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

Magistrada Ponente
LAURA JULIANA TAFURT RICO

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
SENTENCIA	GENERAL **N° 117** – SEGUNDA INSTANCIA **N° 096**
ACCIONANTE	**JORGE ANTONIO LEMUS**
AGENTE OFICIOSO	JENNIFER CEPEDA ALARCON
ACCIONADAS	**NUEVA E.P.S.**
RADICADO	81-736-31-04-001-**2022-00303-01**
RADICADO INTERNO	2022-00279

Aprobado por Acta de Sala **No. 426**

Arauca (Arauca), veintinueve (29) de septiembre 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 22 de agosto de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), que *concedió* el amparo de los derechos fundamentales a la *salud, vida, dignidad humana* e *integridad personal* invocados por el señor **JORGE ANTONIO LEMUS**, a través de agente oficioso, dentro de la acción de tutela que instauró contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

2.1. La tutela en lo relevante

Del escrito de tutela y la documental allegada se extrae que, el accionante tiene 82 años de edad y presenta un diagnóstico de «*DEMENCIA VASCULAR NO ESPECIFICADA, SECUELAS DE OTRAS ENFERMEDADES CEREBROVASCULARES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS, HIPERPLASIA*

PROSTÁTICA, HEMIPLEJIA IZQUIERDA, INCONTINENCIA FECAL, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, HIPERTENSIÓN ARTERIAL», dependencia funcional total con resultado igual a cero (0) puntos en la escala de Barthel, razón por la que el 18 de julio de 2022 el médico tratante ordenó el servicio de cuidador domiciliario por 12 horas diarias, no obstante, este no ha sido autorizado por la NUEVA EPS pese a las solicitudes realizadas por la agente oficiosa.

Informó la agente oficiosa que el agenciado es su tío, quien no tuvo hijos, por lo que vive con ella y su progenitora, quien, a su vez, no puede hacerse cargo de los cuidados diarios del señor Lemus mientras ella trabaja, dado que tiene 75 años de edad y trastornos de motilidad por úlceras varicosas crónicas.

Adujo que no cuentan con los recursos económicos suficientes para sufragar de manera particular los costos de un cuidador domiciliario, por lo que pidió el amparo de sus derechos fundamentales a la *salud, vida, dignidad humana* e *integridad personal* y, en consecuencia, se ordene a la **NUEVA E.P.S.**, *«AUTORIZAR, el servicio de cuidador domiciliario diurno por 12 horas (…) así como aquellos que usted considere probados como consecuencia de la inobservancia Constitucional en mención, por haber incurrido el accionado en una vulneración grave de los derechos fundamentales citados».*

Aportó las siguientes pruebas: ***(i)*** historia clínica del 18 de julio de 2022[1], expedida por MYTSALUD IPS S.A.S., atención domiciliaria por medicina general, que registra que el señor **JORGE ANTONIO LEMUS** padece de «*DEMENCIA VASCULAR NO ESPECIFICADA, SECUELAS DE OTRAS ENFERMEDADES CEREBROVASCULARES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS, HIPERPLASIA PROSTÁTICA, HEMIPLEJIA IZQUIERDA POR ANTECEDENTE DE ECV, INCONTINENCIA FECAL, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, HIPERTENSIÓN ARTERIAL»* y es «*paciente en silla de ruedas, con deterioro neurocognitivo y motor posterior a ECV, cateterismo vesical permanente, pendiente valoración por urología, convive actualmente con su hermana de la tercera edad con trastorno de motilidad por úlcera varicosa crónica que impide*

[1] Cuaderno del Juzgado. 03TutelaAnexos. F. 9 - 11.

realizar funciones de cuidado de su hermano adecuadamente, actualmente ingreso a PAD para determinar servicio de cuidador domiciliario por 12 horas al día, se evidencia que por su estado de invalidez, discapacidad, fragilidad, red de apoyo familiar deficiente y escalas de valoración que miden habilidades del paciente para llevar a cabo sus actividades de la vida diaria que definen dependencia total, amerita y se ordena servicio de cuidador domiciliario por 12 horas (…), se ordena plan de rehabilitación domiciliaria (…)» con plan de manejo *«ATENCIÓN DOMICILIARIA POR MEDICINA GENERAL MENSUAL, ATENCIÓN DOMICILIARIA POR FISIOTERAPIA #36 EN RAZÓN DE 3 TERAPIAS SEMANALES PARA 12 TERAPIAS AL MES, 36 PARA 3 MESES» y* servicio de cuidador por 12 horas, entre otros*;* ***(ii)*** orden médica de 18 de julio de 2022[2], del *«servicio de cuidador por 12 horas»[3]; **(iii)*** certificado del índice de Barthel de la misma data, puntaje igual a 0, dependencia total, certificado del índice de Karnofsky con puntaje de 40, que lo identifica como, *«inválido, incapacitado, necesita cuidados y atenciones especiales. Encamado más el 50% del día»,* y certificación de dependencia funcional de MYTSALUD IPS[4]; y ***(iv)*** Consulta del Sisbén, que registra al accionante en la categoría A4 población en pobreza extrema[5].

2.2. Sinopsis procesal

Presentada el 8 de agosto de 2022 la acción constitucional[6], esta fue asignada por reparto al Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), autoridad judicial que mediante auto de la misma data[7], la admitió contra la Nueva EPS.

Notificada la admisión, la entidad llamada al proceso se pronunció en los siguientes términos:

2.2.1. Nueva E.P.S.[8]

[2] Ibid. F. 8.
[3] Ibid. F. 8
[4] Ibid. F. 12,13,14.
[5] Ibid. F. 30
[6] Cuaderno del Juzgado. 02ActaReparto.
[7] Cuaderno del Juzgado. 05AutoAdmisorio.
[8] Cuaderno del Juzgado. 07RespuestaNuevaEPS.

Señaló que ciertamente el señor Jorge Antonio Lemus se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado.

Con relación al servicio de cuidador a domicilio 12 horas, dijo que solo es procedente concederlo cuando *«(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"*.

En cuanto a la imposibilidad material, es necesario que el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio, *(i)* no tenga la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, y *(ii)* carecen de recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.

Finalmente, pidió que se declare improcedente la presente acción constitucional por no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio de salud.

2.3. La decisión recurrida[9]

Mediante providencia de 22 de agosto de 2022, el Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), amparó los derechos fundamentales a la *salud, vida, dignidad humana* e *integridad personal* de Jorge Antonio Lemus y, en consecuencia, dispuso:

> *«(…)* ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a la empresa* ***NUEVA EPS,*** *a través de su representante o quien haga sus veces o lo reemplace, para que si no lo ha hecho, proceda dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión disponga, garantice, autorice y suministre los servicios de "SERVICIO DE CUIDADOR DOMICILIARIO POR 12 HORAS, TERAPIAS FÍSICAS DE REHABILITACIÓN DOMICILIARIAS 3 SESIONES SEMANALES, CONTROL POR MEDICINA GENERAL DOMICILIARIA MENSUAL", en atención al diagnóstico de: "DEMENCIA VASCULAR NO ESPECIFICADA, SECUELA DE OTRAS ENFERMEDADES CEREBROVASCULARES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS, HIPERPLASIA DE LA PRÓSTATA, HEMIPLEJIA*

[9] Cuaderno del Juzgado. 08Sentencia.

IZQUIERDA, INCONTINENCIA FECAL, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, HIPERTENSION ARTERIAL, HEMIPLEJIA IZQUIERDA POR ANTECEDENTES DE EVC", padecido por el señor JORGE ANTONIO LEMUS, ordenados por el médico tratante los cuales se deberá garantizar de manera oportuna, eficiente e ininterrumpida.

***TERCERO: ORDENAR** a la NUEVA EPS, que en adelante preste toda la ATENCIÓN MÉDICA, EFICAZ Y PRIORITARIA al señor JORGE ANTONIO LEMUS para el tratamiento de la patología de "DEMENCIA VASCULAR NO ESPECIFICADA, SECUELA DE OTRAS ENFERMEDADES CEREBROVASCULARES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS, HIPERPLASIA DE LA PRÓSTATA, HEMIPLEJIA IZQUIERDA, INCONTINENCIA FECAL, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, HIPERTENSION ARTERIAL, HEMIPLEJIA IZQUIERDA POR ANTECEDENTES DE EVC", por él sufrida y que es motivo de la presente acción constitucional, teniendo en cuenta el presupuesto máximo transferido por la Administradora de los Recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud –ADRES, en consideración a lo regulado en las Resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, que empezaron a regir desde el primero de marzo de 2020».*

Para adoptar la anterior determinación, el Juzgado estimó que:

«En lo que respecta al servicio de CUIDADOR DOMICILIARIO, es necesario indicar a la accionada NUEVA EPS, que al hablarse de esta figura, la Corte ha concluido que en efecto 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 núcleo se encuentre materialmente imposibilitado para brindar el apoyo permanente, es obligación del Estado suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado. En tales casos, se ha ordenado a las EPS suministrar cuidador para apoyar a las familias frente a las excepcionalísimas circunstancias de sus familiares, las cuales para el presente caso se dan, pues se trata de paciente con evidente condición de discapacidad, de la tercera edad por ende catalogado como sujeto de especial protección constitucional, sin red de apoyo familiar, actualmente convive con su hermana de la tercera edad con quebrantos de salud, no cuentan con los recursos para sufragar los gastos de un cuidador; por lo tanto no es de recibo la negación de la NUEVA EPS en la prestación del servicio de cuidador domiciliario, bajo la excusa de que dicho servicio no hace parte de prestaciones de salud para garantizarlo».

2.4. La impugnación.[10]

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*

[10] Cuaderno del Juzgado. 12ImpugnaciónNuevaEps.

asumir el Estado, se trata de atenciones que son exigibles, en primer lugar, los familiares de quienes las requieren"[11]

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 medida 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, 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 la Sala determinar si es procedente ratificar la orden del *a quo* que amparó el derecho fundamental a la *salud, la vida, dignidad humana* e *integridad personal del* señor Jorge Antonio Lemus, o si, por el contrario, como lo sostiene Nueva E.P.S. se debe revocar la protección.

3.3. Examen de procedibilidad de la acción de tutela

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.

[11] Ibid. F. 3.

De otra parte, 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[12].

En el presente caso, no hay duda que está dada la *legitimación en la causa* por activa de la señora Jennifer Cepeda Alarcón, quien manifestó actuar como agente oficioso de Jorge Antonio Lemus, debido a la edad avanzada y delicado estado de salud de su agenciado, lo que le impide interponer la acción de tutela de manera directa, circunstancias verificables con el reporte de la historia clínica.

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

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

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 el reclamante funda su amparo ante la necesidad de un cuidador domiciliario 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 expedida el 18 de julio de 2022 y hasta la presentación de la solicitud de amparo, ocho (8) de agosto 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 del accionante, dado que por su avanzada edad (82 años), y las patologías que presenta requiere con urgencia el servicio reclamado.

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».*[13]

[13] 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.

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.

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[14].

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.

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,*

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

armónica e integral, propenden por la mejoría, hasta el mayor nivel posible, de las condiciones de sanidad del paciente[15].

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[16]. 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 órdenes 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[17].

3.4.4. 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

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

apoyo en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas sin requerir instrucción especializada en temas médicos[18].

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.*

[18] Corte Constitucional, T-015 de 2021.
[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

Y carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio"[22].

3.5. Caso concreto

Como quedó expresado en acápites anteriores, el señor Jorge Antonio Lemus a la fecha cuenta con ochenta y dos (82) años de edad, tiene un diagnóstico de «*DEMENCIA VASCULAR NO ESPECIFICADA, SECUELAS DE OTRAS ENFERMEDADES CEREBROVASCULARES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS, HIPERPLASIA PROSTÁTICA, HEMIPLEJIA IZQUIERDA, INCONTINENCIA FECAL, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, HIPERTENSIÓN ARTERIAL»*, por lo que el 18 de julio de 2022 le fue ordenado, entre otros, *«ATENCIÓN DOMICILIARIA POR MEDICINA GENERAL MENSUAL, ATENCIÓN DOMICILIARIA POR FISIOTERAPIA #36 EN RAZÓN DE 3 TERAPIAS SEMANALES PARA 12 TERAPIAS AL MES, 36 PARA 3 MESES» y «SERVICIO DE CUIDADOR POR 12 HORAS,.*

El juez de primera instancia concedió el amparo el pasado 22 de agosto de 2022, decisión frente a la cual expresó inconformidad Nueva E.P.S., quien solicita sea *revocado el servicio de cuidador y la atención integral*, toda vez que, en su parecer, no se cumplen los presupuestos legales y jurisprudenciales para suministrarlo, máxime 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 del agenciado es de completa vulnerabilidad, sino también la necesidad prioritaria del servicio de cuidador domiciliario, debido a su avanzada edad y su dependencia funcional total, dado que, según historia clínica de 18 de julio de 2022, es un: *«paciente masculino en curso de vida vejez con 82 años de edad, encontrando paciente en sillas de ruedas, distraído, con deterioro neurocognitivo y motor posterior a ECV, catecismo vesical permanente por soub pendiente de valoración por urología» (…) se evidencia que por su estado de invalidez, discapacidad, fragilidad, red de apoyo familiar deficiente y escalas de valoración que miden habilidades del*

[22] Ibid.

paciente para llevar a cabo sus actividades de la vida diaria que definen dependencia total, amerita y se ordena servicio de cuidador domiciliario por 12 horas, se realiza índice de Barthel con resultado 0 dependencia total (0-20), escala de Karnofsky 40, invalido, incapacitado, necesita cuidados y atenciones especiales, encamado masa del 50% del día».

Adicionalmente, el 27 de septiembre de 2022 el Despacho estableció comunicación telefónica[23] con Jennifer Cepeda Alarcón, sobrina del accionante, quien informó que si bien recientemente la NUEVA EPS autorizó el servicio de cuidador, hace aproximadamente 12 días, lo hizo en cumplimiento del fallo de tutela y por corto tiempo, pese a que el estado de salud de su tío es cada vez más precario.

Ante ese panorama, se advierte que se cumplen los presupuestos jurisprudenciales para ordenar 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 mismo; ***(ii)*** exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio, pues así lo dispuso el galeno tratante en la valoración domiciliaria; ***(iii)*** la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible, dado que está conformado por la sobrina y hermana del paciente, la primera, se encarga de trabajar en el día para proveer el sustento diario, mientras que la segunda, es una persona de la tercera edad con trastorno de motilidad por ulcera crónica, por lo que no cuenta con la capacidad física para cuidar a su hermano; y ***(iv)*** carecen de los recursos económicos para sufragar tales servicios de manera particular, si en cuenta se tienen que pertenecen al grupo A4 del Sisbén que corresponde a la población en pobreza extrema, hechos que por demás no fueron desvirtuados por la NUEVA EPS[24], pues se

[23] Al abonado 3138882422, hora 5:02 pm, duración 3 minutos.

[24] 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*

limitó a 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 el reclamante, son considerados 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 respecto a la *atención integral en salud*, dado a que esta Corporación encuentra que el 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 y solo fue en cumplimiento del fallo de tutela que procedió a su autorización, pero solo por corto tiempo, decisión que, además, impugnó, insistiendo en que no se reunían los requisitos para conceder ese servicio; no obstante, que la historia clínica y demás documental aportada refleja todo lo contrario, esto es, que el señor Lemus por su delicado diagnóstico y avanzada edad, se encuentra en un estado de dependencia funcional total, *«postración severa»*, su núcleo familiar es muy limitado y su hermana quien es su acompañante 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 valedero que la Nueva EPS insista en negar la prestación del servicio de cuidador, cuando están más que acreditados todos los presupuestos 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.

---

aquellos casos en que no pueda tener certeza sobre el cumplimiento de este requisito a partir del material probatorio obrante en el expediente».

Sin necesidad de más consideraciones, este Tribunal **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 impugnada, 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

(con salvamento de voto**)**
ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada