

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. 0359

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
Radicación:	817363189001-20220031001 Enlace Link
Accionante:	Luz Marina Ibáñez Junco
Agente Oficioso:	Lizet Tatiana Mojica Ibáñez
Accionado:	NUEVA E.P.S.
Derechos invocados:	Salud y vida digna.
Asunto:	Sentencia

Sent.092

Arauca (A), treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decidir la impugnación presentada por la NUEVA E.P.S., contra la sentencia de tutela proferida el 21 de julio del 2022 por el JUZGADO PROMISCO DEL CIRCUITO DE SARAVERENA (A).

2. ANTECEDENTES

2.1. Del escrito de tutela¹.

La señora LUZ MARINA IBÁÑEZ JUNCO, agente oficiosa de su hija LIZET TATIANA MOJICA IBÁÑEZ² diagnosticada con “*parálisis cerebral espástica cuadripléjica, Epilepsia, tipo no especificada, Incontinencia Urinaria, No especificada*” a quien su médico tratante ordenó: “*(i). ss cuidador domiciliario 12 horas diurnas x mes*”, “*(ii). valoración por pediatría, nutrición y neurología*”, “*(iii). paquete paciente crónico terapia física domiciliaria; terapias respiratorias, terapias fonoaudiología, terapia ocupacional*” y “*(iv). estándar distribución normal de la dieta-ENSURE polvo 900 g lata (11 latas)*”; presenta acción de tutela porque pese a que la NUEVA E.P.S., autorizó únicamente lo relacionado a las valoraciones y terapias, tiene inconvenientes con la IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA encargada de su prestación porque no cuenta

¹ Presentado el 06 de Julio de 2022.

² 14 años de edad. Fecha de nacimiento 16/04/2008.

con el personal para ello; así mismo, MYT SALUD IPS no realizó la entrega completa del suplemento nutricional “Ensure”. Aboga por el amparo de los derechos fundamentales³ de la menor, pide servicios complementarios y tratamiento integral.

Pretensiones:

“SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA EPS que, de manera urgente, prioritaria y sin impedimento o demoras injustificadas autorice y garantice la entrega y realización de:

- Cuidador Domiciliario 12 Horas diurnas x mes
- Valoración por Pediatría, Nutrición, Neurológica.
- Paquete Paciente Crónico Terapia física Domiciliaria.
- Terapias Respiratorias
- Terapias Fonoaudiología
- Terapia Ocupacional.
- Estándar Distribución Normal de la dieta- Ensure Polvo 900g lata (11 latas)

y todos los medicamentos y procedimientos ordenados por sus galenos tratantes que se deriven de sus diagnósticos o de los que se puedan presentar como medida urgente e indispensable para resguardar la salud de mi hija, mencionando forma respetuosa que dichas autorizaciones puedan 4 generarse en IPS que cuenten con infraestructura y personal capacitado para prestar dichos servicios.

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA EPS **cubra los gastos de Transporte intermunicipal o interdepartamental ajustadas siempre a las indicaciones del médico tratante, transporte urbano, alimentación y hospedaje** que llagara a requerir tanto para mi hijo y su acompañante, para acudir a los procedimientos, tratamientos médicos, y proceso de recuperación que se ordenen fuera del municipio de residencia.

CUARTO: ORDENE a NUEVA EPS que, como garantía fundamental a la **continuidad e integralidad en el tratamiento médico**, autorice, ordene, remita y facilite todos y cada uno de los procedimientos médicos, exámenes, intervenciones y valoraciones que sean necesarias para lograr obtener una mejor calidad de vida, y que la EPS por trámites administrativos ha omitido su atención adecuada y oportuna. Y que, en adelante, preste, atienda y suministre ANTENCION INTEGRAL, CONTINÚA, SUFICIENTE, OPORTUNA todos y cada uno de los procedimientos, medicamentos e insumos necesarios para la atención de la enfermedad”. (Sic).

Adjunta

- Fotocopia cédula agente oficioso.
- Fotocopia documento de identidad agenciada.
- Copia historia clínica IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA de fecha 22 de marzo de 2022.- Plan de tratamiento:
 - **“ss cuidador domiciliario 12 horas diurnas x mes”.**
 - **“valoración por pediatría, nutrición y neurología”.**
- Orden médica del 22 de marzo de 2022.
 - **“ss paquete crónico terapia física domiciliaria CÓD. E985111”.**

³ Salud y vida digna.

- Orden médica MIPRES de fecha 14 de febrero de 2022. FAMEDIC IPS TAME.
 - o **Estándar -distribución normal de la dieta- ENSURE polvo 900 gramos, cantidad 11-duración tratamiento 90 días.**
- Copia pre-autorización de servicios- NUEVA E.P.S. 14/02/2022.
 - o *Fórmula completa y balanceada con fos, fibra, grasas cardio protectoras libre de lactosa”. Cantidad 3. Entrega número 3 válida para reclamar desde el 03 de junio de 2022 hasta el 02 de julio de 2022.*
- Copia historia clínica FAMEDIC SAS. 15/09/2021.
- Fórmula médica 15/09/2021.
 - o *Consulta de primera vez por especialista en pediatría.*

2.2. Trámite procesal.

La acción de tutela correspondió al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Tame, quien por reglas de reparto la remitió⁴ a los Juzgados del Circuito de Saravena.

Admitido el escrito tutelar⁵, 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.

2.3. Respuestas.

La NUEVA E.P.S. Sostiene que la agenciada se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud- régimen subsidiado desde el 10 de agosto de 2021.

Afirma que autorizó:

“PAQUETE DE ATENCION DOMICILIARIO A PACIENTE CRONICO CON TERAPIAS (MENSUAL): Cuenta con autorización número 178973743 direccionado a SUBSIDIADO IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA.

FÓRMULA COMPLETA Y BALANCEADA CON FOS, FIBRA, GRASAS CARDIOPROTECTORAS LIBRE DE LACTOSA Y GLUTEN (POLVO PARA SUSPENSION ORAL 900G) – ENSURE: Cuenta con autorización número 224420378 direccionado a SUBSIDIADO MEDYTEC.

ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA. POR TERAPIA RESPIRATORIA, ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA. POR TERAPIA OCUPACIONAL, ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA. POR FISIOTERAPIA y ATENCION

⁴ Auto del 06 de julio de 2022.

⁵ Auto de 07 de julio de 2022.

[VISITA] DOMICILIARIA. POR FONIATRÍA Y FONOAUDILOGÍA cuentan con autorización direccionado a IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA”. (Sic).

En relación con el servicio de cuidador, expone que este tipo de atención domiciliaria corresponde a los familiares del paciente y excepcionalmente al Estado cuando se cumplan las siguientes reglas: “(i) existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas...” (sic). Que la imposibilidad material se da cuando, “(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”.

Aduce que, respecto a la pretensión de servicios complementarios-transporte, alojamiento y alimentación-, no se evidencia orden de remisión, cita o consulta en un municipio diferente al lugar de residencia.

En cuanto al tratamiento integral, indica que, es improcedente porque la E.P.S. ha garantizado la prestación de los servicios requeridos por la usuaria; además, implica prejuzgamiento sobre situaciones futuras e inciertas.

Solicita negar el amparo solicitado o en caso contrario, pide subsidiariamente facultar el recobro ante el ADRES.

2.4. Decisión de Primera Instancia⁶.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena (Arauca) concedió el amparo y ordenó:

“SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal de la accionada Nueva EPS que, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, AUTORICE y SUMINISTRE EFECTIVAMENTE a la paciente L.T.M.I., los servicios de cuidador domiciliario 12 horas diurnas, valoración por pediatría, nutrición, neurología, paquete paciente crónico terapia física domiciliaria, terapias respiratorias, terapias fonoaudiología, terapia ocupacional, y estándar distribución normal de la dieta - Ensure polvo 900g lata (11 latas); conforme lo ordenado por los médicos tratantes de la IPS Mecas Salud Domiciliaria;

TERCERO: ORDENAR al Representante Legal de la accionada Nueva EPS que, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, GARANTICE LA CONTINUIDAD DE LA ATENCIÓN MÉDICA INTEGRAL, ININTERRUMPIDA,

⁶ Sentencia del 21 de julio de 2022.

EFICAZ Y PRIORITARIA que requiere la menor L.T.M.I., frente a los diagnósticos de parálisis cerebral espástica cuadripléjica, epilepsia, tipo no especificado, e incontinencia urinaria, no especificada, incluyendo los servicios complementarios de transporte, alimentación y alojamiento para la paciente y su acompañante, en caso de requerirse la prestación de servicios de salud en lugar distinto al de su domicilio, para el cumplimiento de la presente orden”. (sic).

El a quo consideró que,

“surge evidente que la paciente L.T.M.I. se encuentra en unas condiciones severas de dependencia, razón por la cual el médico tratante ordenó el servicio de cuidador domiciliario permanente 12 horas, en atención a los requerimientos de su tratamiento; además, también dispuso los servicios médicos señalados, sobre los cuales, ha de tenerse en cuenta las manifestaciones realizadas por la accionante en el escrito de acción de tutela, en el que se afirma que aunque la EPS autorizó los mismos, la IPS encargada de la prestación efectiva del servicio le manifestó que no era posible brindarlos, pues no cuentan con los profesionales encargados para ello y en consecuencia, no puede esta judicatura considerar que no le asiste responsabilidad a la EPS accionada por la falta de servicio, siendo esta la encargada de garantizar el acceso efectivo a los servicios de salud requeridos por la paciente.

De igual forma, se destaca que la menor L.T.M.I. pertenece al régimen subsidiado de salud nivel I, siendo diagnosticada con múltiples padecimientos que evidencian su dependencia para realizar actividades propias de su existencia, contando con limitaciones severas, tal y como se indica en las observaciones médicas, que, por sus variadas morbilidades, requiere el manejo de un cuidador domiciliario.

De allí que se considere acreditada la falta de capacidad económica de la paciente y su núcleo familiar, para asumir los servicios ordenados por su médico tratante, sin que se aportara prueba que conlleve a conclusión distinta.”

Respecto al tratamiento integral, indicó que, *“en aras de garantizar la prestación del servicio de salud al accionante y ante las claras indicaciones médicas reportadas en la historia clínica de la paciente, resulta necesario ordenar a la EPS accionada, garantizar la correcta prestación del servicio, así como el respectivo tratamiento integral con ocasión a los diagnósticos ya indicados”.*

2.5. La impugnación⁷.

La NUEVA E.P.S solicita revocar la sentencia de primera instancia y como fundamento reitera su postura en la respuesta suministrada en relación con el servicio de cuidador domiciliario, servicios complementarios y tratamiento integral.

3. CONSIDERACIONES

⁷ Presentada el 26 de julio de 2022.

3.1. 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.

3.2. Requisitos de procedibilidad

Legitimación en la causa por activa y por pasiva. 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

Tratándose de menores de edad, cualquier persona puede presentar la acción de amparo su favor, es así que de antaño la sentencia T-462 de 1993 puntualizó que:

“Cualquier persona puede interponer acción de tutela ante la eventualidad de una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del niño. La interpretación literal del último inciso del artículo 44 de la Carta, que permite a cualquier persona exigirle a la autoridad competente el cumplimiento de su obligación de asistir y proteger al niño, no puede dar lugar a restringir la intervención de terceros solamente a un mecanismo específico de protección de los derechos, vgr. la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución. Este entendimiento de la norma limitaría los medios jurídicos instituidos para la defensa de los derechos del menor, quien por su frágil condición debe recibir una protección especial”.

Igualmente, 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”*⁹.

En este caso, la señora LUZ MARINA IBÁÑEZ JUNCO promueve el amparo a favor de su hija LIZET TATIANA MOJICA IBÁÑEZ, de 14 años de edad; por lo tanto, se encuentra legitimada por activa.

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 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.

⁹ En ese sentido la Corte se pronunció en las sentencias T-482 de 2013, T-551 de 2014, T-270 de 2016, T-196 de 2018, entre otras.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, también se cumple, en el entendido que, NUEVA E.P.S., es la encargada de prestar y garantizar los servicios de salud a la agenciada.

Inmediatez. Se cumple este requisito, si tenemos en cuenta que, la orden médica fue prescrita el pasado 22 de marzo de 2022, y, la acción de tutela presentada el 06 de julio del presente año.

Subsidiariedad. Conforme a la jurisprudencia constitucional¹⁰, 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.”¹¹

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.”¹²

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.¹³ De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,¹⁴ 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

¹⁰ Sentencia T-122 de 2021.

¹¹ Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

¹² *Ibidem*.

¹³ 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.

¹⁴ Sentencia T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo.

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 SALUD¹⁵.

3.3. Problema Jurídico.

Determinar si la NUEVA E.P.S debe proveer el servicio de cuidador domiciliario, a LIZET TATIANA MOJICA IBÁÑEZ; además, si se justifica la orden de tratamiento integral.

3.4. Supuestos jurídicos

3.4.1. 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 1992¹⁶, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015¹⁷ 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.

3.4.2. 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*

¹⁵ 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.

¹⁶ Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

¹⁷ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

*integralidad*¹⁸ 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*”¹⁹. Su carácter de derecho fundamental autónomo surge de la necesidad del Estado 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 fundamentales²⁰.

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 Constitucional²¹ 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*”.

¹⁸ Sentencia T-859 de 2003.

¹⁹ Sentencias T-597 de 1993, T-355 de 2012, T-022 de 2011 y T-859 de 2003.

²⁰ Sentencias T-311 de 2012, T-214 de 2013 y T-132 de 2016.

²¹ 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.

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”*.

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 iniciados*²² (subrayado fuera del texto original).

Además, la Ley 1751 del 2015²³, 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**

²² Sentencia T-1198 de 2003.

²³ Ley Estatutaria 1751 de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

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 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 posible²⁴. 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 un adecuada valoración²⁵ 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.

4.4.2. De la atención domiciliaria- Servicio de cuidador.

La Corte Constitucional en sentencia T-015 de 2021 realizó la distinción entre el servicio de auxiliar de enfermería²⁶ 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.²⁷

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.²⁸ 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*

²⁴ T- 339 de 2019.

²⁵ 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.

²⁶ Incluido en el PBS como atención domiciliaria. Resolución 2292 de 2021. Artículo 8 y 25.

²⁷ 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.

²⁸ Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

*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”.*²⁹

Indicó la Corte³⁰ 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.**³¹ 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**³², y la **Resolución 2292 de 2021**³³, 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.”*³⁴

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”.*

²⁹ 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.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-015 de 2021.

³¹ Entre otras, las sentencias T-364 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

³² “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

³³ “Por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación”.

³⁴ 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.

4.4.3. 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, la Corte ha señalado que **la solicitud de tratamiento integral no puede tener como sustento afirmaciones abstractas o inciertas, sino que deben confluir unos supuestos para efectos de verificar la vulneración alegada, a saber:**

- **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.”³⁵**

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 paciente³⁶, 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”³⁷.**

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

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia T 475 del 06 de noviembre de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁷ 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.

estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados³⁸.

4.5. Examen del caso

Se trata de la menor LIZET TATIANA MOJICA IBÁÑEZ, diagnosticada con “*parálisis cerebral espástica cuadripléjica, Epilepsia, tipo no especificada, Incontinencia Urinaria, No especificada*”, quien a través de agente oficioso acude a este mecanismo excepcional para que la NUEVA E.P.S. suministre “*cuidador domiciliario 12 horas diurnas; valoración por pediatría, nutrición y neurología; paquete paciente crónico terapia física domiciliaria; terapias respiratorias, terapias fonoaudiología, terapia ocupacional; estándar distribución normal de la dieta- ENSURE polvo 900 g lata (11 latas)*”; además, provea servicios complementarios y tratamiento integral. La primera instancia concedió el amparo solicitado, incluyendo servicios complementarios en la orden de tratamiento integral.

Por su parte, la NUEVA E.P.S. pide revocar la decisión porque a su juicio no se configuran los presupuestos fijados para el acceso al **servicio de cuidador**; no existe orden de remisión, cita o consulta en un municipio diferente al lugar de residencia que permita otorgar servicios complementarios; por último, el tratamiento integral es improcedente porque ha garantizado la prestación de los servicios requeridos por la usuaria y dicha orden implica prejujuicio sobre situaciones futuras e inciertas.

Bajo este contexto, contrastada la situación fáctica y el material probatorio se verifica que la menor LIZET TATIANA MOJICA IBÁÑEZ de 14 años de edad **(i)**. presenta un diagnóstico de “*parálisis cerebral espástica cuadripléjica, Epilepsia, tipo no especificada, Incontinencia Urinaria, No especificada*”. **(ii)**. El 22 de marzo de 2022, el médico tratante adscrito a la IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA prescribió “**ss cuidador domiciliario 12 horas diurnas x mes**”, “*valoración por pediatría, nutrición, neurología*”; además, “*ss paquete paciente crónico terapia física domiciliaria COD E985111*”. **(iii)**. Según la historia clínica en el ítem -Análisis estado actual del paciente- reseña lo siguiente: “*se trata de menor femenina con secuelas neurológicas secundaria a parálisis cerebral infantil en el momento con retraso en el desarrollo, no control de esfínteres con signos de desnutrición con dependencia total e incapacidad funcional severa por lo cual requiere inicio de PAD así como RHI, cuidador 12H por mes, inicio de terapias físicas, ocupacionales respiratorias y fonoaudiología, valoración por nutrición, seguimiento con pediatría y neurología*”. **(iv)**. La justificación dada para el servicio de cuidador domiciliario corresponde a “*atiende en todas las necesidades que pueda que*

³⁸ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

puede tener la persona que cuida. Asea a la persona y la mantiene y la mantiene limpia para que no tenga rozaduras o escaras si permanece mucho tiempo en cama, deambulaci3n asistida. Asistencia en la alimentaci3n, as3 como mantener la limpieza de su entorno. Lubricaci3n de la piel”. (iv). El pasado 14 de febrero de 2022 a trav3s de la plataforma MIPRES se orden3 “**Est3ndar -distribuci3n normal de la dieta- ENSURE polvo 900 gramos, cantidad 11-duraci3n tratamiento 90 d3as**”, el cual fue preautorizado por la NUEVA E.P.S.

De lo anterior, se vislumbra que el **servicio de cuidador** efectivamente fue ordenado por el m3dico tratante adscrito a la IPS MECAS SALUD DOMICILIARIA, justificada en el diagn3stico que padece la agenciada y su condici3n de discapacidad- “**dependencia total e incapacidad funcional severa**” que hace necesario la ayuda de un tercero como apoyo en sus actividades b3sicas; as3 mismo, la EPS no desvirtu3 la imposibilidad material del n3cleo familiar para sufragar este servicio; pues en estos casos la carga de la prueba se invierte³⁹.

Adem3s, fue la misma E.P.S. en la respuesta de tutela, quien indic3 que, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario verificar “**en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su n3cleo familiar por imposibilidad material, es obligaci3n 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 informaci3n, evento que vulner3 los derechos fundamentales a la salud y vida digna a LIZET TATIANA. Raz3n por la cual, se confirmará la decisi3n de la primera instancia en lo que respecta al servicio de cuidador.

En lo que concierne al amparo relacionado con el **tratamiento integral**, solo se declarará cuando “(i) la entidad encargada de la prestaci3n 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 protecci3n constitucional, como sucede con los menores de edad, adultos mayores, ind3genas, desplazados, personas con discapacidad f3sica o que padezcan enfermedades catastr3ficas, o con aquellas personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”⁴¹. As3 mismo, “(i) que existan las prescripciones emitidas por el m3dico, el diagn3stico del paciente y los servicios requeridos para su atenci3n; (ii) la EPS actúe con negligencia en la prestaci3n del servicio, procedido en forma dilatoria y haya programado los mismos fuera de un t3rmino razonable; y (iii) con ello, la EPS haya puesto en riesgo al

³⁹ Sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio Jos3 Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero P3rez y T-309 de 2018, M.P. Jos3 Fernando Reyes Cuartas, entre otras.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero P3rez.

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 Jos3 Lizarazo Ocampo.

paciente, al prolongar “su sufrimiento físico o emocional, y genera[r] (...) complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte”⁴².

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”**, a la menor LIZET TATIANA MOJICA IBÁÑEZ, en virtud del diagnóstico de *“parálisis cerebral espástica cuadripléjica, Epilepsia, tipo no especificada, Incontinencia Urinaria, No especificada”* e incapacidad funcional severa; adicionalmente, a pesar de autorizar el paquete de atención domiciliario de terapias y el suplemento nutricional- ENSURE, se han presentado algunas barreras administrativas por parte de las I.P.S. según lo manifestado en el escrito de tutela, situación que la E.P.S. debe enmendar en garantía al acceso efectivo a los servicios de salud. Estas circunstancias colocan en riesgo y prolonga el sufrimiento físico y 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 menor, máxime en tratándose de un **sujeto de especial protección constitucional**.

Con relación a servicios complementarios de **transporte, alojamiento y alimentación**; en este caso, **no se evidencia que la agenciada deba asistir a consulta médica en un municipio diferente al lugar de su residencia** aun así fue incluido por la primera instancia en la orden de tratamiento integral; no obstante, en virtud de la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴³ **únicamente** deberán proveerse siempre y cuando, la E.P.S. cuando el paciente sabe en dónde exactamente recibirá la atención o servicio ordenado por el médico cuando se trate de un municipio distinto a aquél donde reside; para ello, es deber del usuario pedir las citas ante las IPS asignadas que hacen parte de la red prestadores de servicios de salud, luego tramitar ante la E.P.S. la respectiva solicitud de servicios complementarios; para el caso de alojamiento y alimentación, siempre y cuando deba permanecer más de un día en el lugar donde recibirá la atención que necesita.

Así las cosas, se confirmará la sentencia impugnada.

Cuestión final: Respecto a la fuente de financiación de servicios, se le recuerda a la E.P.S. que 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**

⁴² Sentencia T-081 de 2019.

⁴³ Sentencia T-122 de 2021.

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”.⁴⁴ (Negrita y Subrayado fuera de texto).

4. DECISIÓN

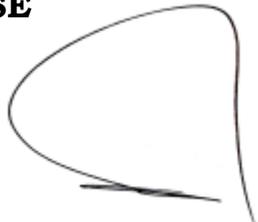
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA SALA ÚNICA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley.

RESUELVE

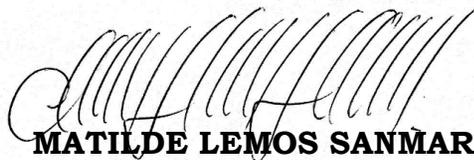
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada.

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

⁴⁴ Sentencia T-224/20.