

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



Magistrada Ponente:
LAURA JULIANA TAFURT RICO

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
SENTENCIA	GENERAL N° 031 – SEGUNDA INSTANCIA N° 025
ACCIONANTE	ALICIA PÉREZ VDA. DE MÉNDEZ
AGENTE OFICIOSO	ARGEMIRA MÉNDEZ DE PICO
ACCIONADAS	NUEVA E.P.S.
RADICADO	81-736-31-04-001-2022-00604-01
RADICADO INTERNO	2023-00040

Aprobado por Acta de Sala **No. 107**

Arauca (Arauca), veintiuno (21) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la *impugnación* interpuesta por la **NUEVA EPS**, frente al fallo proferido el 13 de enero de 2023, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena (Arauca), que *concedió* el amparo de los derechos fundamentales a la *salud, vida y dignidad humana* invocados por la señora Argemira Méndez de Pico, quien afirma actuar como agente oficiosa de **ALICIA PÉREZ VDA DE MÉNDEZ**, dentro de la acción de tutela que instauró contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

2.1. La tutela en lo relevante¹

Del escrito de tutela y la documental allegada se extrae que, la accionante tiene 85 años de edad y presenta un diagnóstico de «*DERMATITIS*

¹ C01Principal. 01AccionTutela.

ATÓPICA NO ESPECIFICADA, HERNIA INGUINAL UNILATERAL, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, INSUFICIENCIA URINARIA, POLIARTROSIS NO ESPECIFICADA, HIPERTENSIÓN ESENCIAL PRIMARIA Y LIMITACIÓN PARA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES», razón por la que el 25 de noviembre de 2022 el médico tratante ordenó *SERVICIO DE CUIDADOR DOMICILIARIO POR 12 HORAS DIARIAS POR TRES MESES*, sin embargo, dice la agente oficiosa que, no ha sido autorizado por la Nueva EPS con el argumento de no estar incluido en el Plan de Beneficios en Salud.

Adicionalmente, manifestó que no cuentan con los recursos económicos suficientes para sufragar de manera particular los costos de un cuidador domiciliario, por lo que pidió el amparo de los derechos fundamentales a la *salud, vida, dignidad humana* de su agenciada y, en consecuencia, se ordene a la **NUEVA E.P.S.**, «GARANTIZAR de manera inmediata y sin ninguna clase de dilación administrativa cuidados por CUIDADOR DOMICILIARIO para la señora ALICIA PÉREZ VDA. DE MÉNDEZ», además «suministrar OPORTUNAMENTE los medicamentos, insumos médicos y todos los elementos necesarios para su tratamiento y hasta una eventual recuperación, lo mismo para los GASTOS DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL, HOSPEDAJE, ALIMENTACIÓN Y TRANSPORTE URBANO, PARA ELLA Y UN ACOMPAÑANTE».

Aportó las siguientes pruebas²: **(i)** copia de la cédula de ciudadanía de la agente oficiosa y la agenciada; **(ii)** historia clínica del 25 de noviembre de 2022, expedida por MYTSALUD IPS S.A.S., atención domiciliaria por medicina general, que registra «*PACIENTE FEMENINA DE 85 AÑOS DE EDAD (...). ANTECEDENTES DE HIPERTENSIÓN ARTERIAL, ARTROSIS, HERNIA INGUINAL, INCONTINENCIA URINARIA, GASTRITIS CRÓNICA, QUIEN SE ENCUENTRA EN MANEJO MULTIDISCIPLINAR CON MEDICINA INTERNA, ORTOPEDIA, UROLOGÍA; REQUIERE DE CUIDADOR DOMICILIARIO DEBIDO A LIMITACIÓN PARA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DE LA VIDA COTIDIANA ADEMÁS DE TERAPIA*»; **(iii)** orden médica de 25 de noviembre 2022, que prescribe, entre otros, el «*servicio de cuidador por 12 horas*»; **(iv)** Certificado del índice de Barthel de la misma data, puntaje igual a 30, dependencia severa; **(v)** certificado del

² C01Princial. 01TutelaAnexos. F. 4 a 15.

índice de Karnofsky con puntaje de 50, que corresponde a: *«requiere gran atención, incluso de tipo médico. Encamado menos del 50% del día»; (vi)* Escala de BRADEN - Prevención de úlceras por presión *«clasificación del riesgo: alto riesgo: puntuación total < 12»*; y *(vii)* certificación de dependencia funcional de MYTSALUD IPS.

2.2. Sinopsis procesal

Presentada el 07 de diciembre de 2022 la acción constitucional, le correspondió al Juzgado Promiscuo Municipal de Arauquita (Arauca), quien a través de auto de la misma fecha declaró su falta de competencia y ordenó remitirla a los Juzgados del Circuito para su conocimiento.

Sometida a reparto, correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena (Arauca), autoridad judicial que mediante auto de 09 de diciembre de 2022³, la admitió, vinculó a la IPS MYT Salud y les corrió traslado para que ejercieran su derecho de defensa.

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

2.2.1. MYTSALUD IPS⁴

Informó que *«la paciente cuenta con autorizaciones de servicio de terapias físicas y ocupacionales domiciliarias y visita de médico domiciliario»;* y en cuanto al servicio de cuidador domiciliario *«se realiza solicitud de autorización con número de radicado: 5708345, a espera de generación de la misma (...) el cual a la fecha no está autorizado».*

Finalmente, alegó falta de legitimación en la causa por pasiva ya que corresponde a la Nueva EPS autorizar o no el servicio reclamado.

³ C01Principal. 03AutoAdmisorio.

⁴ C01Principal. 05RespuestaMYT IPS

2.2.1. Nueva E.P.S.⁵

Señaló que ciertamente la señora **ALICIA PÉREZ VDA MÉNDEZ** se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado.

Respecto al cuidador domiciliario, explicó que se trata de un servicio excluido del Plan de Beneficios en Salud, que debe ser suplido en primer orden por los familiares de la paciente en atención al principio de solidaridad, por lo que no está a cargo de la entidad promotora de salud, salvo 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»*; no obstante, en este caso *«no se evidencia el soporte de la incapacidad de toda la familia de brindar el cuidado a la paciente»*.

Ahora bien, frente al suministro de transporte, alimentación y hospedaje a la accionante, adujo que también se trata de servicios que están fuera del Plan de Beneficios de Salud y, por ello, no pueden ser ordenados por vía judicial, a menos que se cumplan con los presupuestos jurisprudenciales para su procedencia, a saber, *«i) que la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo»*.

Se opuso a la solicitud de tratamiento integral, *«no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados*

⁵ C01Principal. 06RespuestaNuevaEPS.

o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera es presumir la mala actuación de esta institución por adelantado. No puede presumir el fallador que en el momento en que la usuaria requiera servicios no les serán autorizados».

Por último, pidió declarar improcedente la acción por no acreditarse la vulneración de derechos, y en caso de otorgarse el amparo *ius* fundamental, se le faculte recobrar ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, los gastos en que deba incurrir para el cumplimiento del fallo y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de prestaciones.

2.3. La decisión recurrida⁶

Mediante providencia de 13 de enero de 2023, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena (Arauca), amparó los derechos fundamentales a la *salud, vida y dignidad humana* de ALICIA PÉREZ VDA MÉNDEZ y, en consecuencia, dispuso:

«(...) SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal de la accionada Nueva EPS que, dentro del término de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, AUTORICE y SUMINISTRE a la señora Alicia Pérez Vda. de Méndez, el servicio de cuidador domiciliario 12 horas diurnas por el lapso inicial de tres (3) meses, 90 días, hasta nueva orden médica, conforme lo dispuesto por los respectivos médicos tratantes.

TERCERO: ORDENAR a la Nueva EPS que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, GARANTICE LA CONTINUIDAD DE LA ATENCIÓN MÉDICA INTEGRAL, ININTERRUMPIDA, EFICAZ Y PRIORITARIA que requiere la señora Alicia Pérez Vda. de Méndez, frente a sus diagnósticos de “dermatitis atópica, no especificada, hernia inguinal unilateral o no especificada sin obstrucción ni gangrena, incontinencia urinaria, no especificada, insuficiencia venosa (crónica) (periférica), poliartrosis, no especificada e hipertensión esencial (primaria)⁴⁹, y de los que de ellas se deriven, sin importar que se trate no, de servicios PBS; incluyendo los servicios complementarios de transporte urbano e intermunicipal, alimentación y alojamiento para la paciente y su acompañante, conforme prescripción médica y en caso de requerirse la prestación de servicios de salud en lugar distinto al municipio de su domicilio, para el cumplimiento de la presente orden».

⁶ C01Principal. 07FalloPrimeraInstancia.

Para adoptar la anterior determinación, el Juzgado constató que:

«En consecuencia, surge evidente que la paciente se encuentra en unas condiciones severas de dependencia, razón por la cual el médico tratante ordenó el servicio de cuidador domiciliario permanente, 12 horas por un término inicial de 3 meses, conforme se puede observar en la orden emitida, en atención a los requerimientos de su tratamiento; además de ello, se deben destacar las demás disposiciones del plan de manejo médico, obrante en los anexos allegados junto con el escrito tutelar.

Adicionalmente, en el escrito de tutela se afirma que la accionante y su núcleo familiar están imposibilitados económicamente para asumir los costos del cuidador y como se observa en las referencias médicas, la paciente padece varios diagnósticos que derivan en la urgente necesidad de que se suministre el mencionado servicio.

Se destaca especialmente que la paciente pertenece al régimen subsidiado de salud, diagnosticada con múltiples padecimientos que evidencian su dependencia para realizar actividades propias de su existencia, contando con limitaciones, tal y como se indica en las observaciones médicas, y ante tales diagnósticos, se dispone el manejo de cuidador domiciliario. (...)

Además, de la jurisprudencia expuesta, este administrador de justicia considera que en virtud del principio de integralidad en la prestación del servicio de salud, resulta admisible y en algunos casos necesario, que el juez constitucional proteja a futuro los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social del accionante, ordenando el tratamiento integral que requiera para el restablecimiento de su salud, siempre y cuando no se impartan órdenes indeterminadas, sino que por el contrario, las mismas refieran a una patología o tratamiento explícito, tal y como se dispuso en el fallo censurado, en el que claramente se indica que el tratamiento integral debe prestarse frente a la patología ya referenciada. (...)

Finalmente, frente a los servicios NO PBS, se recuerda que con ocasión de las Resoluciones N° 205 y 206 de 17 de febrero 2020, en las que se estableció el presupuesto máximo para la financiación de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a la UPC y no excluidos de la financiación con recursos del SGSSS, de los afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado, se dispuso transferir a las EPS y EOC, previo a la prestación del servicio, el presupuesto máximo, rubro que debe ser usado para el cubrimiento de los mencionados servicios y tecnologías no financiados con cargo a la UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud. En consecuencia, la figura del recobro perdió vigencia, (...)

2.4. La impugnación.⁷

Inconforme con la decisión, la Nueva EPS la impugnó, oportunidad en la cual insistió en los argumentos planteados al descorrer el traslado de rigor.

⁷ C01Principal. 09ImpugnaciónTutelas.

Destacó la improcedencia de ordenar el servicio de cuidador domiciliario, dado que “antes de tratarse de una obligación o carga que deba asumir el Estado, se trata de atenciones que son exigibles, en primer lugar, los familiares de quienes las requieren”; y pidió revocar la orden de atención médica integral porque la misma se basa en supuestos fácticos que no han ocurrido y sin tener en cuenta que para proceder a autorizar cualquier servicio o insumo se requiere una orden médica que lo respalde, sumado a que esa orden implica prejuzgamiento y presumir la mala fe de la entidad sobre hechos futuros inciertos.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

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

3.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si es procedente ratificar la orden del *a quo* que amparó el derecho fundamental a la *salud, vida y dignidad humana* de la señora ALICIA PÉREZ VDA DE MÉNDEZ, o si, por el contrario, como lo sostiene Nueva E.P.S. se debe revocar la protección.

3.3. Examen de procedibilidad de la acción de tutela

3.3.1. Legitimación por activa

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

De otra parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, regula la legitimación para el ejercicio de la acción constitucional de tutela, así: **(i)** a

nombre propio; **(ii)** a través de representante legal; **(iii)** por medio de apoderado judicial; o **(iv)** mediante agente oficioso. El inciso final de esta norma, también establece que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden ejercerla directamente.

Cuando la acción de tutela es interpuesta por intermedio de agente oficioso, la jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes elementos normativos: **(i)** el agente oficioso debe manifestar que está actuando como tal; **(ii)** del escrito de tutela se debe poder inferir que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer la acción de tutela, ya sea por circunstancia físicas o mentales; **(iii)** la informalidad de la agencia, pues esta no implica que deba existir una relación formal entre el agente y los agenciados; **(iv)** la ratificación de lo actuado dentro del proceso⁸.

En el presente caso, no hay duda que está dada la *legitimación en la causa* por activa de la señora ARGEMIRA MÉNDEZ, quien manifestó actuar como agente oficioso de ALICIA PÉREZ VDA MÉNDEZ, debido a la edad avanzada y estado de dependencia funcional de la agenciada, lo que le impide interponer la acción de tutela de manera directa, circunstancias verificables con el reporte de la historia clínica.

3.3.2. Legitimación por pasiva

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

3.3.3. Trascendencia *Ius-fundamental*

⁸ Sentencias T-109 de 2011, T-531 de 2002, T-452 de 2001, T-342 de 1994, T-414 de 1999.

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

3.3.4. El principio de inmediatez

Refiere a la interposición de la solicitud de amparo dentro de un término razonable, posterior a la ocurrencia de los hechos, para garantizar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, aspecto igualmente acreditado, por cuanto la orden médica data del 25 de noviembre de 2022 y la solicitud de amparo se presentó el 07 de diciembre de 2022.

3.3.5. Presupuesto de subsidiariedad

En relación con la protección del derecho fundamental a la *salud*, el mecanismo jurisdiccional de protección que la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019, asignó a la Superintendencia Nacional de Salud no resulta idóneo ni eficaz en las circunstancias específicas de la accionante, dado que por su avanzada edad (85 años), y los padecimientos que presenta requiere con prioridad el servicio domiciliario reclamado.

3.4. Supuestos jurídicos

3.4.1. Del derecho fundamental a la salud y su goce efectivo en sujetos de especial protección constitucional. Adultos mayores.

Conforme se estableció en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, entre otros, la *salud* y el *bienestar*, misma garantía establecida en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, cuando se instituyó que el ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de *salud física y mental*.

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

Por ello, desde antaño la Corte Constitucional definió el derecho a la salud como *«la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser»*.⁹

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

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-597 del quince (15) de diciembre de 1993, criterio reiterado en los pronunciamientos T-454 del trece (13) de mayo de 2008, T-331 del veintitrés (23) de junio, entre otras.

Tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, discapacitados y **adultos mayores** (C.P. arts. 13, 46 y 47), la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que el último grupo de personas enunciado afronta debilidades para desarrollar ciertas funciones y actividades. Como consecuencia de ello, resultan inmersas en situaciones de exclusión en el ámbito económico, social y cultural, por lo que, es necesario adoptar medidas que permitan suprimir esas barreras para garantizar la igualdad material de esa población¹⁰.

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

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

3.4.2. De la atención médica domiciliaria y acompañamiento de pacientes

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado diferencias para la **(i)** atención médica domiciliaria, cuya modalidad es extramural para la prestación de servicios en salud hospitalaria para brindar la solución a padecimientos en el domicilio o residencia, prestada por profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud; **(ii)** servicio auxiliar de enfermería domiciliaria, es aquella que solo puede ser atendida por una persona con conocimientos calificados en salud; **(iii)** servicio de cuidador, constituye un apoyo en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas sin requerir instrucción especializada en temas médicos¹¹.

En cuanto al servicio de cuidador la Corte Constitucional tiene decantado que este se refiere a la persona que brinda un apoyo físico y emocional a una persona con **enfermedades graves**, congénitas, accidentales **o como consecuencia de su avanzada edad**, que **depende totalmente de un tercero** sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria en cabeza de las EPS¹²; por otro lado se ha establecido que se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, debido a la solidaridad que corresponde a los parientes del enfermo; no obstante, en caso de que exista imposibilidad material de su núcleo familiar, traducida en falta de capacidad física de los familiares o en la ausencia o incapacidad económica, será la EPS la que asuma la obligación de prestar tal servicio, siempre y cuando exista orden del médico tratante¹³.

En síntesis, se tiene que, como medida excepcional para la prestación del servicio de cuidador por parte de las EPS, se deberá cumplir con dos (2) condiciones, a saber: **(i)** *“exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (ii) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente*

¹¹ Corte Constitucional, T-015 de 2021.

¹² 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».

¹³ Corte Constitucional, sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, y T-414 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

*imposible*¹⁴; en cuanto a la «*imposibilidad material*», esta se cumple cuando “*el núcleo familiar del enfermo no cuente con capacidad física de prestar las atenciones necesarias, ya sea por falta de aptitud en razón de la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio*”¹⁵.

3.4.3. Del tratamiento integral.

El tratamiento integral tiene como objetivo garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante, el derecho a la *salud* no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada o parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos y procedimientos que, en forma *concurrente, armónica e integral*, propenden por la mejoría, hasta el mayor nivel posible, de las condiciones de sanidad del paciente¹⁶.

Por lo general, se ordena cuando **(i)** la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente¹⁷. Igualmente, se reconoce cuando **(ii)** el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas **(iii)** personas que «*exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas*».

Igualmente, se requiere que sea el médico tratante quien precise el diagnóstico y emita las órdenes de servicios que efectivamente sean

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-423 de 2019

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-201 de 2014.

¹⁷ Corte Constitucional sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011, posición reiteradas en la Sentencia T-092 de 2018.

necesarias para la recuperación del paciente, así como el que determine el momento hasta el que se precisan dichos servicios. Lo dicho teniendo en consideración que no resulta viable dictar órdenes indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas; pues, de hacerlo, implicaría presumir la mala fe de la EPS en relación con el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones con sus afiliados, en contradicción del artículo 83 Superior¹⁸.

3.5. Caso concreto

Como quedó expresado en acápites anteriores, la señora ALICIA PÉREZ VDA DE MÉNDEZ de 85 años de edad, a través de agente oficiosa, solicitó la protección de sus derechos fundamentales, ante la negativa de la Nueva EPS en autorizar el servicio de cuidador domiciliario por 12 horas diarias, prescrito el 25 de noviembre de 2022 por el médico tratante.

El juez de primera instancia concedió el amparo el pasado 13 de enero de 2023, decisión frente a la cual expresó inconformidad Nueva E.P.S., quien solicita sea *revocado* toda vez que, en su parecer, no se cumplen los presupuestos legales y jurisprudenciales para suministrar el servicio de cuidador domiciliario, sumado a que no ha sido negligente en la prestación del servicio de salud a la accionante.

Precisado lo anterior, contrario a lo afirmado por la EPS accionada en su impugnación, de las pruebas aportadas se extrae no solo que la condición de salud de la agenciada es de completa vulnerabilidad, sino también la necesidad prioritaria del servicio de cuidador domiciliario, debido a su avanzada edad y su dependencia funcional total, dado que, según historia clínica de 25 de noviembre de 2022, es una: *«paciente femenina de 85 años de edad, quien refiere antecedentes de hipertensión arterial, hernia inguinal, incontinencia urinaria, gastritis crónica, quien se encuentra en manejo multidisciplinar con medicina interna, ortopedia, urología; requiere de cuidador domiciliario debido a limitación para realización de actividades*

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-259 de 2019.

cotidianas además de terapias. Paciente que al examen físico presenta alteración significativa a la marcha, que le impide realización de actividades de la vida cotidiana por sí sola. Escala de Barthel 30 puntos dependencia severa, escala de Karnofsky 50 puntos, escala FAC12 puntos, riesgo alto de desarrollar úlceras por presión».

Ante ese panorama, se advierte que se cumplen los presupuestos jurisprudenciales para ordenar el servicio de cuidador domiciliario, pues por virtud de los hechos precedentemente señalados, se observa que **(i)** la falta de ese servicio afecta su derecho a la vida en condiciones dignas, dado que por diagnóstico, no puede valerse por sí mismo; **(ii)** exista certeza médica sobre su necesidad, pues así lo dispuso el galeno tratante en la valoración domiciliaria; **(iii)** la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar de la paciente, por ser materialmente imposible, dado que está conformado por una hija, quien es una persona de 61 años de edad, por lo que no cuenta con la capacidad física para cuidar a su madre; y **(iv)** carecen de los recursos económicos para sufragar tales servicios de manera particular, si en cuenta se tienen que, consultada la página web del Sisbén, pertenecen al grupo B2 que corresponde a la población en pobreza moderada, hechos que por demás no fueron desvirtuados por la NUEVA EPS¹⁹, pues se limitó a resaltar la obligación de los parientes frente al acompañamiento físico, psicológico y económico, lo que es en una mera afirmación de parte sin sustento probatorio alguno.

Al respecto, es menester recordar que las personas de la tercera edad, como la aquí reclamante, son considerados sujetos de especial protección constitucional, que requieren la atención en salud de manera prioritaria y efectiva en aras de salvaguardar su integridad física y mental, pues de no garantizarse puede llegar a comprometer no solo sus condiciones de sanidad

¹⁹ Corte Constitucional, SentenciaT-171 de 2016M.P LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, «Cuando el accionante alegue carencia de recursos económicos para acceder al insumo o servicio médico requerido, le corresponde a la EPS desvirtuar esa afirmación. Ello es así por las siguientes razones: (i) se trata de una negación indefinida que invierte la carga de la prueba y (ii) se presume la buena fe del solicitante. El juez de tutela debe ejercer activamente sus amplias facultades en materia probatoria, para que éste cuente con los elementos suficientes que le permitan tomar una decisión. Sobre todo, en aquellos casos en que no pueda tener certeza sobre el cumplimiento de este requisito a partir del material probatorio obrante en el expediente».

sino también su existencia misma; todo lo cual, resulta suficiente para justificar el servicio de cuidador domiciliario 12 horas diarias, tal como su médico tratante lo consideró procedente.

A igual conclusión se llega respecto a la *atención integral en salud*, dado a que esta Corporación encuentra que la accionante reúne todos los requisitos definidos por la jurisprudencia constitucional para que se le garanticen los servicios de *salud* como lo dispuso el juez de primer grado, a efectos que pueda sobrellevar sus patologías en condiciones *dignas*, dado que la NUEVA EPS se negó a autorizar el servicio de cuidador e impugnó el fallo de tutela, insistiendo en que no se reunían los requisitos para conceder ese servicio; no obstante, que la historia clínica y demás certificados aportados reflejan todo lo contrario, esto es, que la señora Pérez Vda de Méndez por su diagnóstico y avanzada edad, se encuentra en un estado de dependencia funcional total, su red de apoyo familiar es limitada, dado que su hija quien es su acudiente también es de la tercera edad, pertenecientes al grupo poblacional que se encuentra en pobreza moderada, según escala de Sisbén, por lo que no es admisible que la Nueva EPS insista en negar la prestación del servicio de cuidador, cuando están más que acreditados todos los presupuestos para su procedencia, actitud reticente que permite inferir una conducta negligente de su parte, y con ello la garantía de la integralidad.

Sin necesidad de más consideraciones, este Tribunal confirmará la sentencia recurrida.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada, por las razones expresadas en precedencia.

Tutela 2° instancia
Radicado No. 81-736-31-04-001-2022-00604-01
Radicado interno: 2023-00040
Accionante: ALICIA PÉREZ VDA DE MÉNDEZ
Accionado: NUEVA EPS.

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

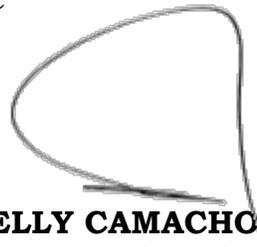
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada