

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. 0263

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
Radicación:	817363184001-20220018801 Enlace Link
Accionante:	DELFINA BALDONADO
Agente Oficioso:	MARNIE LENA LOPEZ RUBIANO
Accionado:	NUEVA E.P.S.
Derechos invocados:	Salud y vida digna.
Asunto:	Sentencia

Sent.068

Arauca (A), seis (6) de julio de 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 06 de mayo del 2022 por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA CIRCUITO DE SARAVERA (A).

2. ANTECEDENTES

2.1. Del escrito de tutela¹. La agente oficiosa MARNIE LENA LOPEZ RUBIANO² presenta acción de tutela para que la NUEVA E.P.S. suministre “servicio de cuidador domiciliario 12 diurnas por 3 meses, óxido de zinc tubo por 60 G (3 tubos para un mes) y pañitos húmedos caja por 100 unidades (2 cajas para un mes)”, ordenados por el médico tratante a la señora DELFINA BALNONADO³ diagnosticada con “diabetes mellitus asociada con desnutrición con complicaciones no especificadas, hipertensión esencial (primaria), anquilosis articular, incontinencia urinaria y catarata senil no especificada”, así como, “dependencia funcional total con índice de Barthel 5”, por lo que requiere ayuda para “alimentarse, vestirse, deposiciones, aseo personal, traslado, entre otras”, ya que no cuenta con los recursos económicos para sufragar el cuidador; también solicita tratamiento integral.

Como medios probatorios adjunta:

¹ Presentado el 22 de abril de 2022.
² Judicante Ad honoren de la Personería Municipal de Saravena.
³ 79 años de edad.

- Fotocopia de cédula agenciada.
- Historia clínica del 15 de marzo de 2022. IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA.
- Orden médica del 15 de marzo de 2022.
- Escala de Barthel del 15 de marzo de 2022.
- Certificado dependencia funcional del 15 de marzo de 2022.

2.2. Trámite procesal.

Admitido el escrito tutelar⁴, 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.

Vincula a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA.

2.3. Respuestas.

UAESA. Solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva, porque la señora DELFINA BALDONADO se encuentra afiliada a la NUEVA E.P.S. en el régimen subsidiado, y es esta quien debe garantizar los servicios de salud.

La NUEVA E.P.S. Sostiene que no ha desplegado un comportamiento activo u omisivo, toda vez que, la accionante debía solicitar los insumos ante la E.P.S. a través de los canales virtuales de atención, antes de acudir a la acción de tutela.

Sustenta que, de las atenciones o cuidados que pueda requerir un paciente en su domicilio, en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiere de una orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente; y, en lo relacionado con la “atención de cuidador”, la Corte ha concluido que se trata de un servicio que, en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este se encuentra materialmente imposibilitado para tal efecto, es obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.

En cuanto a los pañitos húmedos, señala las reglas que ha fijado la Corte Constitucional para el suministro de este insumo que se encuentra excluido del PBS, así, “(i). *Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas. Sobre este presupuesto, la Sala Plena encuentra necesario precisar que para su superación es necesario que exista una clara afectación a la salud y no basta con la sola afirmación sobre el deterioro de la dignidad humana. De tal forma, la afectación de la salud debe ser cualificada en los anteriores términos, comoquiera que compromete la inaplicación de las restricciones avaladas por el mecanismo participativo bajo criterios técnicos y*

⁴ Auto de 22 de abril de 2022.

científicos y, por consiguiente, impacta la garantía de prestación a cargo del Estado y la correlativa financiación de los servicios que se requieren. (ii). Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario. (iii). Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores. (iv). Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro”.

Solicita declarar improcedente la acción de tutela, con respecto al servicio de cuidador ya que no se demostró la incapacidad material; con relación a los pañitos húmedos por estar excluidos del PBS; y, frente al tratamiento integral porque implica prejuizgamiento y asumir la mala fe de la E.P.S.

2.4. Decisión de Primera Instancia⁵.

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

*SEGUNDO: **ORDENAR a NUEVA E.P.S.** a través de su Representante Legal o quien haga sus veces, para que dentro de las CUARENTA Y OCHO HORAS siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, AUTORICE Y/O SUMINISTRE a la señora DELFINA BALDONADO, EL SERVICIO DE CUIDADOR DOMICILIARIO POR 12 HORAS DIURNAS POR TRES MESES, INSUMOS (PAÑALES DESECHABLES 4 AL DÍA POR TRES MESES, PAÑITOS HÚMEDOS CAJA POR 100 UNIDADES CANTIDAD DOS, OXIDO DE ZINC Y TUBO DE 60G CANTIDAD TRES), con ocasión de las patologías que padece tal y como lo ordena el médico tratante, advirtiendo que se debe hacer el acompañamiento al paciente para que efectivamente se le presten los servicios de salud ordenados y requeridos de acuerdo a las órdenes médicas que obran en el plenario y de las que tenga conocimiento NUEVA EPS respetando en todo momento el principio de integralidad.*

El *a quo* consideró que, la señora DELFINA BALNONADO se encuentra en una evidente condición de dependencia y requiere de atenciones indispensables para la estabilidad de su salud, por lo que el servicio de cuidador es una obligación que debe ser asumida por la E.P.S. pues la accionante y su familia no cuentan con los recursos para sufragarlo; así mismo, suministrar los servicios excluidos del PBS que han sido ordenados por el médico tratante.

Llama la atención a la NUEVA E.P.S. para que autorice los servicios médicos sin esperar una orden judicial.

2.5. La impugnación⁶. La NUEVA E.P.S solicita revocar la sentencia de primera instancia. Insiste en que no se demostró la imposibilidad

⁵ Sentencia del 06 de mayo de 2022.

⁶ Presentada el 13 de mayo de 2022.

material de la agenciada, para ser beneficiaria del servicio de cuidador, ni que carezca de recursos económicos.

Solicita amparar únicamente el derecho al diagnóstico de la agenciada, y en caso de mantener la decisión, pide facultar a la E.P.S. realizar el recobro ante el ADRES.

3. PRUEBAS PRACTICADAS EN ESTA INSTANCIA.

Mediante comunicación telefónica la señora ALIX ORTIZ⁷, indicó que el pasado 16 de junio con el fallo de tutela solicitó nuevamente a la E.P.S., los servicios médicos para la señora BALDONADO y le manifestaron que debe esperar 25 días hábiles para el suministro del servicio de cuidador domiciliario; que no tiene conocimiento si ya recibió los medicamentos porque para esta fecha la paciente se encuentra donde una sobrina con quien se turna para cuidarla.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para resolver la impugnación propuesta al ser el superior funcional del Juez que profirió la decisión.

4.2. Requisitos de procedibilidad

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.*⁸

⁷ Hija de la señora Baldonado. A los abonados 3134678999.

⁸ 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 Gonzáles Cuervo), T-004 de 2013 (M.P. Mauricio Gonzáles 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.

Conforme al evidente diagnóstico descrito en la historia clínica aportada, la señora DELFINA BALNONADO no se encuentra en condiciones físicas para ejercer su propia defensa; por lo tanto, la señora MARNIE LENA LÓPEZ RUBIANO, se encuentra legitimada para actuar en calidad de agente oficioso.

Similar situación se presenta frente a la legitimación por pasiva de la NUEVA EPS, quien registra como afiliada a la agenciada.

Inmediatez. Se cumple este requisito, si tenemos en cuenta que, la orden médica fue prescrita el pasado 15 de marzo de 2022, y, la acción de tutela presentada el 22 de abril del presente año.

Subsidiariedad. Conforme a la jurisprudencia constitucional⁹, 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.”¹⁰

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.”¹¹

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.¹² De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,¹³ 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.

⁹ Sentencia T-122 de 2021.

¹⁰ Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

¹¹ *Ibidem*.

¹² 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.

¹³ Sentencia T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo.

En virtud de lo anterior, se torna procedente la presente acción, ante la ineficacia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD¹⁴.

4.3. Problema Jurídico

Determinar si la NUEVA E.P.S vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora DELFINA BALDONADO al negar los servicios prescritos por su médico tratante.

4.4. Supuestos jurídicos

4.4.1. 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 1992¹⁵, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015¹⁶ 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.

4.4.2. El derecho fundamental a la salud y su prestación en favor de las personas en condición de discapacidad bajo los principios de integralidad y continuidad.

El derecho fundamental a la salud tiene una doble connotación (i) como servicio público, establecido así en el artículo 49 de la Constitución, cuya garantía está a cargo del Estado, bajo condiciones de *“oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad”*¹⁷ y; (ii) como derecho fundamental autónomo *“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”*¹⁸. Su carácter de derecho fundamental autónomo surge de la necesidad del Estado

¹⁴ 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.

¹⁵ Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

¹⁶ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

¹⁷ Sentencia T-859 de 2003.

¹⁸ Sentencias T-597 de 1993, T-355 de 2012, T-022 de 2011 y T-859 de 2003.

de proteger la salud al más alto nivel, toda vez que se relaciona de manera directa con la vida y la dignidad de las personas y el desarrollo de otros derechos fundamentales¹⁹.

Dentro del marco del sistema internacional de los Derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (PIDESC), en su artículo 12 reconoce *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”* y establece las medidas que deberán adoptar los Estados para asegurar la efectividad de este derecho, como *“la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”*.

A partir de su relación directa con la vida y la dignidad de las personas, su protección se refuerza al tratarse de Sujetos de Especial Protección Constitucional²⁰ que por su estado de mayor vulnerabilidad y debilidad son merecedores de protección reforzada por parte del Estado, así el artículo 47 de la Constitución indica: *“El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”*.

Frente a la protección del derecho a la salud de personas que se encuentran en situación de discapacidad, el Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales –CDESC- establece que *“la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (apartado d del párrafo 2 del artículo 12), tanto física como mental, incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, **y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental.**”*(Negrilla fuera del texto original).

La garantía constitucional del derecho a la salud de la población con discapacidad debe ser desarrollada en conjunción con el principio de integralidad. Al respecto, en sentencia T-121 de 2015 se afirmó: *“El derecho a la salud implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo”*.

En materia de seguridad social, debe entenderse de acuerdo al artículo 2°, literal d) de la Ley 100 de 1993 como *“la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley”*.

¹⁹ Sentencias T-311 de 2012, T-214 de 2013 y T-132 de 2016.

²⁰ Sentencia T-167 de 2011. Aquellas personas que por su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva del Estado para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. La Corte ha considerado que entre los sujetos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza.

Lo anterior fue reiterado mediante la Ley 1751 del 2015, cuyo artículo 8° establece que, “los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador”. Además, **hace claridad que el usuario no puede ver disminuida su salud por la fragmentación de la responsabilidad en la prestación de un servicio específico**. Así mismo, establece que los servicios deben tener un alcance que comprenda todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico en relación de las necesidades específicas de conformidad al estado de salud diagnosticado.

En este sentido, la sentencia T-171 de 2018 considera que el principio de integralidad opera con el fin de suministrar servicios y tecnologías necesarios que ayuden a paliar las afectaciones que perturban las condiciones físicas y mentales, así mismo, que la enfermedad se pueda tratar al punto de garantizar el mayor grado de salud posible y dignidad humana.

La Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad dispone en su artículo 26 que los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, para que: “las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación”, basándose estos en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona.

Concerniente a la **continuidad como principio rector de la plena efectividad del derecho a la salud**, la jurisprudencia de la Corte reitera que: las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados²¹ (subrayado fuera del texto original).

Además, la Ley 1751 del 2015²², en su artículo 11, **establece que la atención en salud a las personas con discapacidad no podrá ser limitada por tipos de restricciones administrativas o económicas y que “las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención”**.

Por lo anterior, la interrupción arbitraria del servicio a la salud, es contraria al derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana, especialmente tratándose de personas con algún tipo de discapacidad física, mental o sensorial, las cuales tienen derecho a obtener la totalidad del

²¹ Sentencia T-1198 de 2003.

²² Ley Estatutaria 1751 de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

componente médico previsto para el manejo del padecimiento que le sobrevino, así no se obtenga su recuperación completa y definitiva, pero se logren mantener los avances logrados en términos conductuales y de vida en comunidad, lo que asegura que al paciente pueda vivir en el mayor nivel de dignidad posible²³. Reiterado esto en sentencia T-196 de 2018 donde “una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de tal forma que aquel no sea suspendido o retardado durante la recuperación o estabilización de paciente”.

En conclusión, el derecho a la salud de las personas con discapacidad en virtud del principio de dignidad y de conformidad con la integralidad y continuidad involucra que deben otorgarse todas las medidas y servicios necesarios que hagan posible lograr el más alto nivel de salud, lo que incluye una adecuada valoración²⁴ que fije la rehabilitación o paliación de las necesidades que persistan respecto al estado de salud, con el fin de lograr la máxima independencia, capacidad física, social, mental y la inclusión y participación plena en todas las áreas de la vida.

4.4.3. El servicio de cuidador.

La Corte Constitucional en sentencia T-015 de 2021 realizó la distinción entre el servicio de auxiliar de enfermería²⁵ 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 diferente al **servicio de cuidador** que se dirige a la atención de necesidades básicas y no exige una capacitación especial.²⁶

Respecto 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.²⁷ 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”*.²⁸

²³ T- 339 de 2019.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencias T-887 de 2012, T-298 de 2013, T-940 de 2014, T-045 de 2015, T-210 de 2015 y T-459 de 2015.

²⁵ Incluido en el PBS como atención domiciliaria. Resolución 2292 de 2021. Artículo 8 y 25.

²⁶ 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.

²⁷ Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

²⁸ 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.

Indicó la Corte²⁹ 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.**³⁰ En relación con el servicio de cuidador, el tema planteado es la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores cuando no se encuentra excluido ni reconocido en el Plan de Beneficios de Salud. Circunstancia que, actualmente, permanece vigente con la expedición de la **-Resolución 2273 de 2021**³¹, y la **Resolución 2292 de 2021**, toda vez, que el cuidador no se encuentra excluido ni incluido en el PBS.

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

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”.*

4.4.4. De los pañitos húmedos.

En tratándose de “pañitos húmedos”, La Corte, en Sentencia SU-508 de 2020, puntualiza que, el suministro de este insumo, **se encuentra excluido del plan de beneficios en salud**, para toda enfermedad o condición asociada al servicio; evento que se mantiene vigente en la

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-015 de 2021.

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

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

³² 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.

última actualización del Plan de Beneficios de Salud que corresponde a la Resolución 2273 de 2021³³.

Sin embargo, señala el Alto Tribunal que, este suministro puede ser otorgado excepcionalmente a través de la acción de tutela, para lo cual, el juez debe constatar los requisitos establecidos en las sentencias SU-480 de 1997 y T-237 de 2003, y que se reiteraron en la sentencia C-313 de 2014 para la autorización de servicios excluidos del plan de beneficios en salud, esto son:

“(i). Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas. Sobre este presupuesto, la Sala Plena encuentra necesario precisar que para su superación es necesario que exista una clara afectación a la salud y no basta con la sola afirmación sobre el deterioro de la dignidad humana. De tal forma, la afectación de la salud debe ser cualificada en los anteriores términos, comoquiera que compromete la inaplicación de las restricciones avaladas por el mecanismo participativo bajo criterios técnicos y científicos y, por consiguiente, impacta la garantía de prestación a cargo del Estado y la correlativa financiación de los servicios que se requieren.

(ii). Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

(iii). Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

(iv). Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro”.

4.4.5. Del tratamiento integral.

Los criterios jurisprudenciales vigentes sostienen que: *“el servicio de salud prestado por las entidades del Sistema debe contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento del estado de salud o la mitigación de las dolencias del paciente, **sin que sea posible fraccionarlos, separarlos o elegir cuál de ellos aprueba en razón del interés económico que representan.** En este sentido, ha afirmado que la orden del tratamiento integral por parte del juez constitucional tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante. No obstante, este tribunal ha señalado que **la solicitud de tratamiento integral no puede tener como sustento afirmaciones abstractas o inciertas, sino que***

³³ “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

deben confluír unos supuestos para efectos de verificar la vulneración alegada, a saber:

- **Que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio, como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos o la realización de tratamientos; y**
- **Que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico tratante, en que se especifiquen las prestaciones o servicios que requiere el paciente.**³⁴

Acorde con la Corte Constitucional, el reconocimiento del tratamiento integral solo se declarará cuando **“(i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello pone en riesgo los derechos fundamentales del paciente**³⁵, **y (ii) cuando el usuario es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas, o con aquellas personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”**³⁶.

Así mismo, en sentencia T-081 de 2019, precisó que la orden de tratamiento integral depende de varios factores, tales como: **“(i) que existan las prescripciones emitidas por el médico, el diagnóstico del paciente y los servicios requeridos para su atención; (ii) la EPS actúe con negligencia en la prestación del servicio, procedido en forma dilatoria y haya programado los mismos fuera de un término razonable; y (iii) con ello, la EPS haya puesto en riesgo al paciente, al prolongar “su sufrimiento físico o emocional, y genera[r] (...) complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte”.**

De modo que, el juez de tutela debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto del actor y frente al cual recae la orden del tratamiento integral. Esto, por cuanto no le es posible a la autoridad judicial dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas, pues, de hacerlo, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados³⁷.

4.5. Examen del caso

Corresponde a la solicitud de protección de los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas de la señora DELFINA BALDONADO, diagnosticada con *“diabetes mellitus asociada con desnutrición con complicaciones no especificadas, hipertensión esencial (primaria), anquilosis articular, incontinencia urinaria y catarata senil no especificada”, y, “dependencia funcional total- índice de Barthel 5; quien acude a esta acción constitucional para que la NUEVA E.P.S. autorice “servicio de cuidador domiciliario 12 diurnas por 3 meses, óxido de zinc tubo por 60 G (3 tubos para un mes) y pañitos húmedos caja por 100 unidades (2 cajas para un mes)”*, porque no

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T 475 del 06 de noviembre de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia T 062 de 03 de febrero de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y sentencia T 178 de 24 de marzo de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

cuenta con los recursos económicos para sufragar dicho gasto; también solicita tratamiento integral; pretensiones que fueron acogidas por la primera instancia.

Por su parte, la NUEVA E.P.S. cuestiona la decisión y pide su revocatoria, al indicar que, con relación servicio de **cuidador**, no se demostró la imposibilidad material de la agenciada a través de su núcleo familiar, ni la carencia de recursos económicos.

De acuerdo a la problemática expuesta, a través del material probatorio, se constata que **(i)**. la señora DELFINA BALDONADO, efectivamente se encuentra en condición de discapacidad con **dependencia total**, al obtener un puntaje 5 en la escala de Barthel. **(ii)**. Está afiliada a la NUEVA E.P.S. en el régimen subsidiado. **(iii)**. La historia clínica describe que padece un diagnóstico de “*diabetes mellitus asociada con desnutrición con complicaciones no especificadas, hipertensión esencial (primaria), anquilosis articular, incontinencia urinaria y catarata senil no especificada*”. **(iv)**. Conforme a la orden médica del 15 de marzo de 2022, el médico tratante adscrito a la IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA, prescribió, “*pañales desechables tena slip ultra talla M MIPRES, óxido de zinc tubo por 60 G (3 tubos para un mes) y pañitos húmedos caja por 100 unidades (2 cajas para un mes)*”, y, “*servicio de cuidador domiciliario por doce (12) horas diurnas por 1 año* como ayuda para la realización de las siguientes tareas “*alimentación, vestirse, deposiciones, aseo personal y baño, control anal, control vesical, manejo del inodoro, traslado silla a cama, subir o bajar escalones*”.

Bajo este contexto, se tiene que, el **servicio de cuidador** efectivamente fue ordenado por el médico tratante adscrito a de la IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA, justificada en el diagnóstico que padece la señora DELFINA BALDONADO y su condición de discapacidad, que hace necesario la ayuda de un tercero como apoyo para sus actividades básicas, las cuales no pueden ser asumidas por su núcleo familiar; además, en el escrito de tutela afirma que, no cuentan con los recursos económicos para sufragar dicho gasto; circunstancias que la EPS no desvirtuó en el trámite tutelar al recaerle la carga de la prueba³⁸.

Además, fue la misma E.P.S. en la respuesta de tutela, quien indicó que, 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*”, sin comprobar la veracidad de la información, evento que vulneró los derechos

³⁸ Sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.

fundamentales a la salud y vida digna de la agenciada. Razón por la cual, se confirmará la decisión de la primera instancia en lo que respecta al servicio de cuidador.

Con relación a los pañitos húmedos, probado está que fue prescrito por el médico tratante adscrito a la IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA S.A.S. **“pañitos húmedos caja por 100 unidades (2 cajas para un mes)**, por ende, se cumple con la cuarta sub-regla **“Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro”**. Motivo por el cual, la NUEVA E.P.S. debe realizar el suministro.

Si la inconformidad de la E.P.S. recae sobre la fuente de financiación de servicios excluidos del P.B.S., esta no puede convertirse en una barrera para el usuario, al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que, **“Las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente. Esta posibilidad opera, por tanto, en virtud de la reglamentación y está sometida a las condiciones establecidas en ella; no depende de decisiones de jueces de tutela**. Al advertir esta situación, la Sala no desconoce la importancia del criterio de sostenibilidad financiera en el Sistema de Salud. Para que este funcione en condiciones óptimas, es necesario que el Estado garantice un flujo adecuado, suficiente y oportuno de los recursos a las entidades a cargo de suministrar los servicios y tecnologías que los usuarios requieren”.³⁹ (Negrita y Subrayado fuera de texto).

En lo que atañe al amparo relacionado con el **tratamiento integral**, solo se declarará cuando **“(i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello pone en riesgo los derechos fundamentales del paciente⁴⁰, y (ii) cuando el usuario es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas, o con aquellas personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”⁴¹**. Así mismo, en sentencia T-081 de 2019, precisó que la orden de tratamiento integral depende de varios factores, tales como: **“(i) que existan las prescripciones emitidas por el médico, el diagnóstico del paciente y los servicios requeridos para su atención; (ii) la EPS actúe con negligencia en la prestación del servicio, procedido en forma dilatoria y haya programado los mismos fuera de un término razonable; y (iii) con ello, la EPS haya puesto en riesgo al paciente, al prolongar “su sufrimiento físico o emocional, y genera[r] (...) complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte”**.

En el presente asunto, la orden de tratamiento integral se ajusta a los criterios señalados, porque la E.P.S. exhibe su negligencia ante la negativa de autorizar y proporcionar **“el servicio de cuidador domiciliario”** y **“pañitos húmedos”**, ordenado por el médico tratante; situación que coloca en riesgo y prolonga el sufrimiento físico y

³⁹ Sentencia T-224/20.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia T 062 de 03 de febrero de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y sentencia T 178 de 24 de marzo de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

emocional de la agenciada, siendo necesarios para garantizar una vida en condiciones dignas y justas; además, no se está presumiendo la mala fe de la entidad, sino de proteger el goce efectivo de los derechos fundamentales de la señora DELFINA BALDONADO, máxime en tratándose de un **sujeto de especial protección constitucional** por su condición de discapacidad.

Así las cosas, se confirmará la sentencia impugnada.

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

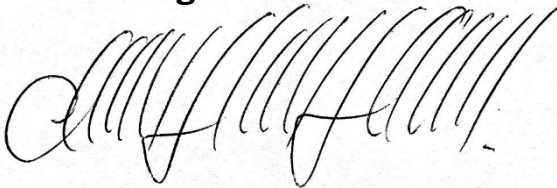
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada.

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