

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN**

Aprobado Mediante Acta de Sala No. 093

Magistrada Ponente: MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Arauca, febrero quince (15) del año dos mil veintitrés (2023)

RADICADO: 81-736-31-84-001-2022-00794-01
RAD. INTERNO: 2022-00028
ACCIÓN: TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIONANTE: LUZ MARINA DE JESÚS CADENA MONTOYA
ACCIONADA: NUEVA EPS-S
ASUNTO: IMPUGNACIÓN DE TUTELA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide esta Corporación la impugnación interpuesta por la NUEVA EPS-S contra la sentencia de enero 6 de 2023, proferida por el Juez Promiscuo de Familia de Saravena¹, mediante la cual tuteló los derechos fundamentales de la señora LUZ MARINA DE JESÚS CADENA MONTOYA y dictó otras disposiciones.

ANTECEDENTES

La señora LUZ MARINA DE JESÚS CADENA MONTOYA manifestó en su escrito de tutela², que tiene 61 años de edad y fue diagnosticada con *«artritis reumatoide, enfermedad de Parkinson, prolapso uterovaginal, incontinencia urinaria por tensión, diabetes mellitus, incontinencia fecal y luxación de la articulación del hombro»*; requiere la entrega de *«óxido de zinc más nistatina, pañitos húmedos, pañales tena slit ultra M, colchón anti escaras y silla de ruedas»*, así como la prestación del *«servicio de cuidador domiciliario durante 12 horas diarias»*³, y; ni ella ni sus familiares cuentan con los recursos económicos para asumir los gastos

¹ Dr. Jose Luis Sayago Botello (E)

² Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 1 Fls. 3 a 16

³ Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 1 Fl. 3

Con fundamento en lo anterior, solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la salud, vida digna, igualdad, mínimo vital y seguridad social, para que como consecuencia de ello se ordene a la NUEVA EPS garantice de manera inmediata y sin dilaciones: (i) el «servicio de cuidador domiciliario durante 12 horas diarias»; (ii) los insumos de «oxido de zinc más nistatina, pañitos húmedos, pañales tena slit ultra M, colchón anti escaras y silla de ruedas», y; (iii) el tratamiento integral y todos los servicios médicos, medicamentos, exámenes, citas médicas y demás procedimientos que requiere por causa de sus patologías y que sean ordenados por el médico tratante.

Anexó a su escrito copia de: (i) historia clínica ⁴ del 3 de noviembre de 2022 en la cual se indica plan de manejo⁵, procedimientos⁶ y formulación de medicamentos⁷ por ingreso al Programa de Atención Domiciliaria - PAD; (ii) certificado de dependencia funcional⁸ expedido el 30 de noviembre de 2022 por la IPS Mecas Salud Domiciliaria S.A.S.; (iii) plan de manejo prescrito el 3 de noviembre de 2022 por la médico general de la IPS Mecas Salud Domiciliaria S.A.S.⁹, (iv) constancia de la oficina virtual de la NUEVA EPS sobre el estado de la solicitud del cuidador domiciliario¹⁰; (v) constancia de la oficina virtual de la NUEVA EPS sobre el estado del requerimiento de terapias¹¹, y; (vi) cédula de ciudadanía¹².

SINOPSIS PROCESAL

Presentado el escrito de tutela el asunto fue asignado por reparto al Juzgado Promiscuo de Familia de Saravena el 26 de diciembre de 2022¹³, Despacho que le imprimió trámite ese mismo día¹⁴ y procedió a: admitir la acción contra la NUEVA EPS; vincular a la Unidad Administrativa de Salud Arauca-UAESA.; correr traslado a la accionada y vinculadas para el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa, y; tener como pruebas las allegadas con la solicitud de amparo.

⁴ Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 1 Fls. 17 a 19

⁵ Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 1 Fl. 20

⁶ Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 1 Fl. 21

⁷ Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 1 Fls. 22 y 23

⁸ Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 1 Fls. 25 y 25

⁹ Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 1 Fl. 26

¹⁰ Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 1 Fl. 27

¹¹ Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 1 Fl. 29

¹² Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 1 Fls. 31 y 32

¹³ Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 2

¹⁴ Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 4

CONTESTACIÓN DE LA ACCIONADA Y VINCULADA

1. La Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca- UAESA¹⁵ manifestó, que es competencia de la EPS autorizar y garantizar la atención integral en salud de la accionante, estén sus componentes dentro o fuera del PBS, por lo que no es sujeto pasivo llamado a cumplir sus pretensiones.

2. La Nueva EPS¹⁶ señaló, que la señora LUZ MARINA DE JESÚS CADENA MONTOYA está afiliada en estado activo al régimen subsidiado desde el 21 de febrero de 2019¹⁷, y que la EPS ofrece los servicios de salud que se encuentran dentro de su red de prestadores y de acuerdo con lo ordenado en la Resolución No. 2292 de 2021 y demás normas concordantes, por tal motivo no procede la autorización de servicios, insumos, medicamentos y/o tecnologías no contempladas en el Plan de Beneficios de Salud-PBS.

Indicó, que el *servicio de cuidador domiciliario* no hace parte del ámbito de la salud y, en consecuencia, no está a cargo de la EPS sino de la familia por deber constitucional de solidaridad, atendida la obligación del núcleo cercano de aportar al cuidado del paciente, amén que no se demostró imposibilidad material alguna que les impida hacerlo.

Sobre la *silla de ruedas*, expuso, que debe negarse porque no hace parte del PBS en la medida en que no se financia con cargo a los recursos de la UPC. Lo propio alegó con respecto a los *pañitos húmedos*, pues están excluidos de la financiación con recursos públicos asignados al sector salud por la Resolución 2273 de 2021 y del PBS.

En relación con la *crema oxido de zinc más nistatina, pañales tena slit ultra M y colchón anti escaras*, señaló que debe negarse porque no se cuenta con fórmula médica vigente tramitada mediante el aplicativo MIPRES del Ministerio de Salud, como lo exige la Resolución 1885 de 2018.

¹⁵ Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 6

¹⁶ Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 7

¹⁷ Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 7 Fl. 3

Finalmente, pidió, negar la *atención integral* porque implicaría prejuzgamiento y asumir la mala fe de la NUEVA EPS sobre hechos que no han ocurrido, amén que incluye cualquier tratamiento, medicamento o demás prestaciones que no han sido prescritos por los médicos tratantes al momento de presentarse la tutela. De manera subsidiaria solicitó, ordenar a la ADRES reembolsar todas aquellas expensas en que incurra la EPS en cumplimiento del fallo y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA¹⁸

El Juzgado Promiscuo de Familia de Saravena, mediante providencia de enero 6 de 2023, tuteló los derechos fundamentales de la señora LUZ MARINA DE JESÚS CADENA MONTOYA y 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 **LUZ MARINA DE JESUS CADENA MONTOYA**, el servicio de **CREMA OXIDO DE ZINC + NISTATINA TUBO 60 GRAMOS, PAÑITOS HUMEDOS CAJA X 100 UNIDADES, PAÑALES TENA SLITRALLAM, COLCHON ANTI ESCARA, SILLA DE RUEDAS y CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS POR UN MES**, con ocasión de las patologías que padece tal y como lo ordena el médico tratante, advirtiendo que se debe hacer el acompañamiento al/la paciente para que efectivamente se le presten los servicios de salud ordenados y requeridos de acuerdo a las ordenes médicas que obran en el plenario y de las que tenga conocimiento NUEVA EPS, respetando 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 íntegramente por esa entidad teniendo en cuenta el presupuesto máximo trasferido 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."* (sic)

Indicó el Juez de primera instancia, que la accionante LUZ MARINA DE JESUS CADENA MONTOYA precisa del servicio de cuidador domiciliario durante 12 horas cada día, en razón a su condición de dependencia, edad y enfermedades catastróficas diagnosticadas, que debe ser suministrado por la NUEVA EPS atendida la orden de su médico tratante y la ausencia de capacidad económica, toda vez que se encuentra afiliada al régimen subsidiado y su núcleo familiar no cuenta con la solvencia financiera requerida.

¹⁸ Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 8

Por esas mismas razones consideró que la NUEVA EPS debe suministrarle *"la crema oxido de zinc más nistatina, pañitos húmedos, pañales tena slit ultra m, colchón anti escaras y silla de ruedas"*, insumos y dispositivos médicos necesarios para garantizarle una vida digna.

Expresó, que procede el tratamiento integral en virtud a la evidente negligencia de la NUEVA EPS en garantizar el servicio de cuidador domiciliario durante 12 horas diarias y los demás insumos señalados, y el hecho que la accionante requiere la prestación médica oportuna y continua para superar su diagnóstico.

Finalmente, manifestó, que el recobro perdió vigencia por lo que no procede disponer o autorizar tal procedimiento, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un trámite administrativo que debe adelantar la EPS ante la ADRES, cumpliendo los requisitos normativos y jurisprudenciales previstos para ello.

IMPUGNACIÓN¹⁹

La NUEVA EPS, a través de escrito de impugnación del 13 de enero de 2023, solicitó revocar la totalidad del fallo, toda vez que la atención integral implica que el Juez constitucional emita órdenes futuras y presuma la mala actuación de la entidad de salud, y; el servicio de cuidador domiciliario no constituye una prestación de salud, ya que corresponde a los familiares asumir el cuidado del paciente hasta tanto no se demuestre la imposibilidad material en que se encuentran para hacerlo.

Agregó que el médico tratante no ha ordenado el suministro de *"colchón anti escaras"*; la *"silla de ruedas; crema oxido de zinc más nistatina y los pañales tena slit ultra M"* no están incluidos en el PBS y, por tanto, deben formularse mediante el aplicativo MIPRES para su autorización ante la EPS, y; los *"pañitos húmedos (caja por 100 unidades)"* se encuentran excluidos del PBS.

De manera subsidiaria, pidió, se ordene valoración previa para determinar el *"plan de tratamiento médico"* en garantía del derecho al diagnóstico, y se adicione la sentencia para

¹⁹ Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 10

disponer que la ADRES reembolse todos aquellos gastos en que incurra la entidad de salud en cumplimiento del fallo y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

CONSIDERACIONES

Esta Sala de Decisión es competente para conocer la impugnación del fallo proferido por el Juzgado Promiscuo de Familia de Saravena, fechado 6 de enero de 2023, conforme al art. 31 del Decreto 2591 de 1991, cuyo conocimiento se asumirá toda vez que dentro del término de ejecutoria la NUEVA EPS-S indicó oponerse a la decisión.

La acción de tutela ha sido instituida como mecanismo ágil y expedito para que todas las personas reclamen ante los jueces de la República la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos previstos en la ley.

1. Reiteración de la jurisprudencia constitucional

Señalará esta Colegiatura, en primer lugar, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en forma reiterada ha sostenido, respecto a la salud y a la vida, que deben suprimirse las normas que pongan en peligro estos derechos fundamentales que el Estado está en deber de proteger a toda persona para preservar su vida en condiciones dignas. Así lo expresó el máximo Tribunal de la Justicia Constitucional en la sentencia T- 1056 de octubre 4 de 2001, e indicó en posteriores decisiones que la acción de tutela es procedente cuando está en riesgo o se ve afectada la salud del paciente²⁰ y, por ello, enfáticamente precisó en la sentencia T-056 de 2015, que: *"la garantía del derecho fundamental a la salud está funcionalmente dirigida a mantener la integridad personal y una vida en condiciones dignas y justas. De allí que la jurisprudencia constitucional ha indicado que existen circunstancias que necesariamente ameritan el suministro de insumos, medicamentos e intervenciones, que a pesar de no estar contemplados en el Plan de Beneficios necesitan ser prestados por las EPS, pues de lo contrario, se vulneraría el derecho fundamental a la salud"*, de ahí que en la última decisión que viene de citarse el alto Tribunal resaltó la necesidad de hacer efectivo el derecho a la igualdad consagrado en el art. 13 constitucional, en cuanto, *"Ese principio constitucional*

²⁰Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 2008.

presupone un mandato de especial protección en favor de "aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta", y a continuación anotó:

"En dicho contexto, la norma superior señaló algunos sujetos que por su condición de vulnerabilidad merecen la especial protección del Estado, como los niños (Art. 44), las madres cabeza de familia (Art. 43), los adultos mayores (Art. 46) los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (Art. 47), y las personas que padezcan enfermedades catastróficas, y a quienes es un imperativo prestarles la atención especializada e integral que requieran, independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud -POS²¹". (Resalta la Sala)

Se refirió, entonces, la Corte al imperativo de la atención en salud de los sujetos de especial protección constitucional, como también lo ha hecho con respecto a la integralidad en el tratamiento médico, el que está asociado con la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante, por lo que específicamente expresó en la sentencia T-195 de marzo 23 de 2010, que dicha atención **"debe contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente²² o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud²³"** (Resalta la Sala).

Así, destacó la Corte en la sentencia T-056 de 2015 el deber de atender los principios de integralidad y continuidad del servicio a la salud, precisando que: **"El principio de integralidad en salud se concreta en que el paciente reciba todos los servicios médicos (POS y no POS)²⁴ que requiere para atender su enfermedad, de manera oportuna, eficiente y de alta calidad. Ello por cuanto el contenido del derecho a la salud no está limitado o restringido a las prestaciones incluidas en los planes obligatorios"**. De ahí que la Corte Constitucional ha recabado, que la materialización del principio de integralidad obliga

²¹ Sentencia T-531 de 2009, T-322 de 2012

²² En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T-136 de 2004.

²³ Sentencia T-1059 de 2006. Ver también: Sentencias T-062 de 2006, T-730 de 2007, T-536 de 2007, T-421 de 2007, entre otras.

²⁴ Cabe reiterar que, como lo señaló la Corte en la sentencia T-091 de 2011, el "principio de integralidad en la prestación del servicio de salud en los adultos mayores, implica la obligación de brindar la atención completa en salud, con independencia que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios".

a las entidades del sistema de salud a prestar a los pacientes toda la atención necesaria, sin necesidad de acudir para cada evento a acciones legales.

Recientemente la Corte Constitucional en las Sentencias T-171 de 2018 y T-010 de 2019 precisó, que el principio de integralidad opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino también para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal, así como para garantizar el acceso efectivo.

2. El caso sometido a estudio.

Descendiendo al asunto que concita la atención de esta Corporación, tenemos, que la señora LUZ MARINA DE JESÚS CADENA MONTOYA interpuso acción de tutela contra la NUEVA EPS-S, en procura que le garanticen el "*servicio de cuidador domiciliario por 12 horas diarias*», los insumos de «*crema oxido de zinc más nistatina, pañitos húmedos, pañales tena slit ultra M, colchón anti escaras y silla de ruedas*», así como el tratamiento integral con los medicamentos, exámenes y servicios que requiera en razón de su enfermedad

En virtud de los hechos precedentemente señalados y teniendo en cuenta la documental obrante en la actuación y la jurisprudencia previamente citada, se tiene, que: (i) LUZ MARINA DE JESÚS CADENA MONTOYA tiene 62 años²⁵; (ii) está afiliada a la NUEVA EPS en el régimen subsidiado y pertenece a la población de –Pobreza moderada- del Departamento, conforme consulta realizada en la página del SISBÉN; (iii) padece «*Cód. M059 artritis reumatoide seropositiva; enfermedad de Parkinson sin otra especificación Cód.: G20X; prolapso uterovaginal completo Cod. N813; incontinencia urinaria por tensión Cod. N393; diabetes mellitus no insulino dependiente sin mención de complicación Cdo. E119; incontinencia urinaria, no especificada Cod. R32X; incontinencia fecal R15X; luxación de la articulación del hombro Cod. S430*»²⁶; (iv) presenta *dependencia severa*, que le impide realizar por sí sola actividades tales como alimentarse, vestirse, desvestirse, aseo personal, trasladarse de la silla a la cama, deposiciones, actividades de baño, subir y bajar escaleras, manejo del inodoro²⁷.

²⁵ Ítem 1 Fls. 31 y 31 cdno electrónico del Juzgado. Fecha de Nacimiento 15-Jul-1961

²⁶ Ítem 1 Fl. 19 cdno electrónico del Juzgado.

²⁷ Ítem 1 Fl. 25 cdno electrónico del Juzgado.

Además, se pudo establecer, que; (v) el 3 de noviembre de 2022 la Médico General de IPS Mecas S.A.S prescribió a la actora «servicio de cuidador domiciliario por 12 horas al día (Cód. AD0199)²⁸; cremas de óxido de zinc más nistatina, pañitos y pañales Tena Ultra Slip Talla M para 180 días²⁹; (vi) el 26 de diciembre de 2022 presentó acción de tutela en atención a que la NUEVA EPS no ha suministrado el servicio de cuidador domiciliario, los insumos antes señalados, el colchón anti escaras y la silla de ruedas, y; (vii) su hija Eliza García Cadena informó a la Corporación, que hace parte del núcleo familiar de su señora madre junto con su hijo de 13 años y su esposo, quien labora como mototaxista, precisando que se vio obligada a renunciar al poco dinero que percibía como trabajadora doméstica para cuidar de su progenitora, lo cual le ha generado dificultades económicas porque con su pocos ingresos sufragaba las necesidades básicas.

Asumido el conocimiento de la acción interpuesta, el Juzgado Promiscuo de Familia de Saravena profirió sentencia el 6 de enero del año que transcurre, a través de la cual concedió el amparo de los derechos fundamentales de LUZ MARINA DE JESÚS CADENA MONTOYA, y ordenó a la NUEVA EPS garantizarle el servicio de cuidador domiciliario por 12 horas diarias, los insumos previamente indicados, colchón anti escaras, silla de ruedas y la atención médica integral, ininterrumpida, eficaz y prioritaria de las patologías objeto de la presente acción.

La anterior decisión generó la inconformidad de la EPS, quien la impugnó solicitando revocar la totalidad el fallo, toda vez que el servicio de cuidador no hace parte del plan de salud y le corresponde a la familia asumir el cuidado del paciente, y la atención integral no procede en este caso ya que implica prejujuicio y asumir la mala fe de la entidad de salud. Además, porque los insumos solicitados no hacen parte del PBS y no existe orden médica vigente que los prescriba.

2.1 El servicio de cuidador domiciliario durante 12 horas diarias.

Para la decisión a adoptar han de considerarse las historias clínicas allegadas, las prescripciones impartidas por el médico de IPS Mecas Salud Domiciliaria S.A.S. el 3 de noviembre de la pasada anualidad, la edad de la señora LUZ MARINA DE JESÚS CADENA MONTOYA, su estado de postración, dependencia total y las múltiples patologías que padece que la hacen sujeto de especial protección constitucional, así como lo expuesto por la Corte

²⁸ Ítem 1 Fl. 20 cdno electrónico del Juzgado.

²⁹ Ítem 1 Fl. 22 cdno electrónico del Juzgado.

Constitucional en las sentencias T- 417³⁰, T-239³¹ y T-423 de 2019³², donde se amparan los derechos fundamentales invocados y se ordena el suministro de pañales desechables, silla de ruedas y servicio de enfermería y/o cuidador domiciliario señalados por el galeno, cuando la alta Corporación dispuso:

*"Las exclusiones del PBS son admisibles constitucionalmente siempre y cuando no atenten contra los derechos fundamentales de las personas. Empero, en aquellos casos excepcionales en que la denegación del suministro de un servicio o tecnología por fuera del PBS afecte de manera decisiva el derecho a la salud o la dignidad de las personas, el juez de tutela deberá intervenir para su protección. En tales casos, el juez constitucional podrá ordenar la entrega de prestaciones no cubiertas por el PBS cuando el suministro: **(i) sea imprescindible para garantizar la supervivencia o la dignidad del paciente; (ii) sea insustituible por lo cubierto en el PBS; (iii) sea prescrito por los médicos adscritos a la EPS de afiliación del paciente; y (iv) no pueda ser cubierto con la capacidad económica del paciente.** En casos específicos en los que no se cuenta con orden médica, pero de la historia clínica o algún concepto de los profesionales de la salud se puede advertir la necesidad de suministrar lo requerido por el accionante, el juez podrá ordenar la entrega de medicamentos, procedimientos y dispositivos no incluidos en el PBS. Con fundamento en estas reglas, la Corte Constitucional ha ordenado el suministro de servicios y tecnologías fuera del PBS como pañales, pañitos húmedos y sillas de ruedas" (Negrilla fuera del Texto).*

*"Ha sido reconocido en forma insistente por parte de esta Corporación que el suministro de pañales, sillas de ruedas, cremas o colchones anti-escara, si bien no pueden ser concebidos strictu sensu como servicios médicos o que tienen una relación directa con la recuperación del estado de salud de los pacientes, **se constituyen en elementos indispensables para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien los requiere con urgencia** y, en este sentido, permiten el efectivo ejercicio de los demás derechos fundamentales"(negrilla fuera de texto).³³*

El máximo Tribunal Constitucional ha indicado, que la atención domiciliaria es una "modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud y la participación de la familia"³⁴, y se encuentra contemplada en la última actualización del Plan de Beneficios en Salud (PBS) como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)³⁵, al punto que en la sentencia T-015 del 2021³⁶ el alto Tribunal señaló:

"En lo que respecta al servicio del cuidador, la jurisprudencia de la Corte destaca que: i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.³⁵ ii) Se refiere a la persona que

³⁰ M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger

³¹ M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos

³² M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado

³³ Sentencia T-528 de 2019, MP Dr. José Fernando Reyes Cuartas

³⁴ Resolución 3512 de 2019 artículo 8 numeral 6. Última actualización del Plan de Beneficios en Salud

³⁵ El Artículo 26 Resolución 3512 de 2019 contempla esta modalidad de atención como alternativa a la atención hospitalaria institucional y establece que será cubierta por el PBS con cargo a la UPC, en los casos en que el profesional tratante estime pertinente para cuestiones relacionadas con el ámbito de la salud.

³⁶ M.P. Dra. Diana Fajardo Rivera

*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.³⁶ iii) **Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante,³⁷ como se explica a continuación.***

De acuerdo con la interpretación y el alcance que la Corte ha atribuido al artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, esta norma dispone 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.³⁸ En relación con el servicio de cuidador, el tema que se plantea es que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no está expresamente excluido del listado previsto en la Resolución 244 de 2019,³⁹ pero tampoco se encuentra reconocido en el Plan Básico de Salud, cuya última actualización es la Resolución 3512 de 2019.

*Frente a este contexto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido 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.**³⁸*

*En conclusión, 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.**" (Resalta la Sala)*

Así las cosas, ha de considerarse en este caso, que el "Servicio de Cuidador Domiciliario durante 12 horas diarias" tiene como fin menguar la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la actora constitucional debido a la afectación crítica de su salud, y permitirle una vida en condiciones dignas, máxime cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional.

³⁷ 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.

³⁸ 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, T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas y T-260 de 2020 M.P. Dra. Diana Fajardo Rivera

Considera, entonces, esta Corporación que la NUEVA EPS debe garantizar el servicio de cuidador domiciliario a la señora LUZ MARINA DE JESÚS CADENA, decisión que por lo tanto se confirmará.

2.2. Pañales, óxido de zinc y pañitos.

Como se ha visto, la Corte Constitucional ha enfatizado que a los pacientes de la tercera edad debe brindárseles una atención especial, con mayor razón si esas personas se encuentran padeciendo una enfermedad crónica o incapacitante, momento en el que debe darse una protección a la dignidad humana y evitarles cualquier tipo de sufrimiento³⁹.

A tono con lo anterior, ha considerado que los pañales y el óxido de zinc o "*crema antipañalitis*" no se encuentran excluidos del PBS por no hacerse mención de ellos en forma expresa en las Resoluciones 5267 de 2017 y 244 de 2019, y que debe ordenarse su suministro a los pacientes que sufren de incontinencia urinaria u otras enfermedades incapacitantes para permitirles obtener una mejor calidad de vida, especialmente cuando se ha perdido la movilidad o el control de esfínteres. En sentencia T- 528 de 2019⁴⁰ la alta Corporación abordó esa problemática:

"Ahora bien, vale la pena decir que revisados los anexos técnicos de las Resoluciones 5267 de 2017⁴¹ y 244 de 2019⁴² que contienen los servicios y tecnologías en salud que se encuentran explícitamente excluidos de financiación con recursos públicos asignados a la salud, se observa que los pañales no están en tales listados, lo que inexorablemente permite concluir que no se encuentran excluidos, así mismo, debe aclararse que tampoco hacen parte de los insumos de aseo los que dada la forma general en la que se enuncian se presta para confusiones y ambigüedades, presentándose innumerables negaciones por parte de las EPS de los pañales para adultos y menores de edad bajo el argumento de que los mismos no hacen parte del PBS.

En reiterada jurisprudencia constitucional se ha establecido que los pañales no se encuentran excluidos del PBS por no hacerse mención a los mismos de forma expresa⁴³. De igual forma, cabe señalar que este Tribunal ha ordenado el suministro de pañales⁴⁴ a pacientes que en virtud de sus patologías sufren de incontinencia urinaria y si bien es cierto la provisión de los mismos no incide de forma directa en la cura de las enfermedades que los aquejan, si les permite

³⁹ Sentencia T-610 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁴⁰ M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁴¹ "Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud".

⁴² "Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud".

⁴³ Sentencia T-491 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera

⁴⁴ Sentencias T-121 de 2015, T-260 de 2017, T-314 de 2017, T-637 de 2017.

obtener una mejor calidad de vida y en especial cuando se ha perdido la movilidad o el control de esfínteres⁴⁵.

Por ejemplo en la sentencia T-014 de 2017⁴⁶ la Corte amparó los derechos fundamentales de una persona de la tercera edad, quien por los padecimientos que presentaba y a pesar de no contar con órdenes médicas, infirió que se hacía necesaria la utilización de los pañales desechables e insumos, ordenando su suministro con el fin de maximizar el derecho a la dignidad humana⁴⁷.

En lo que al óxido de zinc o "crema antipañalitis" se refiere, debe manifestar esta Corporación que revisada la normatividad citada líneas atrás, la cual brinda claridad sobre las exclusiones del SGSSS, tal medicamento no hace parte de tal listado por lo que debe ser interpretado conforme a lo establecido por la sentencia C-313 de 2014, esto es, dando aplicación del principio pro homine, concretado en la siguiente fórmula: "la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia. (...)"⁴⁸. (Subraya la Sala

También se pronunció en esa misma decisión respecto a los insumos de aseo, como son los pañitos húmedos, otorgándoles el carácter de necesarios para brindar una vida digna a los pacientes, siempre que se requieran con ocasión de una enfermedad como epilepsia, parkinson, derrame cerebral o situación de discapacidad, aunque estén excluidos del PBS:

"Por lo anterior y ante la importancia que dentro de un Estado social de derecho tiene el derecho a la vida digna como base de los derechos ius fundamentales, y en cuanto a la procedencia excepcional de los insumos que se encuentran excluidos del PBS, como son los pañitos húmedos, no debe perderse de vista que en el caso sub examine nos encontramos frente a un sujeto de especial protección constitucional por su avanzada edad y la situación de discapacidad que presentaba, lo que hacía que su condición de salud fuera frágil y permitiera la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad sobre la exclusión establecida en el ítem 42 del Anexo Técnico de la Resolución 5267 de 2017, referente a toallas higiénicas, pañitos húmedos, papel higiénico e insumos de aseo⁴⁹. (subraya la Sala)

Entonces, también ha de considerarse en este caso, que los insumos «crema de óxido de zinc más nistatina, pañitos y pañales Tena Ultra Slip Talla M», tienen como fin menguar la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la actora constitucional, debido a la afectación crítica de su salud, y permitirle una vida en condiciones dignas, máxime cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional que sufre una condición de discapacidad.

⁴⁵ Ver sentencias: T-023 de 2013, T-039 de 2013, T-383 de 2013, T-500 de 2013, T-549 de 2013, T-922A de 2013, T-610 de 2013, T-680 de 2013, T-025 de 2014, T-152 de 2014, T-216 de 2014 y T-401 de 2014.

⁴⁶ Sentencia que protegió los derechos de una persona de la tercera edad, que por sus quebrantos de salud consignados en la historia clínica, inferían la necesidad en el suministro de pañales e insumos, ello a pesar de no contar con orden médica.

⁴⁷ La sentencia T-579 de 2017 estableció que la "protección y garantía del derecho a la salud, impacta sobre otros derechos fundamentales inherentes a la persona, como son los derechos fundamentales a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, y por su puesto a la vida, entre otros".

⁴⁸ Sentencia T-760 de 2008, reiterada en la C-313 de 2014.

⁴⁹ Similar decisión se tomó en sentencia T-215 de 2018.

Como consecuencia, la NUEVA EPS debe garantizar el suministro de esos insumos a la señora LUZ MARINA DE JESÚS CADENA, tal como lo ordenó el juez de primer grado.

2.3. Silla de ruedas y colchón anti escaras.

Por regla general las entidades de salud están obligadas a suministrar solamente lo prescrito por el médico tratante⁵⁰, quien está científicamente calificado y conoce de manera directa los problemas de salud de los pacientes⁵¹. Sin embargo, el máximo Tribunal Constitucional ha señalado, para proteger de manera adecuada el derecho fundamental a la vida digna, que es posible que el juez constitucional emita órdenes *"que no han sido autorizadas por los galenos adscritos a las EPS, cuando se considere que los padecimientos que sufre una persona son hechos notorios que hacen indigna su vida y, por ende, no le permiten disfrutar de la calidad que merece"*⁵².

Así, la Corte Constitucional ha dicho que es preciso ordenar, entre otros elementos, el suministro de silla de ruedas y colchones anti escara, a los pacientes que no cuentan con prescripción médica cuando es evidente la necesidad de tales tecnologías en virtud de la historia clínica o de las demás pruebas allegadas al expediente. Si no es posible llegar a tal conclusión, el juez constitucional podrá ordenar a la empresa promotora de salud realizar la respectiva valoración médica, *"a fin de que se determine la necesidad del usuario, siempre que se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección"*⁵³. Así lo ha explicado el alto Tribunal:

(...) si el usuario carece de prescripción médica, para que el juez ordene su suministro deberá establecer si se evidencia la necesidad de la silla de ruedas a través de la historia clínica o de las demás pruebas allegadas al expediente. En todo caso, la entrega de la silla de ruedas estará condicionada a la ratificación de su necesidad por parte del médico tratante.

*195. Si el operador judicial no puede llegar a dicha conclusión, se amparará el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico y, en consecuencia, podrá ordenar a la empresa promotora de salud realizar la respectiva valoración médica, a fin de que se determine la necesidad del usuario, siempre que se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección.*⁵⁴

(...)

*Ha sido reconocido en forma insistente por parte de esta Corporación que el suministro de (...) **colchones anti-escaras**, si bien no pueden ser concebidos strictu sensu como*

⁵⁰ Sentencia T-760 de 2008, entre otras.

⁵¹ Sentencia T-528 de 2019

⁵² Sentencia T-528 de 2019, que reitera las Sentencias T-073 de 2013 y T-208 de 2017.

⁵³ Sentencia SU-508 de 2020

⁵⁴ Sentencia SU-508 de 2020

servicios médicos o que tienen una relación directa con la recuperación del estado de salud de los pacientes, se constituyen en elementos indispensables para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien los requiere con urgencia y, en este sentido, permiten el efectivo ejercicio de los demás derechos fundamentales”.

(...)

Sobre la obligatoriedad de existencia de orden médica para proceder a autorizar servicios de salud, debe manifestar la Corte que es obligación de las EPS autorizar los insumos y tecnologías pretendidos, así no se cuente con prescripción médica, siempre y cuando de la patología que aqueje a la accionante respaldado en la historia clínica o algún concepto del médico tratante se infiera la necesidad en el suministro de lo solicitado. Situación que no se dio dentro del presente asunto y que terminó desconociendo la dignidad humana de la agenciada.”(resaltado por la Sala)

En este caso, se advierte que para el «*colchón anti escaras y la silla de ruedas*» no existe orden médica. Sin embargo, la historia clínica evidencia que LUZ MARINA DE JESÚS CADENA MONTOYA presenta una condición de *dependencia severa*, que le impide deambular o trasladarse de forma independiente e incluso con ayuda física y supervisión, siendo lo recomendable que utilice silla de ruedas, de acuerdo con la escala o índice de Barthel determinada por su médico tratante⁵⁵. También se observa que no le es posible por sí sola pasar de la silla a la cama, subir o bajar escaleras y trasladarse en general.⁵⁶

Entonces, es un hecho evidentemente incontrastable que LUZ MARINA DE JESÚS CADENA MONTOYA necesita contar con «*colchón anti escaras y silla de ruedas*», ya que debido a su condición de dependencia total permanece postrada o inmóvil sobre superficies que por el contacto o la presión constante sobre su piel le pueden provocar escaras, y no le es posible trasladarse por sí sola ni con ayuda o supervisión de un tercero.

Como consecuencia de lo dicho, la NUEVA EPS también está en la obligación de garantizar el suministro de estos elementos para que ella pueda vivir en condiciones dignas.

2.4. El tratamiento integral.

Siendo que a través de la presente tutela se pretende que la NUEVA EPS responda por el tratamiento integral requerido por la señora LUZ MARINA DE JESÚS CADENA, para la atención de sus patologías de «*artritis reumatoide, enfermedad de Parkinson, prolapso uterovaginal, incontinencia urinaria por tensión, diabetes mellitus, incontinencia fecal y luxación de la*

⁵⁵ Escala de Barthel – gestión hospitalaria, realizado por la médica Saula Rojas de IPS Mecas S.A.S, Ítem 1 Fl. 24 del cdno electrónico del Juzgado.

⁵⁶ Certificado de dependencia general, realizado por la médica Saula Rojas de IPS Mecas S.A.S, Ítem 1 Fl. 25 cdno electrónico del Juzgado.

articulación del hombro»; que el fallo de primera instancia ordenó a la EPS garantizar de manera oportuna, eficiente e ininterrumpida, y; que también dispuso que la NUEVA EPS deberá proporcionar los demás procedimientos, consultas especializadas y/o medicamentos PBS o NO PBS que requiera para la recuperación de su salud con ocasión al diagnóstico objeto de la presente acción, ha de considerarse en primer lugar lo dicho por la Corte Constitucional en las sentencias T-171 de 2018, T-010 de 2019 y T-228 de 2020 sobre el principio de integralidad.

Al respecto el alto Tribunal señaló, que la atención integral opera en el sistema de salud no sólo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino también para permitirle sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal, así como para garantizarle el acceso efectivo a la seguridad social en salud, que conforme la sentencia T-081 de 2019 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) que la EPS haya actuado con negligencia, procedido en forma dilatoria y fuera de un término razonable, y; (iii) que con ello la EPS lo hubiera puesto en riesgo al prolongar *"su sufrimiento físico o emocional, y genera[r] (...) complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte"*.

En este caso, considera la Sala que es evidente la negligencia de la Nueva EPS, pues se niega a suministrar el *«Servicio de Cuidador Domiciliario durante 12 horas diarias»* y los insumos y tecnologías ordenados a la señora LUZ MARINA DE JESÚS CADENA desde el 3 de noviembre de la pasada anualidad por el médico tratante.

En este orden de ideas, frente a su diagnóstico y pronóstico la señora LUZ MARINA DE JESÚS CADENA está obligada a continuar con controles, terapias y exámenes para sobrellevar su enfermedad y mantener una salud que le permita vivir en condiciones dignas, y atendida la ostensible negativa de la Nueva EPS a suministrarle lo necesario para ello acertada resulta la orden de atención integral impartida por el juez de primera instancia.

2.5. El recobro de los servicios y procedimientos fuera del PBS.

Es preciso aclarar, que antes de la expedición de la resolución No. 205 de 2020 se pagaban por demanda con cargo a recursos de impuestos generales y contribuciones administradas por la ADRES; sin embargo, desde el 17 de febrero de 2020, con la emisión de dicha normativa que reglamentó el canon 240 de la ley 1955 de 2019, se adoptó la metodología de calcular y

girar previamente el presupuesto máximo que tendrá cada EPS para subvencionar los servicios no financiados con recursos de la UPC y no excluidos⁵⁷.

Es decir, que a partir de su vigencia, esto es del 1º de marzo 2020, las EPS sin importar su régimen (*subsidiado o contributivo*) cuentan con los recursos para financiar todos los servicios autorizados que no se encuentren excluidos de la financiación del Sistema General de Salud Social en Salud (SGSSS), modificando dicha facultad de recobro, pues esta solo se permite para: (i) medicamentos clasificados por el Invima como vitales no disponibles; (ii) para aquellos adquiridos a través de compras centralizadas, y; (iii) los que requiera la persona diagnosticada por primera vez con una enfermedad huérfana en el año 2020.

Entonces, para el caso que ocupa la atención de la Sala, con la aprobación del denominado "*presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPC*", regulado en las Resoluciones 205 y 206 de 2020 y 043 de enero 21 de 2021, dichos servicios deben ser suministrados *exclusivamente* por la EPS sin que para ello deba autorizarse el recobro, como equivocadamente lo solicita la NUEVA EPS, pues precisamente dichas normas acaban con esa facultad, cambiando así la forma como se venían pagando los servicios de salud (*medicamentos, procedimientos, etc.*) NO PBS.

2.5. Conclusión

La Sala confirmará la sentencia proferida el 6 de enero de 2023 por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena, de conformidad con las razones expuestas ut supra.

Sin necesidad de más consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, Sala Única de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de enero de 2023 por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena, atendidas las consideraciones expuestas ut supra

⁵⁷ En el acápite de supuestos jurídicos, se insertó una nota al pie para indicar cuales son los servicios excluidos del SGSSS.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE el presente fallo a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: ENVÍESE el presente fallo a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada ponente



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada