REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DECISIÓN

Magistrada Ponente:
LAURA JULIANA TAFURT RICO

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
SENTENCIA	GENERAL **Nº 51** – SEGUNDA INSTANCIA **Nº 43**
AGENTE OFICIOSO	MARLENE BALLESTEROS BOTIA
ACCIONANTE	ROMELIA BOTIA DE BALLESTEROS
ACCIONADOS	NUEVA E.P.S. y UAESA
RADICADO	81-736-31-84-001-2022-00126-01
RADICADO INTERNO	2022-00111
TEMAS Y SUBTEMAS	DEL DERECHO A LA SALUD Y LA VIDA DIGNA DEL ADULTO MAYOR - ATENCIÓN DOMICILIARIA – PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD

Aprobado por Acta de Sala **No. 189**

Arauca (Arauca), diecisiete (17) de mayo de dos mil veintidós (2022)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la *impugnación* interpuesta por la **NUEVA EPS**, frente al fallo proferido el 7 de abril de 2022 por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena (Arauca), que decidió amparar los derechos fundamentales a la *salud y vida digna* invocados por la accionante, dentro de la tutela que instauró contra la **NUEVA EPS** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA (UAESA).**

II. ANTECEDENTES

2.1. La tutela en lo relevante

La señora Marlene Ballesteros Botia actuando como agente oficioso de su progenitora, ROMELIA BOTIA DE BALLESTEROS, manifestó que la accionante se encuentra afiliada a la NUEVA EPS en el régimen subsidiado, es una persona de 90 años de edad, por tanto sujeto de especial protección constitucional, con un diagnóstico de *«679. ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR NO ESPECIFICADA.*

10X. HIPERTENSION ESENCIAL (PRIMARIA). M625. ATROFIA Y DESGASTE MUSCULARES, NO CLASIFICADOS EN OTRA PARTE E43x. DESNUTRICIÓN PROTEICOCALORICA SEVERA, NO ESPECIFICADA. Z931. GASTROSTOMIA»[1], aunado a ello, con dependencia funcional *total* en la escala de Barthel[2].

Manifestó que debido a esas patologías su progenitora se encuentra en *"condición de postración severa"*, por lo que requiere de una tercera persona para realizar actividades cotidianas tales como *"ALIMENTACIÓN, VESTIRSE/DESVESTIRSE, ASEO PERSONAL, TRASLADO DE SILLA A CAMA, DEPOSICIONES CONTROL ANAL, ACTIVIDADES DE BAÑO, SUBIR Y BAJAR ESCALERAS, MANEJO DEL INODORO O RETRETE, DEAMBULACIÓN – TRASLADO*[3]*"*, dado que ella por ser también de la tercera edad, no cuenta con la capacidad física para velar por los cuidados de su mamá, máxime que carece de recursos económicos suficientes para procurar el servicio de un cuidador domiciliario.

Indicó que el 14 de marzo de 2022, le fue realizada una valoración médica en la que el galeno ordenó "*terapias físicas domiciliaria por un mes"*[4] con fundamento en que *"es una paciente con Barthel para discapacidad total, con limitación para su desplazamiento"* y *"ayuda para aliviar el dolor. Mejorar la fuerza muscular y la movilidad. Previene y controla el deterioro físico del paciente. Mejora la flexibilidad de la persona. Mejora las funciones básicas del organismo. Asegura una mejor sensación de bienestar"*. Asimismo, prescribió los siguientes insumos:

INSUMOS	**CANTIDAD**
PAÑALES DESECHABLES TENA SLIP TALLA M. USO 1 CADA 6H X 3 MESES CON MIPRES NRO: 20220314158038649l1	360
OXIDO DE ZINC TUBO X 60G NRO PARA UN MES POR TUTELA	3
PAÑITOS HUMEDOS CAJA X 100 UNIDADES NRO 2 PARA UN MES	2

[1] *Cuaderno del Juzgado. 03AccionTutela. F. 16 a 18. Diagnóstico médico de la paciente contenida en la Historia Clínica – Consulta de Atención Médica Domiciliaria con fecha catorce (14) de marzo de 2022.*
[2] *Cuaderno del Juzgado. 03AccionTutela. F. 19. Estudio de la Escala de Barthel elaborado por la IPS con una puntuación total de 0 = Dependencia TOTAL.*
[3] *Cuaderno del Juzgado. 03AccionTutela. F. 20. Certificado de dependencia funcional realizado por Mecas IPS aportado en el escrito preliminar.*
[4] *Orden médica expedida por Mecas IPS aportada por la tutelante con fecha catorce (14) de marzo de 2022*

OTROS ORDENADOS
SS SERVICIO DE CUIDADOR DOMICILIARIO 12H DIURNAS POR TRES MESES
SS VALORACIÓN POR NUTRICIÓN

Con base en lo anterior, pidió el amparo de los derechos fundamentales a la *salud, dignidad humana, igualdad, mínimo vital y seguridad social;* como consecuencia de ello, se ordene a la **NUEVA EPS** y a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA (UAESA)** proporcionar de forma inmediata y sin dilaciones *"360 PAÑALES DESECHABLES TENA SLIP TALLA M. USO 1 CADA 6H X 3 MESES CON MIPRES NRO: 20220314158038649l1, 3 OXIDO DE ZINC TUBO X 60G NRO PARA UN MES POR TUTELA, PAÑITOS HUMEDOS CAJA X 100 UNIDADES NRO 2 PARA UN MES".* Además, prestar el servicio de *"TERAPIA FÍSICA DOMICILIARIA (CANTIDAD 1 MES), SERVICIO DE CUIDADOR DOMICILIARIO 12H DIURNAS POR TRES MESES Y VALORACIÓN POR NUTRICIÓN".*

Aportó las siguientes pruebas[5]: *(i)* Fotocopia de cedula de ciudadanía de la agente oficiosa y accionante; *(ii)* Historia Clínica de 14 de marzo de 2022; *(iii)* Índice de Escala de Barthel de la misma data; *(iv)* Certificado de dependencia funcional realizado por Mecas IPS expedido el 14 de marzo de 2022; *(v)* Orden Médica de pañales desechables Tena Slip Talla M, 1 cada 6 horas por 3 meses, oxido de zinc tubo x 60mg, 3 para un mes y pañitos húmedos caja x 100 unidades, 2 para un mes; *(vi)* Orden médica de terapias fisicas domiciliarias por un mes; y *(vii)* Orden médica de servicio de cuidador domiciliario 12 horas diurnas por 3 meses y valoración por nutrición, todas las ordenes son de 14 de marzo de 2022.

2.2. Sinopsis procesal

Presentada la acción constitucional el 23 de marzo de 2022, esta fue asignada por reparto al Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena (Arauca), autoridad judicial que mediante auto del día siguiente la admitió.

[5] *Cuaderno del Juzgado. 03AccióndeTutela. F.14 a 23.*

Notificada la admisión, las entidades llamadas al proceso se pronunciaron en los siguientes términos:

2.2.2. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA (UAESA)[6]

Refirió que ROMELIA BOTIA DE BALLESTEROS se encuentra afiliada al régimen subsidiado en salud de la NUEVA EPS en el municipio de Saravena (Arauca), por lo que corresponde a esta entidad garantizar la atención integral en salud y autorizar los servicios complementarios que necesite la usuaria sean que estén incluidos o no en el PBS, con la posibilidad de hacer el respecto recobró a la entidad competente cuando no estén en el PBS.

Conforme a lo anterior, solicitó ser desvinculada del trámite por no ser la entidad encargada de cumplir las obligaciones demandadas por la actora.

2.2.3. NUEVA E.P.S.

Señaló que ciertamente la señora ROMELIA BOTIA DE BALLESTEROS se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado, y que ha suministrado todos los servicios médicos que esta ha requerido, siempre que la prestación de dichos servicios se encuentre dentro de la órbita prestacional del SGSSS.

Con relación al servicio de **cuidador a domicilio 12 horas**, se concede bajo las condiciones de que *"(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 y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado"*[7].

En cuanto a la imposibilidad material, en el presente caso la agente oficiosa no especifica cómo está compuesto el núcleo familiar de la paciente ni se aporta

[6] *Cuaderno del Juzgado. 06RespuestaUaesa*
[7] *Cuaderno del Juzgado. 07RespuestaNuevaEPS.*

constancia de esto, ni tampoco se observa en los anexos que acompañan la demanda que tanto ella como la paciente pertenezcan al puntaje más bajo del SISBEN.

Respecto a la pretensión de suministrar un tratamiento integral no se evidencia negligencia de la entidad en la prestación de la atención médica requerida por la paciente, máxime que el juez en sede de tutela no puede impartir órdenes indeterminadas, contrarias al ordenamiento jurídico y cuyo cumplimiento puede resultar problemático para las entidades prestadoras del servicio de salud en razón a la indefinición de las medidas que éstas deben adoptar para brindar la atención a los afiliados y beneficiarios en los términos ordenados por el juez constitucional.

Finalmente, en cuanto a la prestación y suministro de servicios e insumos excluidos del PBS, se debe acreditar previamente el cumplimiento de los presupuestos jurisprudenciales para su concesión vía tutela, por lo que pidió de manera *subsidiaria "ordenar a favor"* de la accionante "*valoración médica por la red de prestadores de la NUEVA EPS para determinar si realmente cumple con el lleno de requisitos para la concesión del servicio de cuidador domiciliario"*[8].

2.3. La decisión recurrida

Mediante providencia del 7 de abril de 2022, el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena (Arauca), luego de retomar los hechos expuestos en el escrito contentivo de la presente acción y citar la jurisprudencia aplicable al tema, decidió amparar los derechos fundamentales a la *salud* y *vida digna* solicitados por la señora **ROMELIA BOTIA DE BALLESTEROS**; en consecuencia, dispuso:

> *«(…)*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la **NUEVA EPS**, a través de su Representante Legal o quien haga sus veces, para que dentro de las **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, AUTORICE Y/O SUMINISTRE a la señora **ROMELIA BOTIA DE BALLESTEROS,** EL SERVICIO DE CUIDADOR DOMICILIARIO POR 12 DIURNAS POR 3 MESES, OXIDO DE ZINC TUBO*

[8] *Ibdíd. F. 14.*

X 60G NRO 3 PARA UN MES (3), PAÑITOS HÚMEDOS CAJA X 100 UNIDADES NRO 2 PARA UN MES (CANTIDAD 2), PAÑALES DESECHABLES TENA SLIP TALLA M (CANTIDAD 360), TERAPIA FÍSICA DOMILICILIARIA (CANTIDAD 1), VALORACIÓN POR NUTRICIÓN tal como lo ordenara el médico tratante con ocasión de las patologías que padece, advirtiendo que, deberá adelantar todas las actuaciones tendientes para ***prestarle los servicios de salud*** *respecto de los diagnósticos establecidos, respectando en todo momento el* ***PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD****.*

TERCERO: ADVERTIR *a* ***NUEVA EPS*** *que los gastos que se deriven de la atención integral que se ordenó, deberán ser cubiertos integralmente por esa entidad teniendo en cuenta el presupuesto máximo transferido por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, en consideración a lo regulado en las resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, que empezaron a regir desde el 01 de marzo de 2020.»*

Como eje central de su argumentación, advirtió que en el *sub lite* se demostró que la señora **ROMELIA BOTIA DE BALLESTEROS** cumple las condiciones excepcionales que establece la jurisprudencia constitucional para ordenar el suministro de servicios no incluidos en el PBS, para el caso el cuidador domiciliario, dado que se encuentra en una evidente condición de dependencia total por las enfermedades que padece y su avanzada edad, servicio que además fue prescrito por el médico tratante y que ni ella ni su familia puede sufragar de manera particular ante la falta de recursos económicos, pues están afiliadas al Sisbén.

Por último, frente al trámite del recobro de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), recordó que a partir de la promulgación de las Resoluciones 205 y 206 de 2020 proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron en los presupuestos máximos para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados; es decir, que los servicios y tecnologías que hacen parte del mecanismo de protección individual, ordenados al paciente deben ser garantizados por la EPSS a la que se encuentre afiliado, y si bien es cierto antes de la expedición de la Resolución No. 205 de 2020 se pagaban por demanda con cargo a recursos de impuestos generales y contribuciones a administrados por el ADRES; desde el 17 de febrero de ese año, con emisión de dicha normativa que reglamentó el canon 204 de la Ley 1955 de 2019, se adoptó la metodología de calcular el presupuesto máximo que tendrá cada EPS para subvencionar los servicios no financiados con recursos de la UPC y no excluidos.

2.4. La impugnación[9]

Inconforme con la decisión, la **NUEVA EPS** la i*mpugnó,* oportunidad en la cual insistió en los argumentos planteados al descorrer el traslado de rigor.

Destacó la improcedencia de ordenar el servicio de cuidador domiciliario, dado que *"antes de tratarse de una obligación o carga que deba asumir el Estado, se trata de atenciones que son exigibles, en primer lugar, los familiares de quienes las requieren"*[10]

Por otro lado, pidió revocar la orden de atención médica integral porque la misma se basa en supuestos fácticos que no han ocurrido y sin tener en cuenta que para proceder a autorizar cualquier servicio o insumo se requiere una orden médica que lo respalde, sumado a que esa orden implica prejuzgamiento y presumir la mala fe de la entidad sobre hechos futuros inciertos.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia

Es competente este Tribunal para desatar la *impugnación* formulada por **NUEVA E.P.S.**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Carta Política.

3.2 Problema jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si es procedente sostener la orden del Juez de primer grado que amparó los derechos fundamentales a la *salud, y vida digna,* o si, por el contrario, como lo sostiene la **NUEVA E.P.S.** ha de revocarse la misma.

3.3 Examen de procedibilidad de la acción de tutela

[9] *Cuaderno del Juzgado. 10ImpugnaciónNuevaEPS.pdf*
[10] *Ibíd. F. 3.*

3.3.1 Legitimación por activa

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, regula la legitimación para el ejercicio de la acción constitucional de tutela, así: ***(i)*** a nombre propio; ***(ii)*** a través de representante legal; ***(iii)*** por medio de apoderado judicial; o ***(iv)*** mediante agente oficioso. El inciso final de esta norma, también establece que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden ejercerla directamente.

Cuando la acción de tutela es interpuesta por intermedio de agente oficioso, la jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes elementos normativos: ***(i)*** el agente oficioso debe manifestar que está actuando como tal; ***(ii)*** del escrito de tutela se debe poder inferir que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer la acción de tutela, ya sea por circunstancia físicas o mentales; ***(iii)*** la informalidad de la agencia, pues esta no implica que deba existir una relación formal entre el agente y los agenciados; ***(iv)*** la ratificación de lo actuado dentro del proceso[11].

Los dos primeros elementos, es decir la manifestación del agente y la imposibilidad del agenciado para actuar son constitutivos y necesarios para que opere esta figura. El tercer elemento es de carácter interpretativo y el cuarto que versa sobre la ratificación, refiere a cuando el agenciado ha realizado actos positivos e inequívocos, esta actitud permite sustituir al agente.

En el presente caso, no hay duda que está dada la *legitimación en la causa* por activa de la señora Marlene Ballesteros Botia, quien manifestó actuar como agente oficioso de la señora **ROMELIA BOTIA DE BALLESTEROS**, debido a la edad avanzada y delicado estado de salud de su agenciada, lo que le impide interponer la acción de tutela de manera directa, circunstancias verificables con

[11] *Sentencias T-109 de 2011, T-531 de 2002, T-452 de 2001, T-342 de 1994, T-414 de 1999.*

el reporte de la historia clínica del cual infiere la Sala, que la accionante no se encuentra en condiciones de propiciar de manera autónoma y directa, la protección de sus *derechos fundamentales*.

3.3.2 Legitimación por pasiva

De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública e incluso contra particulares, por lo que se encuentra acreditada la legitimación en la causa por pasiva en relación con NUEVA E.P.S., entidad encargada de garantizar y prestar el servicio de salud al accionante en atención a su afiliación.

3.3.3 Trascendencia Ius-fundamental

Tiene adoctrinado el máximo tribunal de justicia constitucional, que este requisito se supera cuando la parte accionante demuestra que en el caso objeto de estudio se involucra algún *debate jurídico* que gire en torno del contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental; aspecto que se cumple en el asunto sometido a consideración, toda vez que la reclamante funda su amparo ante la urgencia del servicio de cuidador domiciliario y una *atención integral* que propenda por garantizar los derechos fundamentales a la *vida* y *salud.* Lo que en principio admite su estudio de fondo.

3.3.4 El *principio de inmediatez*

Refiere a la interposición de la solicitud de amparo dentro de un término razonable, posterior a la ocurrencia de los hechos, para garantizar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, aspecto igualmente acreditado, por cuanto transcurrió menos de un mes desde la orden médica de servicio de cuidador domiciliario expedida el 14 de marzo de 2022 y hasta la presentación de la solicitud de amparo, 24 de marzo de 2022, lo que lleva a considerar el cumplimiento del *principio de inmediatez*.

3.3.5. Presupuesto de *subsidiariedad*

En cuanto a esta exigencia, como ha sido reiterativo por la jurisprudencia constitucional, el principio general es el empleo del juez ordinario, como vía de solución frente a la transgresión o amenaza del derecho, como lo tiene previsto el artículo 86 CP y el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Puesto que la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela circunscribe la procedencia del amparo a tres escenarios: ***(i)*** la parte interesada no dispone de otro medio judicial de defensa; ***(ii)*** existen otros medios de defensa judicial, pero son *ineficaces* para proteger derechos fundamentales en el caso particular, o ***(iii)*** para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En relación con la protección del derecho fundamental a la *salud*, el mecanismo jurisdiccional de protección que la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019, asignó a la Superintendencia Nacional de Salud no resulta idóneo ni eficaz en las circunstancias específicas de la accionante, dado que por su avanzada edad (90 años), y las patologías que presenta requiere con urgencia los insumos y servicios complementarios reclamados.

3.4. Supuestos jurídicos

3.4.1 Del derecho fundamental a la salud y su goce efectivo

Conforme se estableció en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, entre otros, la *salud* y el *bienestar*, misma garantía establecida en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando se instituyó que el ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de *salud física* y *mental*.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 48 de la Constitución Política que la seguridad social es *«un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley (...)»*. Y con fundamento en el artículo 49 Superior, todas las personas tienen el derecho de acceder a los servicios de salud cuando así sea requerido, existiendo a cargo de las entidades prestadoras la carga de suministrar

los tratamientos, medicamentos o procedimientos requeridos por el paciente, con el fin preservar su vida en condiciones dignas.

Por ello, desde antaño la Corte Constitucional definió el derecho a la salud como *«la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser».*[12]

Así, con la Ley 100 de 1993, que estructuró el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y reglamentó el servicio público de salud, se estableció un acceso igualitario a la población en general al implementar al margen del régimen contributivo, un régimen subsidiado para las personas que no contaban con la posibilidad de gozar de este tipo de servicios. En aras de cumplir con este objetivo, la Ley 1122 de 2007 y la Ley 1438 de 2011 han realizado modificaciones dirigidos a fortalecer el Sistema de Salud a través de un modelo de atención primaria en salud y del mejoramiento en la prestación de los servicios sanitarios a los usuarios. Actualmente la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, elevó a la categoría de fundamental el derecho a la salud, cuyo artículo 2 fue revisado previamente en sede de constitucional mediante sentencia C-313 de 2014, en la que se dijo:

> *"El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado".*

Esta preceptiva normativa, al igual que los distintos pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional en torno a la naturaleza y alcance de este derecho, permiten establecer que la acción de tutela es procedente cuando está en riesgo o se ve afectada la salud del paciente.

[12] *Corte Constitucional, sentencia T-597 del quince (15) de diciembre de 1993, criterio reiterado en los pronunciamientos T-454 del trece (13) de mayo de 2008, T-331 del veintitrés (23) de junio, entre otras.*

3.4.2 La protección reforzada a la salud en sujetos de especial protección constitucional. Adultos mayores.

Tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, discapacitados y adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47), la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que el último grupo de personas enunciado afronta debilidades para desarrollar ciertas funciones y actividades. Como consecuencia de ello, resultan inmersas en situaciones de exclusión en el ámbito económico, social y cultural, por lo que, es necesario adoptar medidas que permitan suprimir esas barreras para garantizar la igualdad material de esa población[13].

En ese mismo sentido, en sentencia T-021 de 2021, indicó ese Alto Tribunal: *"señaló que los servicios de salud que requieran las personas de la tercera edad deben garantizarse de manera continua, permanente y eficiente. Lo anterior, en atención -entre otras cosas- al deber de protección y asistencia de este grupo poblacional, consagrado en el artículo 46 de la Constitución".*

Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica oportuna o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro o fuera del PBS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión -como la falta de capacidad económica, graves padecimientos por enfermedad catastrófica o se trate de discapacitados, niños y adultos mayores, son circunstancias que han de ser consideradas para decidir sobre la concesión del correspondiente amparo. Por lo tanto, obligan al juez constitucional a no limitarse por barreras formales en un caso determinado, por el contrario, en aras de la justicia material su función constitucional es proteger los derechos fundamentales.

[13] *Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020.*

3.4.3 Del tratamiento integral.

El tratamiento integral tiene como objetivo 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, el derecho a la *salud* no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada o parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos y procedimientos que, en forma *concurrente, armónica e integral*, propenden por la mejoría, hasta el mayor nivel posible, de las condiciones de sanidad del paciente[14].

Por lo general, se ordena cuando ***(i)*** la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente[15]. Igualmente, se reconoce cuando ***(ii)*** 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 ***(iii)*** personas que «*exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas*».

Igualmente, se requiere que sea el médico tratante quien precise el diagnóstico y emita las ordenes de servicios que efectivamente sean necesarias para la recuperación del paciente, así como el que determine el momento hasta el que se precisan dichos servicios. Lo dicho teniendo en consideración que no resulta viable dictar órdenes indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas; pues, de hacerlo, implicaría presumir la mala fe de la EPS en relación con el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones con sus afiliados, en contradicción del artículo 83 Superior[16].

3.4.3.1 Reglas para el acceso a medicamentos, tratamientos, procedimientos, servicios y/o insumos, excluidos del Plan de Beneficios de Salud

---

[14] *Corte Constitucional, sentencia T-201 de 2014.*
[15] *Corte Constitucional sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011, posición reiteradas en la Sentencia T-092 de 2018.*
[16] *Corte Constitucional, sentencia T-259 de 2019.*

El artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 establece que, el derecho fundamental a la salud deberá garantizarse a través de la *"prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas"*, integralidad en la prestación del servicio que fue ratificada por la Corte Constitucional, mediante análisis de constitucionalidad del proyecto de la Ley, en sentencia C-313 de 2014.

Ahora bien, ha dicho esa Alta Corte que, para reclamar servicios asistenciales o elementos que no hacen parte del Plan de Beneficios en Salud, con el fin de constatar si se pueden ordenar o no, que la entidad promotora de salud los suministre, es preciso evidenciar que «*(i) la falta del servicio médico o el medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo*»[17].

3.4.3.2. De la atención médica domiciliaria y acompañamiento de pacientes

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado diferencias para la ***(i)*** atención médica domiciliaria, cuya modalidad es extramural para la prestación de servicios en salud hospitalaria para brindar la solución a padecimientos en el domicilio o residencia, prestada por profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud; ***(ii)*** servicio auxiliar de enfermería domiciliaria, es aquella que solo puede ser atendida por una persona con conocimientos calificados en salud; ***(iii)*** servicio de cuidador, constituye un apoyo en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas sin requerir instrucción especializada en temas médicos[18].

[17] *Corte Constitucional, sentencia T-905 de 2010, reiterada en la T-471 de 2018.*
[18] *Corte Constitucional, T-015 de 2021.*

En cuanto al servicio de cuidador la Corte Constitucional tiene decantado que este se refiere a la persona que brinda un apoyo físico y emocional a una persona con **enfermedades graves**, congénitas, accidentales **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 en cabeza de las EPS[19]; por otro lado se ha establecido que se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, debido a la solidaridad que corresponde a los parientes del enfermo; no obstante, en caso de que exista imposibilidad material de su núcleo familiar, traducida en falta de capacidad física de los familiares o en la ausencia o incapacidad económica, será la EPS la que asuma la obligación de prestar tal servicio, siempre y cuando exista orden del médico tratante[20].

En síntesis, se tiene que, como medida excepcional para la prestación del servicio de cuidador por parte de las EPS, se deberá cumplir con dos (2) condiciones, a saber: ***(i)*** "*exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio*; *y* ***(ii)*** *la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible"*[21]*;* en cuanto a la «*imposibilidad material*», esta se cumple cuando "*el núcleo familiar del enfermo no cuente con capacidad física de prestar las atenciones necesarias, ya sea por falta de aptitud en razón de la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio"*[22].

3.4.3.3. De los pañales desechables y pañitos húmedos.

---

[19] *Numeral 3 del artículo 3 de la Resolución 1885 de 2018 «Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones».*
[20] *Corte Constitucional, 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.*
[21] *Corte Constitucional, sentencia T-423 de 2019*
[22] *Ibíd.*

Frente al acceso a insumos de aseo, tales como: pañales desechables, pañitos húmedos, cremas antipañalitis, entre otros, la Corte Constitucional les ha otorgado un carácter de necesarios para garantizar el derecho a la vida digna y a la salud de las personas, insumos que son requeridos en razón de una grave enfermedad o una situación de discapacidad.

De igual forma, tiene dicho que *"el suministro de pañales desechables no tiene una incidencia directa en la recuperación o cura de la enfermedad del paciente, pero sí va a permitir que la persona pueda gozar de unas condiciones dignas de existencia, en especial, en enfermedades que restringen la movilidad o que impiden un control adecuado de esfínteres"*[23].

Ahora bien, los pañales son insumos que no han sido incluidos explícitamente en el Plan de Beneficios en Salud, pero que tampoco han sido excluidos de manera expresa del mismo, por lo que al tratarse de insumos no incluidos expresamente en el PBS, el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de los requisitos señalados líneas arriba sobre las *"Reglas para el acceso a medicamentos, tratamientos, procedimientos, servicios y/o insumos, excluidos del Plan de Beneficios de Salud"*[24].

3.5. Caso concreto

Como quedó expresado en acápites anteriores, la accionante ROMELIA BOTIA DE BALLESTEROS tiene 90 años de edad y un diagnóstico de *«679. ENFERMEDAD CARDIOVASCULAR, NO ESPECIFICADA. 10X. HIPERTENSION ESENCIAL (PRIMARIA) M625. ATROFIA Y DESGASTE MUSCULARES, NO CLASIFICADOS EN OTRA PARTE e43x. DESNUTRICIÓN PROTEICOCALORICA SEVERA, NO ESPECIFICADA. Z931. GASTROSTOMIA»,* por lo que el 14 de marzo de 2022 le fue prescrito «*TERAPIA FÍSICA DOMICILIARIA COD E985111 POR UN MES. PAÑALES DESECHABLE TENA SLIP TALLA M. USO 1 CADA 6H X 3 MESES CON MIPRES NRO. 20220314158032864911, OXIDO DE ZINC TUBO X 60G NRO 3 PARA UN MES POR TUTELA, PAÑALES HÚMEDOS CAJA X100 UNIDADES NRO 2 PARA UN*

[23] *Corte Constitucional, sentencia T-215 de 2018.*
[24] *Corte Constitucional, sentencia T-491 de 2018.*

MES POR TUTELA» y «*SERVICIO DE CUIDADOR DOMICILIARIO 12H DIURNAS POR TRES MESES, VALORACIÓN POR NUTRICIÓN».*

El juez de primera instancia concedió el amparo constitucional el pasado 7 de abril de 2022, en tanto consideró que la NUEVA EPS estaba vulnerando las garantías constitucionales de la accionante, al no acatar las órdenes médicas dispuestas por los galenos a favor de la paciente pese a tratarse de una persona de la tercera edad y carecer de recursos económicos.

Decisión frente a la cual expresó inconformidad la NUEVA EPS, quien solicitó que sea revocada toda vez que, en su parecer, no se cumplen los presupuestos legales y jurisprudenciales para suministrar el servicio de cuidador domiciliario ni la atención integral, no existen órdenes médicas de los servicios complementarios sumado a que no ha sido negligente en la prestación del servicio de salud a la accionante.

Precisado lo anterior, contrario a lo afirmado por la EPS accionada en su impugnación, de las pruebas aportadas se extrae no solo que la condición de salud de la agenciada es de completa vulnerabilidad, sino también la necesidad prioritaria de los pañales desechables y del servicio de cuidador domiciliario, debido a su avanzada edad y sus múltiples patologías, dado que, según historia clínica de 14 de marzo de 2022, es una: *"paciente femenina, en la décima década de la vida, en condición de postración severa y pobre interacción con el medio, con Barthel para dependencia total; paciente en condición de desnutrición evidente; la paciente vive en zona rural en compañía de su hija quien también es persona de la tercera edad; paciente en malas condiciones generales por edad y comorbilidades; con gastrostomía, en el momento sin escaras"*, incluso, en el examen de la escala de Barthel se determinó que tiene un dependencia funcional total para *"discapacidad total"*.

En ese orden, el 17 de mayo de 2022 el Despacho ponente estableció comunicación telefónica con Marlene Ballesteros Botia, hija de la accionante, quien informó que la señora Romelia Botia de Ballesteros estuvo hospitalizada hasta el 14 de marzo de 2022, y que una vez el médico tratante expidió las órdenes médicas de los pañales desechables, terapia física domiciliaria y servicio

de cuidador domiciliario, acudió a la EPS para su autorización y entrega, donde le informaron que debía dirigirse a la IPS Mecas Salud para obtener certificado de dependencia funcional de Barthel; explicó la señora Marlene que pese a contar con esa certificación la EPS le dijo que el servicio de cuidador no sería autorizado[25].

Así las cosas, se advierte que se cumplen los presupuestos jurisprudenciales en el presente asunto para ordenar la entrega de los pañales y el servicio de cuidador domiciliario, pues por virtud de los hechos precedentemente señalados, así como de las pruebas allegadas, se observa que: ***(i)*** la falta de tales insumos y servicio afecta su derecho a la vida en condiciones dignas, dado que por diagnóstico, no puede valerse por sí misma; ***(ii)*** no pueden reemplazarse por algún otro incluido expresamente en el PBS; ***(iii)*** las especificidades de su suministro hacen que tenga un alto costo, el cual no puede ser asumido por su núcleo familiar, pues la tutelante se encuentra afiliada al régimen subsidiado, con lo que se infiere la ausencia de recursos económicos para asumir los gastos que le genera el tratamiento; y, ***(iv)*** el servicio médico fue ordenado por el médico tratante adscrito a la Nueva E.P.S. entidad a la cual se encuentra afiliada Romelia Botia de Ballestero

En efecto, en el escrito de tutela la agente oficiosa manifestó que ella también es de la tercera edad por lo que no está en condiciones físicas para procurar toda la atención que requiere su progenitora, y que no cuentan con los recursos económicos para contratar el servicio de cuidador domiciliario, hechos que se corroboran al verificar en la respectiva página *web*, que se encuentra inscrita en el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales – SISBEN en el grupo IV A4 -pobreza extrema[26], lo que demuestra la ausencia total de ingresos para solventar tales servicios complementarios, hechos que por demás no fueron desvirtuados por la NUEVA EPS[27], pues se limitó a

---

[25] *Contacto establecido al abonado telefónico 3212044136.*

[26] *https://www.sisben.gov.co/Paginas/consulta-tu-grupo.aspx*

[27] Corte Constitucional, SentenciaT-171 de 2016M.P LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, «*Cuando el accionante alegue carencia de recursos económicos para acceder al insumo o servicio médico requerido, le corresponde a la EPS desvirtuar esa afirmación. Ello es así por las siguientes razones: (i) se trata de una negación indefinida que invierte la carga de la prueba y (ii) se presume la buena fe del solicitante. El juez de tutela debe ejercer activamente sus amplias facultades en materia probatoria, para que éste cuente con los elementos suficientes que le permitan tomar una decisión. Sobre todo, en aquellos casos en que no pueda tener certeza sobre el cumplimiento de este requisito a partir del material probatorio obrante en el expediente*»

resaltar la obligación de los parientes frente al acompañamiento físico, psicológico y económico, lo que se instituye en una mera afirmación de parte sin sustento probatorio alguno.

Al respecto, es menester recordar que las personas de la tercera edad, como la aquí reclamante, son consideradas sujetos de especial protección constitucional, que requieren la atención en salud de manera prioritaria y efectiva en aras de salvaguardar su integridad física y mental, pues de no garantizarse puede llegar a comprometer no solo sus condiciones de sanidad sino también su existencia misma; todo lo cual, resulta suficiente para justificar el servicio de cuidador las doce (12) horas diurnas, tal como su médico tratante lo consideró procedente.

A igual conclusión se llega respecta a la *atención integral en salud*, porque esta Corporación encuentra que la accionante reúne todos los requisitos definidos por la jurisprudencia constitucional para que se le garanticen los servicios de *salud* como lo dispuso el juez de primer grado, a efectos que pueda sobrellevar sus patologías en condiciones *dignas*, dado que la NUEVA EPS se negó a autorizar el servicio de cuidador, según lo afirmó telefónicamente la agente oficiosa, afirmación que dicha entidad no controvierte durante este trámite tutelar, pues se limitó a insistir en que no estaban dados los requisitos para conceder el cuidador domiciliario ni existía orden médica que lo prescribiera, incluso, pidió que se ordenara a favor de la tutelante "*valoración médica por la red de prestadores de la NUEVA EPS para determinar si realmente cumple con el lleno de requisitos para la concesión del servicio de cuidador domiciliario"*; no obstante, que la historia clínica y las órdenes médicas aportadas reflejan todo lo contrario, esto es, que la señor BOTIA DE BALLESTEROS por su delicado diagnóstico y avanzada edad, se encuentra en un estado de *"postración severa"*, dependencia funcional total, vive con su hija en zona rural de Arauca, y su hija también es de la tercera edad, pertenecientes al grupo poblacional que se encuentra en pobreza extrema, según escala de Sisbén; por lo que no es de recibo que la NUEVA EPS insista en negar la prestación del servicio de cuidador, que además fue prescrito por un médico de su red de prestadores, cuando están acreditados todos los presupuestos jurisprudenciales para su procedencia,

actitud reticente que permite inferir una conducta negligente de su parte, pues, según quedó visto, la historia clínica controvierte todo su dicho.

Sin necesidad de más consideraciones, este Tribunal desestimará los argumentos de la entidad impugnante; y en aras de propender por los derechos fundamentales de la tutelante se **CONFIRMARÁ** la sentencia recurrida.

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, la **Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de abril de 2022 por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena (Arauca), por las razones expresadas en precedencia.

SEGUNDO: Por secretaría **NOTIFÍQUESE** esta decisión a las partes, **COMUNÍQUESE** al juzgado de conocimiento de la manera más expedita y **REMÍTASE** el expediente en formato PDF a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada Ponente

MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada