REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Aprobado Mediante Acta de Sala No. 366

Magistrada Ponente: MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Arauca, junio veintitrés (23) del año dos mil veintitrés (2023)

RADICADO:	**81-736-31-84-001-2023-00259-01**
RAD. INTERNO:	**2023-00227**
ACCIÓN:	**TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**
ACCIONANTE:	**SILVESTRE MOSQUERA y ANA CELIA CORTÉS DE MOSQUERA, representados por LUIS MIGUEL RODRÍGUEZ**
ACCIONADAS:	**NUEVA EPS-S Y OTROS**
ASUNTO:	**IMPUGNACIÓN DE TUTELA**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide esta Corporación la impugnación interpuesta por los accionantes contra la sentencia de mayo 17 de 2023, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena - Arauca[1], mediante la cual negó el amparo de los derechos fundamentales invocados y dictó otras disposiciones.

ANTECEDENTES

El señor LUIS MIGUEL RODRÍGUEZ ARDILA, actuando en representación del señor SILVESTRE MOSQUERA y la señora ANA CELIA CORTÉS DE MOSQUERA, manifestó en el escrito de tutela[2], que las edades de los accionantes superan los 75 años de edad, y el 27 de marzo de 2023 peticionaron ante la NUEVA EPS-S el servicio de auxiliar de enfermería domiciliario y la expedición de las historias clínicas, sin que hasta la fecha de interposición de la tutela se haya suministrado el servicio ni brindado respuesta a la solicitud formulada.

[1] Dra. Gerardo Ballesteros Gómez
[2] Cdno electrónico del Juzgado Promiscuo de Familia, Ítem 1 Fls. 5 a 10.

Señaló, que el señor SILVESTRE MOSQUERA padece de artrosis degenerativa, dificultades visuales y discapacidad motriz, patologías que reducen considerablemente su movilidad, y; la señora ANA CELIA CORTÉS DE MOSQUERA fue diagnosticada con hipertensión arterial, enfermedad de Parkinson, edema pulmonar y disparidad física y visual.

Sostuvo, que por los diagnósticos médicos descritos los familiares no pueden brindar los cuidados necesarios a los actores, quienes requieren apoyo externo para llevar una vida estable y mitigar el deterioro en sus estados de salud.

Con fundamento en lo anterior, solicitó la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, salud, integridad personal, seguridad social, y derecho de petición para que, como consecuencia de ello, se ordene a la NUEVA EPS-S suministre a los accionantes los servicios de Enfermería Auxiliar Domiciliaria las 24 horas.

Anexó a su escrito copia de: *(i)* certificados de SILVESTRE MOSQUERA y ANA CELIA CORTÉS, expedidos por el médico del Hospital San Ricardo Pampuri de la Esmeralda el 13 de febrero de 2017, que arrojan el 58% y 46% de discapacidad, respectivamente[3]; *(ii)* historia clínica de SILVESTRE MOSQUERA emanada de la ESE Departamental Moreno y Clavijo - Hospital San Lorenzo de Arauquita del 14 de diciembre de 2015, 26 de enero y 6 de mayo de 2016, 15 de junio de 2017 y 7 de abril de 2022[4], e; *(iii)* historias clínicas de ANA CELIA CORTÉS del Hospital del Sarare ESE de julio 11 y octubre 10 de 2019; de la Clínica SIMA LINK SAS del 14 de diciembre de 2019, y; del Servicio Cardiológico del Llano del 14 de agosto de 2019 y 23 de enero de 2020[5].

Así mismo, allegó copia de: *(iv)* certificado de discapacidad física de SILVESTRE MOSQUERA, emitido por la ESE Moreno y Clavijo el 29 de septiembre de 2021,[6] y; *(v)* certificado de discapacidad múltiple, física y visual de ANA CELIA CORTÉS DE MOSQUERA expedido por la ESE Moreno y Clavijo el 29 de septiembre de 2021.[7]

[3] Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 1 Fls. 31 y 32
[4] Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 1 Fls. 21 a 30
[5] Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 1 Fls. 11 a 20
[6] Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 1 Fl. 33
[7] Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 1 Fl. 34

SINOPSIS PROCESAL

Presentado el escrito de tutela ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Arauquita el 2 de mayo de 2023[8], mediante proveído de ese mismo día[9] declaró la falta de competencia para conocer del asunto de conformidad con el Decreto 333 de 2021, siendo asignado por reparto al Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena el 3 de mayo de 2023[10], Despacho que le imprimió trámite ese mismo día[11] y procedió a: admitir la acción contra la Nueva EPS, la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca (UAESA), el Ministerio de Salud y Protección Social y la Administradora de Los Recursos del Sistema de Seguridad Social En Salud (ADRES); correr traslado a las accionadas para el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa, y; tener como pruebas las allegadas con la solicitud de amparo.

CONTESTACIÓN DE LAS ACCIONADAS

1. La ADRES[12], señaló, que la prestación de los servicios de salud está a cargo de las EPS, por lo que solicitó ser desvinculada de la acción y negar la facultad de recobro, ya que mediante las Resoluciones 205 y 206 de 2020 se transfirieron a las EPS los recursos para la financiación de los servicios no incluidos en el PBS.

2. La UAESA[13] manifestó, que es competencia de la EPS autorizar y garantizar la atención integral en salud de los accionantes, estén sus componentes dentro o fuera del PBS, por lo que no es sujeto pasivo llamado a cumplir sus pretensiones.

3. El Ministerio de Salud y Protección Social expuso que es el encargado de la política pública en materia de salud, mientras las demás accionadas son entidades descentralizadas con autonomía administrativa y financiera sobre las cuales esa entidad no tiene injerencia, siendo la Superintendencia Nacional de Salud la competente para la inspección, vigilancia y control sobre los actores del Sistema, amén que las EPS, a través de su red de prestadores, son las responsables de gestionar de forma eficiente, integral y continua la salud de sus afiliados.

---

[8] Cdno electrónico del Juzgado de Arauquita, Ítem 1
[9] Cdno electrónico del Juzgado de Arauquita, Ítem 3
[10] Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 2
[11] Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 3
[12] Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 5
[13] Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 6

Agregó que el servicio de atención domiciliaria y enfermería está definido en la Resolución 2808 de 2022, y para el caso que nos ocupa se debe verificar si se trata de una atención domiciliaria en salud, la cual debe proveer la EPS con cargo a los recursos de la UPC, y; que no puede desconocerse que la competencia de las entidades del Estado es reglada y orientada por el principio de responsabilidad, consagrado en el art. 121 Superior, según el cual *"Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley*". Por lo tanto, solicitó se le exonerara de cualquier responsabilidad en este asunto.

4. La Nueva EPS-S[14] indicó, que ANA CELIA CORTÉS DE MOSQUERA y SILVESTRE MOSQUERA están afiliados en estado activo al régimen subsidiado, 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.

Señaló, en relación con el servicio de enfermería las 24 horas, que no procede porque 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 allegó prescripción médica expedida por el galeno tratante, las historias clínicas aportadas no tienen vigencia y no se demostró imposibilidad material alguna del núcleo familiar para cumplir con esa obligación.

Finalmente, pidió, declarar improcedente la acción y, de manera subsidiaria, ordenar valoración médica para determinar la necesidad y periodicidad del servicio de cuidador domiciliario.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[15]

El Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena, mediante providencia de mayo 17 de 2023, dispuso:

> *"PRIMERO. - **DENEGAR** EL AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES invocados por Luis Miguel Rodríguez Ardila actuando como agente oficioso a favor del señor SILVESTRE*

[14] Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 12
[15] Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 9

MOSQUERA y la señora ANA CELIA CORTES DE MOSQUERA; pues como se resaltó en precedencia, ninguna vulneración a ellos se demostró frente a las entidades accionadas.

SEGUNDO. - ***NOTIFICAR*** *esta decisión a las partes comprendidas en este asunto, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y art. 5 del Decreto 306 de 1992."*

Indicó el Juez de primera instancia, que los señores SILVESTRE MOSQUERA y ANA CELIA CORTÉS con 76 y 73 años de edad, respectivamente, presentan diversos diagnósticos, sin embargo, no indicaron de qué patologías se trata ni aportaron órdenes médicas y/o historias clínicas para verificar los hechos narrados, amén que no se acreditó que los accionantes solicitaran ante la NUEVA EPS-S el servicio de cuidador domiciliario 24 horas o que fuese prescrito por el galeno tratante.

Concluyó, que no se demostró que se les haya negado a los actores la prestación del servicio de salud y, por lo tanto, las entidades accionadas no vulneraron los derechos fundamentales reclamados mediante la acción constitucional.

IMPUGNACIÓN[16]

Inconformes con la decisión proferida por el Juez de primera instancia, los accionantes mediante escrito de impugnación de mayo 19 de 2023, solicitaron revocar la totalidad del fallo toda vez que: *(i)* como adultos mayores son sujetos de especial protección constitucional, y; *(ii)* el 27 de marzo del año en curso solicitaron ante la NUEVA EPS-S el servicio de *«cuidador o enfermero domiciliario»*, así como copia de las historias clínicas, sin obtener respuesta por parte de la EPS accionada.

De manera subsidiaria, y en caso de desestimar sus pretensiones, pidieron decretar de oficio asignación de cita ante la NUEVA EPS-S para valoración de su estado actual de salud.

CONSIDERACIONES

Esta Sala de Decisión es competente para conocer la impugnación del fallo proferido por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena, fechado de mayo 17 de 2023,

[16] Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 11

conforme al art. 31 del Decreto 2591 de 1991, cuyo conocimiento se asumirá toda vez que dentro del término de ejecutoria los actores SILVESTRE MOSQUERA y ANA CELIA CORTÉS DE MOSQUERA indicaron 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 paciente[17] 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 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***

[17]Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 2008.

e integral que requieran, independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud -POS*[18]"*. (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 paciente[19] 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 salud"*[20] (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)[21] 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 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

---

[18] Sentencia T-531 de 2009, T-322 de 2012
[19] En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T-136 de 2004.
[20] 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.
[21] 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".*

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 los accionantes SILVESTRE MOSQUERA y ANA CELIA CORTÉS DE MOSQUERA interpusieron acción de tutela contra la Nueva EPS-S, la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca (UAESA), el Ministerio de Salud y la Protección Social, y la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES); en procura que les garanticen el servicio de «*Enfermería Auxiliar domiciliaria las 24 horas*», que requieren en razón de su avanzada edad y los diagnósticos que padecen.

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)* SILVESTRE MOSQUERA tiene 76 años[22] y ANA CELIA CORTÉS DE MOSQUERA 77 años de edad, son cónyuges y residen en el municipio de Arauquita;[23] *(ii)* están afiliados a la NUEVA EPS-S en el régimen subsidiado y pertenecen a la población de –*pobreza moderada*– del Departamento, conforme consulta realizada en la página del SISBÉN.

Además, se pudo establecer, que: *(iii)* SILVESTRE MOSQUERA padece de *«artrosis degenerativa, hipertensión arterial y disminución de la agudeza visual en ambos ojos»*[24] y ANA CELIA CORTÉS DE MOSQUERA *«enfermedad de Parkinson, hipertensión esencial primaria, cardiomiopatía isquémica, disminución de la agudeza visual y edema no especificado»*,[25] *(iv)* la ESE Moreno y Clavijo el 29 de septiembre de 2021 emitió certificado de discapacidad física a SILVESTRE y de discapacidad física, visual y múltiple a ANA CELIA[26], y; *(v)* el 27 de marzo de esta anualidad solicitaron a la NUEVA EPS-s el servicio de *«cuidador o enfermero domiciliario»*, así como la expedición de copia de las historias clínicas, sin obtener respuesta de la EPS.

Asumido el conocimiento de la acción interpuesta, el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena profirió sentencia el 17 de mayo del año que transcurre, mediante la cual negó

[22] Cdno electrónico del Juzgado. Ítem 1 Fl. 21 Fecha de Nacimiento 01-dicienbre-1946
[23] Cdno electrónico del Juzgado. Ítem 1 Fl. 11 Fecha de Nacimiento 13-octubre-1945
[24] Cdno electrónico del Juzgado. Ítem 1 Fls. 21 a 33.
[25] Cdno electrónico del Juzgado. Ítem 1 Fls. 11 a 20.
[26] Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 1 Fls. 32 y 33

el amparo constitucional y concluyó que las entidades accionadas no vulneraron los derechos fundamentales invocados mediante la acción constitucional.

La anterior decisión generó la inconformidad de los actores, quienes la impugnaron alegando que: *(i)* son adultos mayores y sujetos de especial protección constitucional, y; *(ii)* peticionaron el 27 de marzo del 2023 a la NUEVA EPS-S el servicio de *«cuidador o enfermero domiciliario»* y la expedición de copia de las historias clínicas, sin obtener respuesta de la accionada.

2.1. La alegada vulneración del derecho fundamental de petición.

El artículo 23 de la Constitución Política consagra el derecho que tienen todas las personas a presentar peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular y a obtener pronta solución. En desarrollo del texto superior la Ley 1755 de 2015[27] reguló lo concerniente al derecho fundamental de petición en los términos señalados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[28].

Sobre el contenido y alcance del derecho de petición, la jurisprudencia constante y uniforme de la Corte Constitucional,[29] ha sido enfática en precisar que el núcleo esencial radica en: *(i)* la resolución pronta y oportuna de la cuestión, esto es, a más tardar dentro del término máximo permitido por la ley, que comprenda los distintos puntos planteados; *(ii)* una decisión de fondo, clara, precisa y de manera congruente, sin que sea posible admitir que las autoridades deban acceder en todas las oportunidades al reconocimiento de lo pedido, pues eso dependerá en todo caso de las normas jurídicas que regulen la situación planteada,[30] y; *(iii)* por último, la respuesta debe ser puesta en conocimiento[31] del peticionario para garantizar los principios de publicidad y contradicción, entre otros.[32]

En el caso bajo estudio los accionantes interpusieron acción de tutela contra la NUEVA EPS-S por considerar que dicha entidad vulneró su derecho fundamental de petición al no contestar lo solicitado el 27 de marzo del año que transcurre, concretamente *"AUTORIZAR, los servicios de enfermero o cuidador domiciliario según corresponda para cada persona en particular, toda vez que las discapacidades presentadas por cada sujeto, son de diferente tipología y EXPEDIR,*

[27] "Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"
[28] Ver, entre otras, las Sentencias T-451 y T-687 de 2017.
[29] Sentencia T-220 de 1994.
[30] Sentencia T-332 de 2015.
[31] Ver, entre otras, las Sentencias T-178/00, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
[32] Sentencia T-149 de 2013.M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

los historiales clínicos del Sr. SILVESTRE MOSQUERA y la Sra. ANA CECILIA"[33], petición que fue remitida desde el correo electrónico del señor LUIS MIGUEL RODRIGUEZ ARDILA, como agente oficioso de los accionantes, al correo secretaria.general@nuevaeps.com.co de la NUEVA EPS, el cual se encuentra debidamente habilitado como se observa de la captura de pantalla adjunta en el escrito de impugnación[34], y donde además recibe notificaciones la citada entidad.

Del material adosado al expediente de tutela no aparece evidencia que la NUEVA EPS-S se haya pronunciado sobre *los servicios de enfermero o cuidador domiciliario* ni con respecto a la expedición de las historias clínicas de los actores, razones suficientes para señalar que la EPS accionada vulneró el derecho fundamental de petición de SILVESTRE MOSQUERA y ANA CELIA CORTÉS, al no resolver lo requerido en el escrito de marzo 27 de 2023. Por tanto, esta Sala concederá el amparo solicitado y le ordenará a la citada entidad dar una respuesta pronta, oportuna e integral a los accionantes.

2.2 El servicio de cuidador domiciliario durante 24 horas diarias.

Para la decisión a adoptar han de considerarse las historias clínicas allegadas, los certificados de discapacidad emitidos por la ESE Moreno y Clavijo y el Hospital San Ricardo Pampuri de la Esmeralda, las edades de SILVESTRE MOSQUERA y ANA CELIA CORTES DE MOSQUERA y las múltiples patologías que padecen, circunstancias que los hacen sujetos de especial protección constitucional, así como lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias T- 417[35], T-239[36] y T-423 de 2019[37], donde se ampararon los derechos fundamentales invocados, se ordenó el suministro de pañales desechables, silla de ruedas y servicio de enfermería y/o cuidador domiciliario señalados por el galeno.

Así, 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"*[38], y se encuentra contemplada en la última actualización del Plan de Beneficios en Salud (PBS) como

---

[33] Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 11 Fls. 10 a 12.
[34] Cdno electrónico del Juzgado, Ítem 11 Fl. 2
[35] M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger
[36] M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos
[37] M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado
[38] Resolución 3512 de 2019 artículo 8 numeral 6. Última actualización del Plan de Beneficios en Salud

un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)[39], al punto que en la sentencia T-015 del 2021[40] 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. ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS. iii)* ***Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante,[41] 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.[42]***
>
> *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)

---

[39] 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.

[40] M.P. Dra. Diana Fajardo Rivera

[41] 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.

[42] 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

Así las cosas, ha de considerarse en este caso, que el servicio de *enfermero o cuidador domiciliario* tiene como fin menguar la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los actores SILVESTRE MOSQUERA y ANA CELIA CORTÉS DE MOSQUERA, debido a las afectaciones críticas de su salud, y permitirles una vida en condiciones dignas, sin embargo, la Sala no puede desconocer, atendidos los criterios jurisprudenciales enunciados, que no existe certeza médica sobre la necesidad de los actores de recibir uno u otro servicio ni orden emitida en este sentido por los médicos tratantes.

Lo anterior, porque a pesar que el 13 de febrero de 2017 el galeno del Hospital San Ricardo Pampuri de la Esmeralda expidió certificados de discapacidad que arrojaron para SILVESTRE MOSQUERA el 58% y para ANA CELIA CORTES 46% de discapacidad, y; por su parte la ESE Moreno y Clavijo emitió el 29 de septiembre de 2021 certificados de discapacidad a los actores con las anotaciones "*con limitación para las actividades diarias y autocuidado",* lo cierto es que las valoraciones médicas allegadas no dan cuenta del servicio domiciliario actual requerido ni de su periodicidad, como exige la jurisprudencia de la alta Corporación, y esta Sala no es competente para determinar el personal idóneo, las condiciones y la regularidad para la prestación del servicio[43].

Sin perjuicio de lo expuesto, teniendo en cuenta que se trata de sujetos de especial protección constitucional por su edad y padecimientos de salud, es procedente conceder el amparo en la faceta de diagnóstico[44] solicitado en el escrito de impugnación, con el fin de establecer el estado actual de las patologías de SILVESTRE MOSQUERA y ANA CELIA CORTÉS DE MOSQUERA, y si estos de manera individual requieren el servicio de enfermería o cuidador domiciliario las 24 horas.

Con fundamento en lo expuesto, se ordenará a la NUEVA EPS-S que, a través del médico que corresponda, valore las actuales condiciones de salud de sus afiliados SILVESTRE MOSQUERA y ANA CELIA CORTÉS DE MOSQUERA, con el fin de establecer el estado actual de discapacidad y si requieren el servicio de enfermería o cuidador domiciliario, así como su periodicidad.

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

[43] Ver entre otras, Sentencia T-260 de 2020 y T-435 de 2019.
[44] Ver, entre otras, las siguientes T-298 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo; T-940 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-210 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-020 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-120 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-552 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

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 excluidos[45].

Es decir, que a partir de su vigencia, esto es del 1° 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 revocará la sentencia de mayo 17 de 2023, proferida 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

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

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida el 17 de mayo de 2023 por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena, atendidas las consideraciones expuestas *ut supra*.

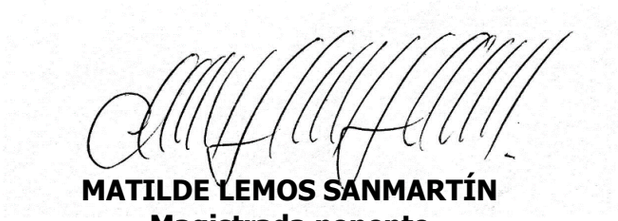
SEGUNDO: TUTELAR el derecho fundamental de petición de SILVESTRE MOSQUERA y ANA CELIA CORTÉS DE MOSQUERA y, en consecuencia, ordenar a la NUEVA EPS-S que en el término de cinco (5) días se pronuncie sobre la solicitud a nombre de ellos elevada el 27 de marzo de 2023.

TERCERO: ORDENAR la NUEVA EPS-S que, a través de los galenos que correspondan, valore las condiciones actuales de salud de SILVESTRE MOSQUERA y ANA CELIA CORTÉS DE MOSQUERA de manera individual, con el fin de establecer el estado actual de discapacidad y si requieren el servicio de enfermería o cuidador domiciliario, así como su periodicidad.

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

QUINTO: 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