**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

**Aprobado Mediante Acta de Sala No. 696**

**Magistrada Ponente: MATILDE LEMOS SANMARTÍN**

Arauca, diciembre primero (1º) del año dos mil veintitrés (2023)

| | |
|---|---|
| **RADICADO:** | **81-736-31-89-001-2023-00579-01** |
| **RAD. INTERNO:** | **2023-00471** |
| **ACCIÓN:** | **TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA** |
| **ACCIONANTE:** | **M.E.G.D. representada por su madre EVA MORAIMA DUQUE VARELA** |
| **ACCIONADOS:** | **NUEVA EPS-S Y OTRO** |
| **ASUNTO:** | **IMPUGNACIÓN DE TUTELA** |

**OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decide esta Corporación la impugnación interpuesta por la NUEVA EPS-S contra la sentencia de octubre 25 de 2023, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Saravena[1], mediante la cual tuteló los derechos fundamentales de la menor M.E.G.D. y dictó otras disposiciones.

**ANTECEDENTES**

La señora EVA MORAIMA DUQUE VARELA manifestó en su escrito de tutela[2], que es de nacionalidad venezolana; cuenta con su respectivo permiso por protección temporal y actúa en representación de su hija M.E.G.D. de 6 años de edad, quien se encuentra afiliada a la NUEVA EPS-S en el régimen subsidiado, y ha sido diagnosticada con *"encefalopatía estática secundaria por SIKA gestacional, microcefalia y retardo en el neurodesarrollo".*

[1] Dr. Rafael Enrique Fontecha Barrera.
[2] Cdno digital del juzgado, ítem 1, fls. 5 a 13.

Agregó, que en razón a dichos padecimientos su hija M.E. es dependiente funcional para la realización de todas las actividades cotidianas, y que el 12 de agosto de 2023 una médica general de la IPS Mecas Salud Domiciliaria S.A.S. le ordenó el "*servicio de cuidador domiciliario durante 12 horas"*, sin que a la fecha de interposición de la tutela haya sido autorizado y materializado por la EPS, a pesar de las gestiones que ha adelantado ante esa entidad para su prestación.

Indicó, además, que ni ella ni su compañero permanente cuentan con recursos económicos suficientes para asumir los costos del servicio ordenado a su hija M.E. pues no tienen trabajo fijo, y lo poco que su pareja gana como auxiliar de construcción y lo que ella recibe por el aseo de casas sólo les alcanza para cubrir los gastos básicos de su hogar, el cual está conformado también por su hija I.C.G.D. de 13 años de edad.

Acotó, que viven en arriendo y pagan $200.000 mensuales; que no tienen bienes inmuebles; que ella no puede trabajar todos los días porque debe cuidar a M.E.G.D., y que cuando tiene que salir esta queda con la también menor I.C.G.D., pues no cuentan con una persona que les ayude porque sus familiares residen fuera de Arauca[3].

Con fundamento en lo anterior, solicitó la protección de los derechos fundamentales a la salud, vida digna, seguridad social y dignidad humana de la menor M.E.G.D., para que como consecuencia de ello se ordene a la NUEVA EPS-S le garantice de manera inmediata y sin dilaciones el "*servicio de cuidador domiciliario durante 12 horas"*, así como el tratamiento integral que requiere para las patologías *"microcefalia y retardo en el desarrollo",* incluyendo los servicios complementarios cuando deba trasladarse a un municipio diferente al de su residencia.

Anexó a su escrito copia de: *(i)* su documento de identidad[4] y permiso por protección temporal[5]; *(ii)* registro civil de nacimiento de su hija M.E.G.D.[6]; *(iii)* tarjeta de identidad y registro civil de nacimiento de su otra hija I.C.G.D. [7]; *(iv)* historia clínica[8] del 12 de agosto de 2023 de la IPS Mecas Salud Domiciliaria de Saravena, que indica *"paciente de 6 años con antecedentes de: 1. Encefalopatía Estática secundaria a infección por SIKA gestacional. 2.*

[3] Cdno digital del juzgado, ítem 5.
[4] Cdno digital del juzgado, ítem 1, fl. 22.
[5] Cdno digital del juzgado, ítem 1, fl. 23.
[6] Cdno digital del juzgado, ítem 1, fl. 27.
[7] Cdno digital del juzgado, ítem 1, fls. 24 a 26.
[8] Cdno digital del juzgado, ítem 1, fls. 15 a 17.

*Microcefalia 3. Retardo en el neurodesarrollo", "a quien se la aplica Índice de Barthel obteniéndose resultado 0 puntos correspondiente a una dependencia total y Escala de Karnofsky 50 puntos; por lo anterior paciente con efectos, consecuencias y/o secuelas con dificultad en la movilidad que lo han llevado a necesitar de ayuda por un tercero para la realización de sus actividades básicas (alimentación/vestido y deambulación)".*

Asimismo, allegó copia de: *(v)* plan de manejo[9] para los servicios de Fisioterapia, Foniatría, Fonoaudiología y Trabajo Social, Terapia ocupacional, Paquete de Atención domiciliaria para paciente crónico con terapias, y servicio de cuidador por 12 horas; *(vi)* certificado de dependencia funcional[10], expedido por una médica general de la IPS Mecas, que señala: *"Paciente en mención le fue aplicado el ÍNDICE DE BARTHEL dando como resultado: 0 PUNTOS. Dichos diagnósticos le generaron al (sic) paciente efectos, consecuencias y/o secuelas de TRASTORNOS DE MOVILIDAD que lo llevaron a necesitar de ayuda por un tercero (…) la paciente presenta una dependencia funcional TOTAL"*, y; *(vii)* pantallazo[11] de la consulta efectuada en las bases de datos de ADRES y SISBEN respecto a la menor M.E.G.D.

**SINOPSIS PROCESAL**

Presentado el escrito de tutela el asunto fue asignado por reparto al Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Saravena el 10 de octubre de 2023[12], Despacho que le imprimió trámite ese mismo día[13] y procedió a: admitir la acción contra la NUEVA EPS-S y la IPS Mecas Salud Domiciliaria S.A.S.; solicitar a las accionadas que en el término de dos (2) días rindieran informe sobre los hechos constitutivos de la acción, y; tener como pruebas los documentos aportados con el escrito introductorio.

**CONTESTACIÓN DE LAS ACCIONADAS**

**1.** La NUEVA EPS-S[14] señaló, que la menor M.E.G.D. está afiliada en estado activo al régimen subsidiado desde el 29 de agosto de 2019, 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. 2808 de 2022 y demás normas concordantes.

---

[9] Cdno digital del juzgado, ítem 1, fls. 18 y 19.
[10] Cdno digital del juzgado, ítem 1, fl. 20.
[11] Cdno digital del juzgado, ítem 1, fls. 14 y 21.
[12] Cdno digital del juzgado, ítem 2.
[13] Cdno digital del juzgado, ítem 3.
[14] Cdno digital del juzgado, ítem 6.

Explicó, que el *servicio de cuidador domiciliario* 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 de la paciente, amén que no se demostró imposibilidad material alguna para hacerlo.

Señaló, que la entidad sólo puede garantizar el *transporte ambulatorio* frente a la paciente, ya que de conformidad con la Resolución 2809 de 2022 el municipio de Saravena donde se encuentra zonificada la actora cuenta con UPC adicional por dispersión geográfica.

Aclaró, que el *suministro de transporte para el acompañante* debe negarse, toda vez que no corresponde al Sistema de Seguridad Social en Salud brindarlo y no se cumplen los presupuestos exigidos para ello por la Corte Constitucional, esto es: *(i)* que el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento; *(ii)* requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas, y; *(iii)* ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.

Solicitó, también, negar el *servicio de hospedaje y alimentación para la paciente y su acompañante* porque no hacen parte del PBS, ya que se trata de gastos fijos del ser humano que corresponde solventarlos al paciente y/o a sus familiares con sus propios recursos, o que pueden ser amparados por la entidad territorial de salud cuando el usuario no cuente con la capacidad económica para cubrir el tratamiento.

Por último, pidió, negar la *atención integral* porque implicaría prejuzgamiento y asumir la mala fe de la NUEVA EPS-S 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.

**2.** La IPS Mecas Salud Domiciliaria S.A.S. guardó silencio a pesar de estar debidamente notificada[15].

[15] Cdno digital del juzgado, ítem 4.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[16]**

El Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Saravena, mediante providencia de octubre 25 de 2023, tuteló los derechos fundamentales de la menor M.E.G.D. y en consecuencia dispuso:

> *"SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal de la accionada Nueva EPS que, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, AUTORICE y SUMINISTRE a la menor M.E.G.D., el servicio en salud de cuidador domiciliario por 12 horas diurnas durante 1 mes y por el tiempo y periodicidad que establezca su médico tratante.*
>
> *TERCERO: ORDENAR al Representante Legal de la accionada Nueva EPS que, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, GARANTICE LA CONTINUIDAD DE LA ATENCIÓN MÉDICA INTEGRAL, ININTERRUMPIDA, EFICAZ Y PRIORITARIA EN SALUD que requiere la menor M.E.G.D., frente a los diagnósticos de microcefalia, retardo en desarrollo, y los que de los mismos se deriven, sin importar que se trate o no de servicios PBS.*
>
> *CUARTO: DENEGAR las demás pretensiones de la acción de tutela, de acuerdo a las consideraciones efectuadas en este proveído.*
>
> *QUINTO: NOTIFICAR esta decisión a las partes por el medio más expedito (..)".* (subrayado del texto original).

Indicó el *a quo*, que la menor M.E.G.D. es un sujeto de especial protección constitucional por su corta edad y encontrarse en condición de dependencia funcional, amén de requerir de atenciones especiales, conforme prescripción médica.

Expresó, que procede el tratamiento integral atendida la evidente negligencia de la NUEVA EPS en garantizar el servicio ordenado, y el hecho que la accionante se encuentra afiliada al régimen subsidiado y requiere la prestación médica oportuna y continua para sobrellevar sus diagnósticos.

No obstante, lo anterior, aclaró que en este caso no era procedente acceder a los servicios complementarios de transporte, alojamiento y alimentación peticionados en la tutela por no estar demostrada su necesidad, pues no se advierte que haya servicios que deban prestarse en municipio diferente al lugar de residencia de la menor M.E.G.D. y tampoco se aportó con el escrito introductorio soporte alguno que se hubieran solicitado a la NUEVA EPS-S y la Entidad los haya negado.

---

[16] Cdno digital del juzgado, ítem 8.

Finalmente, manifestó, que la NUEVA EPS cuenta con la facultad de ejercer el recobro ante el ADRES o las entidades territoriales, sin necesidad de orden judicial, pues basta que no esté obligada a asumir ciertos gastos.

**IMPUGNACIÓN**[17]

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

De manera subsidiaria, pidió, adicionar la sentencia para que se ordene a la ADRES reembolsar 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 Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Saravena, fechado 25 de octubre de 2023, conforme al artículo 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

[17] Cdno digital del juzgado, ítem 10.

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

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**[20] **o para mitigar***

---

[18]Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 2008.
[19] Sentencia T-531 de 2009, T-322 de 2012
[20] En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T-136 de 2004.

***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"***[21] (se resalta).

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)***[22] ***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 sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal, así como para garantizar el acceso efectivo.

Conviene, igualmente, reiterar que la Corte ha establecido que el transporte puede constituir una barrera de acceso a los servicios de salud, incluso en eventos en los que el paciente no se encuentra en una zona especial por dispersión geográfica. Es decir, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que, en los casos en que el transporte constituya una barrera o una limitante para el acceso al servicio médico, es un deber de las E.P.S. asumir los gastos de traslado de la persona, particularmente, cuando deba acudir a una zona geográfica distinta de aquella en la que reside[23].

De lo anterior se desprende que, si bien por regla general y en aplicación del principio de solidaridad el paciente y su núcleo familiar están llamados a asumir los costos para acceder a

---

[21] 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.
[22] 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".*
[23] Sentencias T-228 de 2020 MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-259 de 2019, MP Antonio José Lizarazo Ocampo; T-069 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

los servicios médicos, existen circunstancias en las que, ante la ausencia de dichos medios, se debe proveer lo necesario para que los derechos a la vida, salud e integridad no se vean afectados en razón a las barreras económicas. Por ello, cuando el accionante afirme no contar con los recursos para sufragar los gastos de transporte, hospedaje y alimentación (*negación indefinida*) debe invertirse la carga de la prueba, correspondiendo a la entidad accionada demostrar lo contrario[24], pues el sistema está en la obligación de remover las barreras y obstáculos que impidan a los pacientes acceder al tratamiento médico requerido.

**2. El caso sometido a estudio.**

Descendiendo al asunto que concita la atención de esta Corporación, tenemos, que la señora EVA MORAIMA DUQUE VARELA actuando en representación de su hija M.E.G.D. interpuso acción de tutela contra la NUEVA EPS-S, en procura que le garanticen el servicio de *cuidador domiciliario durante 12 horas*, así como el tratamiento integral que requiere para la atención de las patologías de *"microcefalia y retardo en el desarrollo".*

En virtud de los hechos precedentemente señalados y teniendo en cuenta la documental obrante en la actuación y la jurisprudencia previamente citada, se aprecia, que: *(i)* E.M.G.D. tiene 6 años de edad[25], está afiliada a la NUEVA EPS-S en el régimen subsidiado y reside en el municipio de Saravena; *(ii)* padece de *"microcefalia y retardo en el desarrollo"*; *(iii)* el 12 de agosto de 2023[26] la médico tratante de la IPS Mecas Salud Domiciliaria S.A.S. le ordenó, entre otras prescripciones, el servicio de *cuidador domiciliario durante 12 horas"* por 30 días; *(iv)* presenta dependencia funcional total de *-0 puntos-* en la escala Barthel[27], y; *(v)* el 10 de octubre de esta anualidad su progenitora EVA MORAIMA DUQUE VARELA formuló acción de tutela, atendida la negativa de la EPS en garantizar el servicio prescrito.

En fallo de tutela del 25 de octubre del año que transcurre, el Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Saravena concedió el amparo de los derechos fundamentales de la menor E.M.G.D., y ordenó a la NUEVA EPS-S garantizarle el servicio de "*cuidador domiciliario por 12 horas diurnas durante 1 mes*", junto con toda la atención médica integral, eficaz y prioritaria que requiere para tratar las patologías objeto de la presente acción, conforme lo ordenado por la médico tratante.

---

[24] Sentencia T-405 de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo; Sentencia T-073 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y Sentencia T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
[25] Cdno digital del juzgado, ítem 1, fl. 27.
[26] Cdno digital del juzgado, ítem 1, fls. 18 y 19.
[27] Cdno digital del juzgado, ítem 1, fl. 20.

La anterior decisión generó la inconformidad de la EPS, quien la impugnó solicitando revocar el fallo de tutela, toda vez que el servicio de *cuidador domiciliario por 12 horas diarias* no hace parte del plan de salud y le corresponde a la familia asumir el cuidado de la paciente, y; la *atención integral* no procede en este caso porque implica prejuzgamiento y asumir la mala fe de la entidad de salud, y; en subsidio, ordenar a la ADRES reembolsar 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.

Corolario de lo expuesto, el 30 de noviembre de 2023 el Despacho ponente se comunicó al abonado telefónico 312 357 3815, y en diálogo con la señora EVA MORAIMA DUQUE VARELA pudo establecer[28], que si bien la NUEVA EPS-S ya le autorizó a su hija E.M.G.D. el servicio de cuidador domiciliario durante 12 horas sigue sin garantizarlo, a pesar de las gestiones que ha adelantado ante la IPS Mecas, a donde se direccionó el servicio.

**2.1. El servicio de cuidador domiciliario durante 12 horas diarias.**

Para la decisión a adoptar ha de considerarse la historia clínica allegada, el certificado de dependencia funcional emitido por la médico tratante de la IPS Mecas Salud Domiciliaria S.A.S., la corta edad de E.M.G.D. y la gravedad de las patologías que padece, circunstancias que la hacen sujeto de especial protección constitucional, así como lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias T-417[29], T-239[30] y T-423 de 2019[31], donde se ampararon los derechos fundamentales invocados y se ordena el suministro de la atención domiciliaria prescrita.

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

[28] Cdno digital del tribunal, ítem 7.
[29] M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger.
[30] M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos.
[31] M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado
[32] 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)[33] , al punto que en la sentencia T-015 del 2021[34] 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 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****.[40]*

---

[33] 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

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

[35] Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

[36] 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."*

[37] Sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, y T414 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

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

[39] *"Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud"*

[40] 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

> *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****."* (se resalta).

Así las cosas, ha de considerarse en este caso, que la madre de M.E.G.D. manifestó la imposibilidad familiar y económica para asumir la atención por ella requerida, toda vez que deben proveer los recursos económicos para la subsistencia de sus integrantes y los de la propia menor, amén que el *servicio de cuidador domiciliario* tiene como fin menguar la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el actora, debido a su corta edad y las afectaciones críticas de su salud, y la prescripción médica advierte que requiere la ayuda de un tercero para la realización de las actividades cotidianas.

En consecuencia, se confirmará lo ordenado por el Juez de primera instancia frente al servicio de cuidador domiciliario por 12 horas diurnas durante 1 mes, acorde a las indicaciones impartidas por la médico tratante.

**2.2. El tratamiento integral.**

Siendo que en el numeral tercero del fallo de tutela el *a quo* dispuso, que la NUEVA EPS-S deberá prestar a la menor M.E.G.D. la atención médica integral, ininterrumpida, eficaz y prioritaria en salud para el tratamiento de sus patologías *"microcefalia y retardo en el desarrollo"*, y que la EPS aún no ha suministrado el servicio de cuidador domiciliario, 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 es evidente la negligencia de la NUEVA EPS-S, pues se negó a suministrar el servicio de cuidador domiciliario ordenado por la médico tratante adscrita a la IPS Mecas Salud domiciliaria S.A.S., con claro desconocimiento del estado de vulnerabilidad de la accionante, una menor de 6 años de edad con afectaciones graves en su salud, amén que la EPS accionada no ha demostrado que la paciente o su núcleo familiar cuenten con la capacidad y recursos necesarios para asumir la atención o el costo del servicio prescrito sin menoscabo de su mínimo vital.

Además, téngase en cuenta que si bien la señora DUQUE VARELA aseguró telefónicamente que la accionada ya autorizó el servicio de cuidador domiciliario prescrito a su hija M.E.G.D. el 12 de agosto de 2023, tal sigue sin garantizársele, a pesar que han transcurrido 3 meses y medio desde que le fue prescrito, amén que la NUEVA EPS-S solamente lo autorizó después que fue ordenado en el fallo de tutela de primera instancia, es decir, debió mediar esta herramienta constitucional e incluso una orden judicial para ello.

En este orden de ideas, frente al diagnóstico y pronóstico de la menor M.E.G.D. quien goza de protección constitucional y deberá continuar con controles, terapias y exámenes para sobrellevar sus enfermedades y mantener una salud que le permita vivir en condiciones dignas, y atendida la ostensible negativa de la NUEVA EPS, acertada resulta la orden de atención integral impartida por el Juez de primera instancia. En consecuencia, se confirmará en su integridad el fallo impugnado.

**2.3. 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 excluidos[41].

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

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.

**2.4. Conclusión.**

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de octubre 25 de 2023, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales 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 25 de octubre de 2023 por el Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Saravena.

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

**TERCERO:** ENVIAR 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**