permita llegar a otra conclusión.”.*

**2.5. La impugnación<sup>6</sup>.** La NUEVA E.P.S solicita revocar la sentencia de primera instancia. Reitera que como el servicio de cuidador domiciliario está excluido del PBS debe asumirlo los familiares hasta tanto se demuestre una imposibilidad material que lo impida; por tanto se debe verificar: (i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y (ii) en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por

<sup>6</sup> Presentada el 09 de abril de 2022.

*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.*

### **3. Decreto de pruebas en esta instancia**

Telefónicamente se constató con la señora MAGALY CACERES VEGA<sup>7</sup> que la Nueva EPS suministró el servicio de cuidador domiciliario desde el pasado 18 de los corrientes, por el término de un ( 1 ) año. Se comprometió a remitir los soportes correspondientes.

Precisó que la NUEVA E.P.S. desde antes de la presentación de la demanda de tutela autorizó las “*terapias físicas y ocupacionales*” y lo único que faltaba era el suministro del cuidador.

## **4. CONSIDERACIONES**

### **4.2. 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.

### **4.3. De la naturaleza de la acción de tutela**

Conforme lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, toda persona puede acudir a la acción de tutela para propender por la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular encargado de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

De igual modo, el artículo 6 del Decreto 306 de 1992<sup>8</sup>, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015<sup>9</sup> señala que en el fallo de tutela el Juez deberá señalar el derecho constitucional fundamental tutelado, citar el precepto constitucional que lo consagra, y precisar en qué consiste, la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto.

### **4.4. Requisitos de procedibilidad**

<sup>7</sup> El 23 de mayo de 2022 a las 09:45 a.m. vía telefónica, al número: 3114635184.

<sup>8</sup> Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

<sup>9</sup> Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

**Legitimación en la causa por activa y por pasiva.** De conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, cualquier persona en defensa de sus derechos fundamentales puede promover acción de tutela .

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha considerado que son tres los requisitos que deben cumplirse para hacer uso de la agencia oficiosa, a saber: (i) que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro; (ii) que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa (sin que esto implique una relación formal entre el agente y el titular) y (iii) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados.<sup>10</sup>

La sentencia T-408 de 1995 indicó que: “la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que cualquiera persona está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño, o la ausencia de representante legal”. En ese sentido el Alto Tribunal se pronunció en las sentencias T-482 de 2013, T-551 de 2014, T-270 de 2016, T-196 de 2018, entre otras.

Como en este caso, se trata de un menor de 7 años de edad, su progenitora MAGALY CÁCERES VERA, está legitimada por activa.

Similar situación se presenta frente a la legitimación por pasiva de la Nueva EPS, quien registra como afiliado al menor agenciado.

**Inmediatez.** Se cumple este requisito, si tenemos en cuenta que desde el 17 de noviembre de 2021, data de la prescripción médica y el 25 de marzo de 2022, fecha la presentación de la acción de tutela ha transcurrido un término razonable.

**Subsidiariedad.** Conforme a la jurisprudencia constitucional<sup>11</sup>, la Supersalud es competente para conocer, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, de asuntos que abarcan, por un lado, aquellos relativos a la:

*“[c]obertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (Plan Obligatorio de Salud), cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia.”<sup>12</sup>*

<sup>10</sup> Ver sentencias T-294 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-330 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-667 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-444 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-004 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo) y T-545 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-526 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa), entre muchas otras.

<sup>11</sup> Sentencia T-122 de 2021.

<sup>12</sup> Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

Por otro lado, la Supersalud también está facultada para conocer y fallar asuntos relacionados con:

*“[c]onflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le [sic] asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.”<sup>13</sup>*

Ahora bien, la Corte ha encontrado que, por razones tanto normativas como prácticas, el mecanismo mencionado no resulta idóneo ni eficaz en muchos de los casos en que se acude a la acción de tutela para exigir la protección del derecho a la salud.<sup>14</sup> De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,<sup>15</sup> la Corte estableció, con base en la jurisprudencia sobre la materia, una serie de parámetros que el mecanismo jurisdiccional mencionado debe cumplir para consolidarse como un medio idóneo y eficaz de defensa y solicitó al Gobierno nacional que adoptara, implementara e hiciera público un plan de medidas para adecuar y optimizar su funcionamiento.

En virtud de lo anterior, se torna procedente la presente acción, ante la ineficacia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD<sup>16</sup>.

#### **4.5. Problema Jurídico**

Determinar si la NUEVA E.P.S vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna del niño D.L.R.C., al negar el servicio de cuidador.

##### **4.5.1. Derecho fundamental a la salud de los niños discapacitados. Reiteración jurisprudencial.**

La Constitución establece en su artículo 44 que son derechos fundamentales de los niños “*la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...)*”. Así mismo, indica dicha norma que estos prevalecen sobre los derechos de los demás. Aunado a ello, se destaca que la familia, la sociedad y el Estado deben asistir al niño o niña para

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Para ver sistematizaciones recientes de los principales hallazgos de la Corte en este sentido, consultar las sentencias SU-124 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. A.V. Alejandro Linares Cantillo y José Fernando Reyes Cuartas; T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo; y SU-508 de 2020. MM.PP. José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos. A.V. Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Richard S. Ramírez Grisales.

<sup>15</sup> Sentencia T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo.

<sup>16</sup> Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 y modificada por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, estipula que la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD posee facultades jurisdiccionales para dirimir los asuntos atinentes a la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos o no en el P.B.S., con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías.

Esta decisión del Constituyente de 1991 se fundamentó en las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos durante esa etapa de la vida y en la obligación del Estado de *“promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva, así como a la necesidad de adoptar medidas en favor de quienes, en razón de su edad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”*<sup>17</sup>.

Aunado al carácter fundamental y prevalente que se ha dado a los derechos de los niños, la Corte ha señalado que la acción de tutela procede de manera directa para su guarda y protección sin que medie otro derecho para ello. Así, en la sentencia T-206 de 2013 indicó:

*“El artículo 44 constitucional consagra la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas sobre los de los demás. Esta norma establece de forma expresa los derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad son fundamentales. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías. La Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas, por encontrarse en condición de debilidad, merecen mayor protección, de forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Adicionalmente, atendiendo al carácter de fundamental del derecho, la acción de tutela procede directamente para salvaguardarlo sin tener que demostrar su conexidad con otra garantía, incluso en los casos en los que los servicios requeridos no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbra su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria.”*

Ahora bien, la protección especial de los niños y las niñas en lo que atañe al derecho a la salud, ha sido reconocida en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad al tenor del artículo 93 de la Carta de 1991<sup>18</sup>.

No obstante, la Ley 1751 de 2015<sup>19</sup> establece como uno de los principios del derecho fundamental a la salud, la *prevalencia de derechos*, en esa medida dispone que: *“El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política.*

---

<sup>17</sup> Artículo 13.

<sup>18</sup> Sentencia T-037 de 2006: Convención sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, entre otros.

<sup>19</sup> “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

*Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años;(…)”.*

Igualmente, el mismo cuerpo normativo en su artículo 11<sup>20</sup> resalta que **los niños y niñas como las personas en condición de discapacidad, son sujetos de especial protección constitucional**. En ese entendido, indica que el Estado deberá proteger de manera especial a dichos sujetos, así como deberá garantizarse la atención en salud sin restricciones de tipo administrativo o económico.

De otro lado, en lo que atañe a la guarda de los derechos de las personas en estado de discapacidad, la Corte ha establecido que le asiste el deber al Estado de adoptar las medidas necesarias para que esta población disfrute de sus derechos sin ser discriminados ni marginados por la sociedad. Así, en la Sentencia T-288 de 1995, indicó:

*“El Constituyente no fue ajeno a la situación de marginalidad y discriminación a la que históricamente han sido expuestas las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente. Es así como la Carta Política consagra derechos fundamentales y derechos prestacionales en favor de los discapacitados. La igualdad de oportunidades y el trato más favorable (CP art. 13), son derechos fundamentales, de aplicación inmediata (CP art. 85), reconocidos a los grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. De otra parte, los discapacitados gozan de un derecho constitucional, de carácter programático (CP art. 47), que se deduce de la obligación estatal de adoptar una política de previsión, rehabilitación e integración social.*

*“Los derechos específicos de protección especial para grupos o personas, a diferencia del derecho a la igualdad de oportunidades, autorizan una `diferenciación positiva justificada` en favor de sus titulares. Esta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta (CP Art. 13).”<sup>21</sup>*

En cuanto al derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad, la Corte ha establecido que la atención que se les suministra debe caracterizarse por procurar la mejoría del paciente, buscar que este avance en el proceso de recuperación de su limitación física, psíquica o sensorial y su tratamiento debe estar acompañado por personal especializado. Al respecto, la Sentencia T-197 de 2003 señaló:

---

<sup>20</sup> Artículo 11. Sujetos de especial protección. *“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. (...)”*

<sup>21</sup> Sentencia T-288 de 1995.

*“(…) es frecuente que el discapacitado requiera atención médica especializada a fin de mantener o mejorar las habilidades físicas o mentales disminuidas y, en la mayoría de casos, buscar la conservación de la vida en condiciones dignas. De esto se desprende que, en situaciones concretas, el suministro de una adecuada y pronta atención en salud del discapacitado supedita la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y la integridad física, por lo que el amparo constitucional a través de la acción de tutela resulta procedente, más aún si se tienen en cuenta los imperativos que desde la misma Carta Política se extraen sobre la protección reforzada a la que son acreedores los limitados físicos y mentales.”*

Finalmente, la Corporación ha indicado que el tratamiento que se debe suministrar al niño con discapacidad debe caracterizarse por ser íntegro. Así las cosas, en la Sentencia T-179 de 2004 señaló:

*“Por consiguiente, a los niños discapacitados hay que darles el servicio eficiente, integral, óptimo en tratamiento y rehabilitación para que mejore las condiciones de vida, valor éste que está en la Constitución y es una facultad inherente a todos los seres humanos, con mayor razón a aquellos que padecen enfermedades y no ofrezcan perspectiva de derrota de la dolencia. De todas maneras, son seres humanos que tienen derecho a encontrarle un sentido a la vida...”*

El Alto Tribunal ha indicado que es labor del Estado garantizar a los menores en condición de discapacidad la totalidad del tratamiento, así como que el servicio de salud que se les preste debe caracterizarse por ser especializado. Así, la Sentencia T-862 de 2007 reiteró:

*“De otra parte, la protección constitucional a los niños se encuentra reforzada cuando padecen de alguna clase de discapacidad, la cual tiene fundamento en los artículos 13 y 47 Superiores. Dichos mandatos generan para el Estado la obligación de implementar un trato favorable para ellos, a través de acciones afirmativas que permitan garantizar la ayuda efectiva para los menores que se encuentran en situación de inferioridad o desventaja con el propósito que puedan remediarlas eficazmente. En esta labor, el Estado debe asegurar que a los discapacitados, se les brinde la totalidad del tratamiento previsto para su enfermedad. (Negrilla fuera del texto original)*

*Bajo este contexto, el servicio en salud al que tienen derecho las personas con discapacidad debe ser especializado, en cuanto que éstas son merecedoras de una atención acorde a su situación. De ahí que, si el niño es beneficiario del Régimen de Seguridad Social, los facultativos deben acudir a los avances de la ciencia médica para procurarle una mejor condición de vida, así la enfermedad no pueda derrotarse.”<sup>22</sup> (Negrilla fuera del texto original)*

De otro lado, la legislación no ha sido ajena a los derechos de los discapacitados. En tal medida las leyes 1346 de 2009, 1618 de 2013 y 1751 de 2015 disponen que las personas con discapacidad son sujetos de especial protección, por cuanto al Estado le asiste el deber de velar por la garantía de sus derechos entre ellos el de salud y

---

<sup>22</sup> Sentencia T-518 de 2006.

rehabilitación, por lo que deberá adoptar las medidas tendientes a brindar una atención en salud oportuna que le permita a la persona progresar en su limitación.

De esta manera, debe advertirse que los infantes requieren de una atención en salud idónea, oportuna y prevalente, respecto de la cual toda entidad pública o privada tiene la obligación de garantizar su acceso efectivo a los servicios como lo ordena el artículo 50 superior, en concordancia con los principios legales de protección integral e interés superior de los niños y niñas.

De todo lo anterior se colige que los niños y niñas en condición de discapacidad gozan de una protección especial en la que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte de todas las autoridades públicas, incluyendo al juez constitucional. Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán modular o inaplicar las disposiciones que restrinjan el acceso a los servicios que requieren, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías superiores.

#### **4.5.2. Suministro de insumos, servicios y tecnologías excluidos del PBS.**

##### **4.5.2.1. De la atención domiciliaria**

Con relación a la atención domiciliaria, está definida en la Resolución 2292 de 2021<sup>23</sup> como el “conjunto de procesos a través de los cuales se materializa la prestación de servicios de salud a una persona en su domicilio o residencia, correspondiendo a una modalidad de prestación de servicios de salud extramural”<sup>24</sup>. Pero dentro de los servicios incluidos en el PBS, respecto de la recuperación de la salud, claramente corresponde al servicio de enfermería<sup>25</sup> conforme establece el artículo 25:

*“Artículo 25. Atención domiciliaria. La atención en la modalidad extramural domiciliaria **como alternativa a la atención hospitalaria institucional** está financiada con recursos de la UPC, en los casos que sea considerada pertinente por el profesional tratante, bajo las normas vigentes. Esta financiación está dada solo para el ámbito de la salud”. (Negrita y subrayado fuera de texto).*

En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-015 de 2021 realizó la distinción entre el servicio de auxiliar de enfermería y de cuidador: respecto del primero señala que, “como modalidad de la atención domiciliaria, según lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, es aquel que solo puede ser brindado por una persona con conocimientos calificados en salud”. Es

<sup>23</sup> Por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

<sup>24</sup> Artículo 8. Glosario.

<sup>25</sup>

diferente al **servicio de cuidador** que se dirige a la atención de necesidades básicas y no exige una capacitación especial.<sup>26</sup>

En lo que respecta **al servicio del cuidador**, la jurisprudencia de la Corte destaca que: “i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.<sup>27</sup> ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional 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 domiciliaria a cargo de las EPS. iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante”.<sup>28</sup>

Indicó la Corte<sup>29</sup> que, de acuerdo con la interpretación y el alcance que la misma Corporación atribuyó al artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido del Plan Básico de Salud, se entiende incluido en éste, razón por la cual debe ser prestado.<sup>30</sup> En relación con el servicio de cuidador, el tema planteado es la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no está expresamente excluido del listado previsto en la -Resolución 2273 de 2021<sup>31</sup>, pero tampoco se encuentra reconocido en el Plan Básico de Salud, cuya última actualización es la Resolución 2292 de 2021, toda vez que, como se puntualizó líneas atrás, la atención domiciliaria incluida en el PBS corresponde al servicio de enfermería.

Bajo este contexto, la jurisprudencia constitucional sostiene que, como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones:

- “(1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y
- (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los

<sup>26</sup> Sentencias T-260 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, en las cuales se explican las diferencias entre los dos tipos de servicio.

<sup>27</sup> Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>28</sup> Sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, y T-414 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>29</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-015 de 2021.

<sup>30</sup> Entre otras, las sentencias T-364 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

<sup>31</sup> “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.”<sup>32</sup>

En síntesis, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario verificar: (i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y **(ii) en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido”.**

#### 4.6. Examen del caso

La señora MAGALY CÁCERES VERA, agente oficioso de su hijo, acude a este mecanismo excepcional para que la NUEVA E.P.S. autorice y suministre “*plan de terapias físicas ocupacionales, lenguaje en domicilio 20 por mes por 3 meses, continuar con manejo ya establecido por especialidades y cuidador 12 horas por un año*”, para su hijo D.L.R.C., diagnosticado con “*retardo del desarrollo y otros trastornos del desarrollo de habla y del lenguaje; y secuelas del sistema nervioso central y periférico osteomuscular*”; mientras que la entidad demandada dice que ya expidió “*Autorización de Servicios No. 172700530 ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA. POR FISIOTERAPIA, ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA. POR FONIATRÍA Y FONOAUDIOLOGÍA y ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA. POR TERAPIA OCUPACIONAL*” y que el cuidador domiciliario debe prestarlo la familia del usuario quien no arrió siquiera prueba sumaria para demostrar la incapacidad de asumirlo, máxime cuando tal servicio está excluido del PBS.

El amparo concedido por el *a quo* que ordena “*(...) al Representante Legal de la accionada Nueva EPS, que, si no ha procedido a ello, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, autorice y suministre los servicios de cuidador domiciliario 12 horas por un año, terapias físicas, ocupacionales y del lenguaje en domicilio, 20 por mes, durante tres meses y pañales desechables, tres por día, conforme lo ordenado por el médico tratante de la IPS Medytec desde el día 17 de noviembre de 2021*” genera la inconformidad de la NUEVA E.P.S., únicamente respecto del servicio de cuidador domiciliario, con fundamento en los mismos argumentos que sostuvo en la contestación a la demanda.

Descendiendo al examen puntual, efectivamente existe certeza médica<sup>33</sup> que el menor D.L.R.C. de 7 años de edad, requiere atención

<sup>32</sup> Al respecto pueden ser consultadas, entre otras, las sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

<sup>33</sup> **i).** El menor D.L.R.C. padece “**dependencia funcional: TOTAL- Escala de Barthel 0** de fecha 17 de noviembre de 2021, prescrito por el médico tratante<sup>33</sup> adscrito a la IPS MYT SALUD. **(ii).** También sufre un diagnóstico de “**retardo del desarrollo**” y “**otros trastornos del desarrollo del habla y del lenguaje**”. **(iii).** Según certificado de Barthel, indica el médico tratante: “Que dichos diagnósticos le generaron al paciente efectos, consecuencia y/o secuelas a nivel del sistema neurológico central y digestivo, genitourinario, **lo llevaron a necesitar de ayuda por un tercero** para la realización de las siguientes actividades: ALIMENTACIÓN, TOMA DE MEDICAMENTOS, MICCIÓN- DEPOSICIONES- CONTROL ANAL, ACTIVIDADES EN BAÑO, MANEJO DE INODORO O RETRETE- TRASLADO -

domiciliaria de cuidador, pues el médico tratante adscrito a la E.P.S. MYT SALUD, prescribió el pasado 17 de noviembre de 2021 “servicio de cuidador 12 horas por un año”; porque según el diagnóstico y el resultado de dependencia total en la valoración de la escala de Barthel, el infante requiere ayuda de un tercero para realizar las siguientes actividades: “ALIMENTACIÓN, TOMA DE MEDICAMENTOS, MICCIÓN- DEPOSICIONES- CONTROL ANAL, ACTIVIDADES EN BAÑO, MANEJO DE INODORO O RETRETE- TRASLADO – ACOMPAÑAMIENTO”; servicio que su familia no puede proveerle por su precaria situación económica que se presume de su afiliación al régimen subsidiado, la que la Nueva EPS no logró desvirtuar o demostrar la imposibilidad material del núcleo familiar del agenciado para prestar dicha atención. Adicionalmente se trata de un sujeto de especial protección constitucional en condición de discapacidad que requiere una protección reforzada.

No obstante lo anterior, como quiera que la EPS, para la fecha de la presentación de la demanda había expedido las autorizaciones de servicios relacionadas con las terapias físicas y ocupacionales que fueron ordenadas por la primera instancia y durante el trámite tutelar en obediencia a la medida provisional decretada por la primera instancia, suministró el servicio de cuidador, tal como afirmó la señora MAGALY CÁCERES ante esta magistratura, desaparece así el motivo que generó la inconformidad y habrá de declararse la carencia actual del objeto por hecho superado.

En pretérita oportunidad, así lo expresó la Corte Constitucional:

*“Esta Corporación ha considerado que la decisión del juez de tutela carece de objeto cuando al momento de proferirla, se encuentra que la acción u omisión que dio origen a la solicitud de amparo, ha cesado, pues desaparece toda posibilidad de amenaza o vulneración a los derechos fundamentales. En este sentido, cuando hay carencia actual de objeto la protección a través de la tutela pierde sentido y, en consecuencia, el juez queda imposibilitado para emitir alguna orden dirigida a proteger el derecho fundamental invocado”<sup>34</sup>.*

Ello puede suceder cuando se presenta un hecho superado, un daño consumado, o una situación sobreviniente que torne inocuo el amparo, fenómenos que la Corte ha explicado de la siguiente manera:

*“En primer lugar, se entiende por hecho superado la situación que se presenta cuando, durante el trámite de la acción de tutela o de su revisión eventual ante la Corte Constitucional, sobreviene la ocurrencia de hechos que demuestran que las circunstancias existentes al momento de interponer la acción se transformaron y por lo tanto la parte accionante ha*

---

ACOMPAÑAMIENTO”. (iv). De acuerdo con el plan de tratamiento, de fecha 17 de noviembre de 2021, el profesional de la salud prescribe: “orden de **terapias físicas y ocupacionales** lenguaje en domicilio **20 por mes por 3 meses** continuar con manejo ya establecido por especialidades, **servicio de cuidador 12 horas por un año”**.

<sup>34</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-312 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

*perdido el interés en la satisfacción de su pretensión o ésta no puede obtenerse, pues la situación en principio informada a través de la tutela, ha cesado.*

*En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha comprendido el hecho superado dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en la tutela, lo que permite suponer que la satisfacción de las pretensiones devino de una conducta positiva por parte de la persona o entidad demandada en orden a garantizar los derechos del accionante.*

*Seguidamente, la carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando no se repara la vulneración del derecho, sino que, a raíz de su falta de garantía, se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela. En esos casos procede el resarcimiento del daño causado por la violación del derecho fundamental.*

*Finalmente, respecto a la carencia actual de objeto cuando se presenta cualquier otra circunstancia que haga inocua la orden de satisfacer la pretensión de la tutela, la Corte ha manifestado que “es posible que la carencia actual de objeto no se derive de la presencia de un daño consumado o de un hecho superado sino de alguna otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del/ de la juez/a de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto”<sup>35</sup>*

Así mismo, la Alta Corporación señala que el hecho superado se configura cuando confluyen los siguientes elementos:

- “1. Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa.*
- 2. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado.*
- 3. Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado”<sup>36</sup>*

Así las cosas, se revocará la sentencia impugnada, y se declarará la carencia actual del objeto por hecho superado.

## **5. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

---

<sup>35</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-312 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>36</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-021 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, citando la Sentencia T-045 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

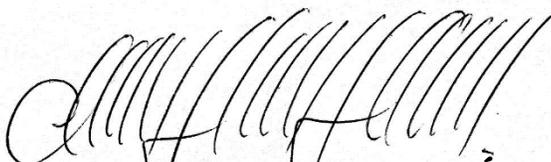
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia impugnada, y en su lugar, se declara la carencia actual del objeto por hecho superado.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ**  
Magistrada Ponente



**MATILDE LEMOS SANMARTÍN**  
Magistrada



**LAURA JULIANA TAFURT RICO**  
Magistrada