

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° 051 – SEGUNDA INSTANCIA N° 040
ACCIONANTE	PEDRO LIBARDO CRUZ
AGENTE OFICIOSO	MARÍA ROSMERY CRUZ
ACCIONADOS	NUEVA E.P.S., UAESA y ADRES
RADICADO	81-736-31-04-001-2023-00103-01
RADICADO INTERNO	2023-00101

Aprobado por Acta de Sala **No. 196**

Arauca (Arauca), trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la *impugnación* interpuesta por la **NUEVA EPS**, contra el fallo proferido el 6 de marzo de 2023 por el Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), que decidió *tutelar los derechos fundamentales invocados* por la señora María Rosmery Cruz, quien actúa como agente oficiosa de su padre **PEDRO LIBARDO CRUZ**, dentro de la presente acción de tutela.

II. ANTECEDENTES

2.1. Del escrito de tutela

Expuso la agente oficiosa que su padre actualmente tiene 83 años de edad, con un diagnóstico de «*ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA, NO ESPECIFICADA. HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA). ARRITMIA CARDIACA, NO ESPECIFICADA. OTRAS CONVULSIONES Y LAS NO ESPECIFICADAS. ENFERMEDAD DE CHAGAS (CRÓNICA) QUE AFECTA EL CORAZÓN . OTRAS DEMENCIAS VASCULARES. INCONTINENCIA URINARIA. INCONTINENCIA FECAL*» y dependencia funcional severa, según certificado de Índice de Barthel, por lo que el médico tratante

en valoración domiciliaria ordenó: «*ATENCIÓN DOMICILIARIA POR FISIOTERAPIA. 890113 ATENCIÓN VISITA DOMICILIARIA POR TERAPIA - OCUPACIONAL. AD0199 SERVICIO CUIDADOR 12 HORAS. - E985111 PAQUETE DE ATENCIÓN DOMICILIARIO PACIENTE - CRÓNICO TERAPIAS. MEDICAMENTOS NISTATINA OXIDO DE ZINC 1° MU/20G/100 - EQ.100000 MG/G (CREMA *60G). SLIP TALLA M 360 UND DURANTE 90 DÍAS PAÑAL TENA - MIPRES 18/01/2023. OXIGENO DOMICILIARIO 24 HORAS DIARIAS LTS X MIN CANT - 86400 LITROS POR MES X 3 MESES.*».

Adujo que «*por las grandes barreras de la Nueva EPS*» para suministrar los citados insumos, interpuso esta acción de tutela, con el fin de procurar la protección de los derechos fundamentales a la salud y vida de su progenitor y, en consecuencia, se ordene a la Nueva EPS autorizar y proporcionar lo prescrito por el médico y garantizar una atención integral. En igual sentido elevó medida provisional.

Aportó como pruebas¹: **i)** historia clínica de 18 de enero de 2023 expedida por IPS Mecas Salud Domiciliaria y de 8 de febrero de 2023 del Hospital del Sarare, que confirman el diagnóstico informado en el escrito tutelar; **ii)** orden médica de 25 de noviembre de 2022 para los pañales desechables y el oxígeno domiciliario; **iii)** orden médica de 18 de enero de 2023 para «*ATENCIÓN DOMICILIARIA POR FISIOTERAPIA. ATENCIÓN DOMICILIARIA POR TERAPIA OCUPACIONAL. SERVICIO DE CUIDADOR 12 HORAS. PAQUETE DE ATENCIÓN DOMICILIARIA PACIENTE CRÓNICO CON TERAPIAS*»; y **vi)** copia de las cédulas de ciudadanía de la agente y agenciado.

2.2. Sinopsis procesal

La acción constitucional fue asignada el 16 de febrero de 2023 por reparto al Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), autoridad que mediante auto del mismo día² la admitió contra la Nueva EPS, la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca (UAESA), la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) vinculó a la IPS Mecas Salud Domiciliaria S.A.S. y al Hospital del Sarare, corrió traslado de la demanda para el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa y negó la medida provisional por no avizorar que sea una solicitud para paciente en instancia hospitalaria con urgencia de

¹ PrimeraInstancia. 03TutelaAnexos. F. 12 a 20.

² PrimeraInstancia. 05AutoAdmite.

procedimientos.

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

2.2.1. ADRES³

Alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, porque de conformidad con los artículos 178 y 179 de la Ley 100 de 1993, es función de la EPS accionada la prestación de los servicios de salud que requiere el accionante.

En cuanto a la facultad de recobro por los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), constituye una solicitud improcedente porque las Resoluciones 205 y 206 de 2020, proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, fijaron los presupuestos máximos para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, teniendo en cuenta que los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios, lo que a su criterio pone fin a esta potestad.

2.2.2. Hospital del Sarare⁴

Indicó que ha brindado integralmente la atención en salud al señor Pedro Libardo Cruz, en lo concerniente a su diagnóstico «*ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA, NO ESPECIFICADA - HIPERTENSION ESENCIAL (PRIMARIA) - ARRITMIA CARDIACA, NO ESPECIFICADA - OTRAS CONVULSIONES Y LAS NO ESPECIFICADAS - ENFERMEDAD DE CHAGAS (CRÓNICA) QUE AFECTA AL CORAZON (141.2*,198.1*) - OTRAS DEMENCIAS VASCULARES*», durante su ingreso en el presente año al Hospital por consulta externa en medicina interna, allí se le valoró y se ordenó un plan de manejo para contrarrestar las patologías antes mencionadas, el cual deberá ser autorizado por la Nueva EPS. Aportó copia de la historia clínica de 8 de febrero de 2023.

2.2.3. NUEVA EPS⁵

Señaló que el accionante ciertamente se encuentra afiliado al Sistema

³ PrimeraInstancia. 07RespuestaAdres.

⁴ PrimeraInstancia. 08RespuestaHospitalSarare.

⁵ PrimeraInstancia. 09RespuestaNuevaEps.

General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado desde el 26 de julio de 2018.

En cuanto a la *atención domiciliaria por fisioterapia, atención domiciliaria por terapia ocupacional y paquete de atención domiciliaria paciente crónico con terapias*, procedido a requerir a la IPS asignada para que allegue los soportes de agendamiento y/o prestación efectiva del servicio; el *paquete mensual suministro de oxígeno* cuenta con radicado número 249781493 del 20 de febrero 2023 en espera de gestión; los *pañales* para adulto talla M, cuenta con autorización número 246171222 del 19 de enero de 2023 para Medytect Salud IPS; respecto a la *Nistatina + Oxido De Zinc 10MIU/20G/100G EQ.100000IU/200MG/G (CREMA *60G)* no se observa orden médica; los *pañitos húmedos* se encuentran excluidos del Plan de Beneficios en Salud; y el *servicio de cuidador domiciliario* afirmó que «no se observa orden emitida por el galeno tratante radicadas a través del aplicativo MIPRES en la cual solicite la prestación de los servicios que la parte accionante reclama. Estos servicios NO ESTAN INCLUIDOS EN EL PLAN BASICO DE SALUD y requieren orden médica radicada vía MIPRES de acuerdo a la normatividad vigente»

Agregó que el servicio de cuidador es una tarea que debe asumir directamente el familiar del paciente en virtud del principio de solidaridad, por tratarse de un servicio excluido del PBS, y solo excepcionalmente es viable su autorización cuando: «(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».

Frente a la petición de *tratamiento integral*, anotó que la entidad ha venido cumpliendo con sus obligaciones para con el paciente y no se acreditó que haya una situación reiterativa de fallas al respecto, por lo cual no podría suponerse la mala fe de la EPS ni prejuzgar al respecto.

Así, pidió declarar la improcedencia de la acción por no acreditarse la vulneración de derechos y, en caso de otorgarse, que se le faculte para 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 del 6 de marzo de 2023 el Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca) decidió tutelar los derechos fundamentales a la *vida y salud* del señor Pedro Libardo Cruz. En consecuencia, dispuso:

«SEGUNDO: ORDENAR a la empresa NUEVA EPS, a través de su representante o quien haga sus veces o lo reemplace, para que si no lo ha hecho, proceda dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión disponga, garantice, autorice y suministre el servicio de “CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS”, en atención a sus diagnóstico de “ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA NO ESPECIFICADA, HIPERTENSIÓN ESENCIAL PRIMARIA, ARRITMIA CARDIACA NO ESPECIFICADA, OTRAS CONVULSIONES Y LAS NO ESPECIFICADAS, ENFERMEDAD DE CHAGAS CRÓNICA QUE AFECTA AL CORAZÓN, OTRAS DEMENCIAS VASCULARES”, padecido por el señor PEDRO LIBARDO CRUZ, ordenados por el médico tratante los cuales se deberán garantizar de manera oportuna, eficiente e ininterrumpida. (Sic)

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA EPS, que en adelante preste toda la atención médica, eficaz y prioritaria al señor PEDRO LIBARDO CRUZ, para el tratamiento de la patología de “ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA NO ESPECIFICADA, HIPERTENSIÓN ESENCIAL PRIMARIA, ARRITMIA CARDIACA NO ESPECIFICADA, OTRAS CONVULSIONES Y LAS NO ESPECIFICADAS, ENFERMEDAD DE CHAGAS CRÓNICA QUE AFECTA AL CORAZÓN, OTRAS DEMENCIAS VASCULARES”, por él sufrida y que es motivo de la presente acción constitucional, teniendo en cuenta el presupuesto máximo transferido por la Administradora de los Recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud –ADRES, en consideración a lo regulado en las Resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, que empezaron a regir desde el primero de marzo de 2020. (Sic)

CUARTO: NEGAR el amparo respecto a los servicios de “PAQUETE DE ATENCION DOMICILIARIO A PACIENTE CRONICO CON TERAPIAS (MENSUAL), ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA POR TERAPIA OCUPACIONAL + ATENCION [VISITA] DOMICILIARIA POR FISIOTERAPIA, PAQUETE MENSUAL SUMINISTRO DE OXIGENO, PAÑAL ADULTO TALLA M Á MAXIMA ABSORCION”, y en consecuencia declarar la CARENCA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO, conforme a lo expuesto en la parte motiva». (Sic)

Para adoptar las anteriores determinaciones, el *a quo* estimó que con la respuesta dada por la EPS accionada se había configurado la carencia actual de objeto por hecho superado al garantizar los siguientes insumos: paquete de atención domiciliario a paciente crónico con terapias (mensual), atención [visita] domiciliaria por terapia ocupacional, atención [visita] domiciliaria por fisioterapia, paquete mensual suministro de oxígeno y pañales para adulto talla m; no así respecto del servicio de cuidador domiciliario, toda vez que fue prescrito por el médico de la IPS Mecas Salud

⁶ Primera Instancia. 10 Sentencia.

Domiciliaria el 18 de enero de 2023, y en atención a la avanzada edad y diagnóstico del paciente, quien tiene dependencia funcional severa y por tanto requiere de la ayuda de un tercero para sus actividades básicas, concluyó que era viable proveerlo por esta vía.

2.4. La impugnación⁷

Inconforme con la decisión, NUEVA EPS la *impugnó*, oportunidad en la que reiteró los argumentos planteados al descorrer el traslado inicial de la demanda respecto del servicio de cuidador domiciliario.

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 los derechos fundamentales a la *vida y salud* del accionante o si, por el contrario, como lo sostiene NUEVA EPS 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

⁷ PrimeraInstancia. 12ImpugnaciónNuevaEps.

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.

En el presente caso, no hay duda que está dada la *legitimación en la causa* por activa de la señora María Rosmery Cruz, quien actúa como agente oficioso de su padre **PEDRO LIBARDO CRUZ**, debido a que padece *enfermedad pulmonar obstructiva crónica, no especificada, hipertensión esencial (primaria), arritmia cardiaca, no especificada, otras convulsiones y las no especificadas. enfermedad de Chagas (crónica) que afecta el corazón . otras demencias vasculares y dependencia funcional para múltiples actividades cotidianas*, lo que evidentemente le impide interponer la acción de tutela de manera directa, circunstancias verificadas con su historia clínica, pudiendo inferirse que el accionante no se encuentra en condiciones de propiciar de manera autónoma y directa la protección de sus *derechos fundamentales*.

3.3.2. Legitimación por pasiva

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

3.3.3 Trascendencia Ius-fundamental

Tiene adocinado el máximo tribunal de justicia constitucional, que este requisito se supera cuando la parte accionante demuestra que en el caso objeto de estudio se involucra algún debate jurídico que gire en torno del contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental; aspecto que se cumple en el asunto sometido a consideración, toda vez que el reclamante funda su amparo ante la necesidad de recibir, entre otros, el servicio de cuidador domiciliario para garantizar sus derechos fundamentales a la vida y salud, lo que en principio admite su estudio de

fondo.

3.3.4. El principio de inmediatez

Refiere a la interposición de la solicitud de amparo dentro de un término razonable, posterior a la ocurrencia de los hechos, para garantizar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, aspecto igualmente acreditado, por cuanto la primera fórmula médica data del 18 de enero de 2023 y la solicitud de amparo se presentó en el 15 de febrero de 2023.

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 del accionante, por ser un sujeto de especial protección constitucional que está requiriendo de un servicio que ayuda a procurar unas condiciones de vida digna. Con el ánimo de evitar que su salud se agrave, la Sala encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad.

3.4. Supuestos jurídicos

3.4.1. La protección reforzada a la salud en sujetos de especial protección constitucional. Personas con discapacidad física⁸

Tratándose de personas en estado de debilidad manifiesta, 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 la protección que debe brindarse a las personas en condición de discapacidad debe ser integral, puesto que al tratarse de un grupo poblacional tradicionalmente

⁸ «Artículo 11. Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención».

discriminado y marginado, concierne a todas las ramas del poder público, garantizar la plena igualdad de estas personas en la sociedad en cuanto al acceso a la educación, trabajo, salud, pensiones, libertades y demás que, en definitiva, les permita gozar de una vida digna, pues es un deber que no solo se encuentra contenido en la Constitución, también se encuentra consignado en diferentes instrumentos internacionales y normas jurídicas.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley 1618 de 2013, estableció que toda persona con discapacidad tiene derecho a la salud por lo que radicó en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces «Asegurar que el Sistema General de Salud en sus planes obligatorios, Plan Decenal de Salud, Planes Territoriales en Salud, y en el Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas, **garantice la calidad y prestación oportuna de todos los servicios de salud, así como el suministro de todos los servicios y ayudas técnicas de alta y baja complejidad**, necesarias para la habilitación y rehabilitación integral en salud de las personas con discapacidad con un enfoque diferencial, y desarrollo de sus actividades básicas cotidianas».(negrilla resaltadas por la Sala).

Bajo ese panorama, respecto de los sujetos con disminución física, el derecho a la salud exige una protección especial y reforzada en atención a la situación de indefensión en la que se encuentran; y por tal razón, la naturaleza *ius fundamental* de este derecho, expresa y prevalente, requiere un nivel de garantía superior por parte de las EPS, debido al estado y afectación a la dignidad humana y salud en que se encuentra, por lo que es la entidad promotora quien tiene una carga mayor cuando se trata de remover obstáculos administrativos para asegurar la prestación del servicio y ayudas tecnológicas en términos de prontitud, eficacia y eficiencia.

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 vulnerabilidad -como la falta de capacidad económica, graves padecimientos en 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. 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. «*Las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos*»⁹. En otras palabras, 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 paciente¹⁰.

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 paciente¹¹. 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*».

Ahora bien, se requiere que sea el médico tratante quien precise el diagnóstico y emita las órdenes de servicios que efectivamente sean necesarias para la recuperación del paciente, así como el que determine el momento hasta el que se precisan dichos servicios. Lo dicho teniendo en consideración que no resulta viable dictar órdenes indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas; pues, de hacerlo, implicaría

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-124 de 2016.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-201 de 2014.

¹¹ Corte Constitucional sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011, posición reiteradas en la Sentencia T-092 de 2018.

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 Superior¹².

3.4.3. De la atención médica domiciliaria y acompañamiento de pacientes

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado diferencias para la **(i)** atención médica domiciliaria, cuya modalidad es extramural para la prestación de servicios en salud hospitalaria para brindar la solución a padecimientos en el domicilio o residencia, prestada por profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud; **(ii)** servicio auxiliar de enfermería domiciliaria, es aquella que solo puede ser atendida por una persona con conocimientos calificados en salud; **(iii)** servicio de cuidador, constituye un apoyo en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas sin requerir instrucción especializada en temas médicos¹³.

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 EPS¹⁴; 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 tratante¹⁵.

En síntesis, se tiene que, como medida excepcional para la prestación

¹² Corte Constitucional, sentencia T-259 de 2019.

¹³ Corte Constitucional, T-015 de 2021.

¹⁴ 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».

¹⁵ 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.

del servicio de cuidador por parte de las EPS, se deberá cumplir con dos (2) condiciones, a saber: **(i)** «exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y **(ii)** la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible»¹⁶; 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»¹⁷.

3.5. Caso concreto

Como quedó expresado en acápites anteriores, el accionante tiene 83 años, está afiliado a NUEVA EPS en el régimen subsidiado y tiene un diagnóstico de «ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA, NO ESPECIFICADA. HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA). ARRITMIA CARDIACA, NO ESPECIFICADA. OTRAS CONVULSIONES Y LAS NO ESPECIFICADAS. ENFERMEDAD DE CHAGAS (CRÓNICA) QUE AFECTA EL CORAZÓN . OTRAS DEMENCIAS VASCULARES. INCONTINENCIA URINARIA. INCONTINENCIA FECAL», y «dependencia funcional severa, 25 puntos en la Escala De Barthel, con trastornos de movilidad y deterioro cognitivo que lo llevaron a necesitar la ayuda de un tercero para la realización de las siguientes tareas: alimentación, vestirse, aseo personal, traslado de silla a cama, deposiciones control anal, actividades de baño (...)». según valoración médica domiciliaria de 18 de enero de 2023.

Por ello, el 18 de enero de 2023 su médico tratante le ordenó, entre otros y para lo que interesa a esta instancia, el servicio de *cuidador domiciliario*¹⁸ por 12 horas diarias, pero ante la negativa de la accionada en suministrarlo se interpuso la presente acción.

El juez de primera instancia concedió el amparo el pasado 6 de marzo de 2023, decisión frente a la cual expresó inconformidad NUEVA EPS, quien

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-423 de 2019

¹⁷ Ibid.

¹⁸ PrimeraInstancia. 03TutelaAnexos. F. 16 obra orden médica de 18 de enero de 2023.

solicita sea *revocada*, al insistir en que dicho servicio se encuentra excluidos del Plan de Beneficios en Salud y, para el caso, tampoco se cumplen los requisitos jurisprudenciales para su concesión.

En ese contexto, encuentra la Sala que no reposa en el plenario prueba de que la Nueva EPS haya cumplido la aludida orden del médico tratante, afirmando en sus comunicaciones que la negativa era por no estar cubiertos en el PBS con cargo a los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y tratarse de una responsabilidad principalmente del núcleo familiar.

Así las cosas, advierte la Sala desde ya que le asiste razón al fallador de primer grado en las motivaciones de su decisión sobre el punto en comento, pues la accionada desconoció que estaban cumplidos los requisitos que echaba de menos, dado que desde el comienzo existía concepto y prescripción del galeno adscrito a su red de servicios, quien además realizó el *test de Barthel*, cuyos resultados respaldan la necesidad de un cuidador diurno para el paciente en virtud de su *dependencia severa* para realizar múltiples actividades cotidianas y personales.

Máxime que, además, se cumplen los presupuestos jurisprudenciales para ordenar el servicio de cuidador domiciliario, pues se observa que **(i)** la falta de ello afecta su derecho a la vida en condiciones dignas, dado que por su grave diagnóstico no puede valerse por sí mismo; **(ii)** no pueden reemplazarse por algún otro incluido expresamente en el PBS; **(iii)** las especificidades de su suministro hacen que tenga un alto costo, el cual no puede ser asumido por su núcleo familiar, pues se encuentra afiliado al régimen subsidiado, con lo que se infiere la ausencia de recursos económicos para asumir los gastos del servicio, hecho que por demás no fue desvirtuado por NUEVA EPS, que se limitó a resaltar la obligación de los parientes frente al acompañamiento físico, psicológico y económico, lo que se instituye en una mera afirmación de parte sin sustento probatorio alguno; y, **(iv)** fueron ordenados por el médico tratante adscrito a la IPS Mecas Salud.

Al respecto, es menester recordar que las personas discapacitadas, como el aquí el reclamante, son considerados sujetos de especial protección constitucional, que requieren la atención en salud de manera prioritaria y

efectiva en aras de salvaguardar su integridad física y mental, pues de no garantizarse puede llegar a comprometer no solo sus condiciones de sanidad sino también su existencia misma; todo lo cual, resulta suficiente para justificar el servicio de cuidador, tal como su médico tratante lo recomendó.

A igual conclusión se llega respecto de la *atención integral*, toda vez que también se reúnen todos los requisitos definidos por la jurisprudencia constitucional para que se le garantice al agenciado la continuidad del tratamiento con ocasión a su diagnóstico, ante la negativa de la Nueva EPS en suministrar el servicio de cuidador prescrito por el galeno tratante, en aras de optimizar su calidad de vida, omisión cierta que evidencia la negligencia de la EPS accionada, pues, se itera, pese a conocer las órdenes médicas se negó a autorizarlas, lo que además constituye una amenaza a los derechos fundamentales a la salud y vida del tutelante, quien es un sujeto de especial protección constitucional por su evidente estado de discapacidad.

Finalmente, respecto a los costos que debe asumir la EPS, teniendo en cuenta la Resolución 205 de 2020 y el artículo 240 del Plan Nacional de Desarrollo, que establece: *«los servicios tecnológicos en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS, quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguro Social en Salud (ADRES)»*, significa que a la Nueva EPS ya le asignaron unos recursos no PBS, y en caso de sobrepasar el presupuesto máximo girado cuentan con un procedimiento especial sujeto a un trámite administrativo, sin que sea necesario que medie orden del juez de tutela, pues este opera por ministerio de la ley, sin que quede impedida la entidad para solicitarlo, en caso de que nada se diga en la tutela.

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

IV. DECISIÓN

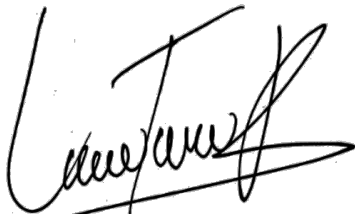
Por lo expuesto, la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

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

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

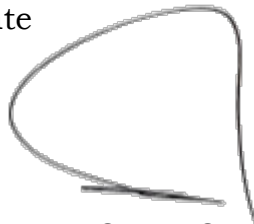
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada