

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

**ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada ponente**

Aprobado mediante Acta de Sala No. 0078

Proceso	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
Radicación	81736318400120220070801
Agente oficiosa	YUDY YARITZA MALDONADO CASTRO
Agenciada	YADITH MALDONADO CASTRO
Accionado	NUEVA E.P.S.
Derechos invocados	Salud y vida digna.
Asunto:	Sentencia

Sent.0018

Arauca (A), diez (10) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decidir la impugnación presentada por NUEVA E.P.S., contra la sentencia de tutela proferida el 06 de diciembre de 2022 por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA CIRCUITO DE SARAVERENA (A).

2. ANTECEDENTES

2.1. Del escrito de tutela¹. La agente oficiosa YUDY YARITZA MALDONADO CASTRO² presenta acción de tutela para que la NUEVA E.P.S. suministre “servicio de cuidador domiciliario 12 horas” ordenado por el médico tratante a la señora YADITH MALDONADO CASTRO³ diagnosticada con “esquizofrenia, hipotiroidismo primario en suplencia con TSH elevada, cuadriplejía”.

Refiere que tales enfermedades originadas en su niñez no solo le impidieron caminar antes de los 10 años de edad, sino también su crecimiento y lenguaje acordes a su edad; padecimientos que ha sobrellevado con supervisión médica durante los 36 años de existencia

¹ Presentado el 30 de noviembre de 2022.

² Hermana de la agenciada

³ 36 años de edad

y debido al deterioro neuromuscular, incontinencia de esfínteres con uso de pañal permanente, bajo peso y dependencia total, el médico tratante le ordenó la atención domiciliaria que la Nueva EPS se niega a suministrar porque tal servicio no hace parte del Plan Obligatorio de Salud; acompañamiento que resulta necesario ya que su hermana sufre dos (2) crisis nerviosas en el mes, requiere asistencia para bañarse y alimentarse; la cuadriparesia espástica que padece le imposibilita estar sentada, caminar o valerse por sí misma. Su lenguaje es deficiente.

Agrega que la agenciada depende totalmente del cuidado que ella le prodiga, pero sus precarias condiciones económicas le impiden atender de manera particular los gastos que genera, ya que se dificulta tener un trabajo estable por la atención permanente que demanda su hermana.

Adjunta:

- Historia clínica del 25 de mayo de 2022. IPS MYT SALUD .-
Análisis: “Paciente con retardo mental y del desarrollo psicomotor totalmente dependiente del cuidador, dependiente en aseo personal, traslados y alimentación del paciente que amerita iniciar proceso de terapia física y ocupacional domiciliarios para lograr posicionar a la paciente en silla de ruedas ya que el momento la posición que tolera y acepta en el piso de cúbito ventral no tolera no acepta otra posición. **Plan de tratamiento:** Terapia física n48 domiciliarias 3 veces por semana por 4 meses, terapia ocupacional n48 domiciliarias 3 veces por semana por 4 meses, cita control en 3 meses”.
- Historia Clínica de la Unidad Integral de Salud de la Orinoquía del 30 de abril de 2022. Enfermedad actual: “ Paciente de 36 años de edad, valorada en domicilio, vive con la hermana, antecedente de esquizofrenia en tratamiento por psiquiatría, hipotiroidismo en tratamiento farmacológico, cuadriparesia espástica con importante deterioro en los últimos 10 años, no logra posición sentada, no marcha, trastornos en el lenguaje, dependencia completa en todas actividades de autocuidado” (...).
Análisis: “paciente de 36 años con esquizofrenia en seguimiento por psiquiatría(sic) hipotiroidismo en suplencia con TSH elevada, gran deterioro del comportamiento y neuromuscular, incontinencia de esfínteres con uso de pañal permanente, bajo peso; escala de Barthel 0 puntos para dependencia total, familiar cuidadora (Hermana: Yudy Maldonado) cabeza de familia, por lo cual **amerita Cuidador Domiciliario por 12 horas al día**”.
Diagnósticos: HIPOTIROIDISMO, ESQUIZOFRENIA Y CUADRIPLÉJIA.
Plan: **Cuidador domiciliario por 12 horas al día.**
- Tabla de valoración de Barthel del 30 de abril de 2022 expedida por la Unidad Integral de Salud de la Orinoquía I.P.S. Puntuación: Cero (0).
- Historia Clínica de Barthel del 15 de marzo de 2022 expedida por FAMEDIC SERVICIOS MEDICOS. Observaciones y conclusiones : USUARIO **DEPENDENCIA TOTAL.**

2.2. Trámite procesal.

Admitido el escrito tutelar⁴, el *a quo* corre traslado a la accionada y concede dos (2) días para rendir informe en los términos del artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

2.3. Respuestas.

NUEVA E.P.S⁵. Constata en sus bases de datos la afiliación activa en el régimen subsidiado de la señora YADITH MALDONADO CASTRO a quien brinda los servicios de salud en la IPS SUBSIDIADO HOSPITAL SAN ANTONIO DE TAME desde el 30 de diciembre de 2015, respecto de quien no ha desplegado un comportamiento activo u omisivo que vulnere sus derechos, toda vez que Nueva EPS ha suministrado los servicios requeridos dentro de su competencia y conforme a las prescripciones médicas.

Aduce que las fórmulas presentadas como anexos están prescritas por cuanto datan del 30 de abril y 25 de mayo de 2022 y de acuerdo con el artículo 10 de la resolución 4331 de 2012, las prescripciones médicas no podrán “ser menores de dos meses” contados a partir de su emisión; por lo que “ *no pueden tenerse en cuenta al momento de emitir un fallo de tutela, más aún cuando la misma usuaria alega que la enfermedad ha ido cambiando a través del tiempo*”; particularidad que desdibuja el requisito de la inmediatez; razón por la cual recomienda a la usuaria someterse a nueva valoración médica “ *en la cual el galeno tratante, con base en sus conocimientos técnicos y científicos define el plan de tratamiento que debe seguir el afiliado*” ya que por mandato legal el usuario del sistema de salud debe, “*seguir las indicaciones que le realice su EPS para la satisfacción de su asistencia en salud y procurar el autocuidado*”.

No obstante lo anterior, reconoce que frente al suministro del cuidador domiciliario, se atiene a los criterios de la Sentencia T-065 de 2018 procede tal asistencia por parte de la empresa promotora cuando : i) *es evidente y clara la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y ii) el principal obligado-la familia del paciente- está imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga a la sociedad y al Estado, quien deberá asumir solidariamente la obligación de cuidado que recae principalmente en la familia.*

Recuerda que la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud que debe ser asumido por las EPS siempre: (i) que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías

⁴ Auto de 30 de noviembre de 2022.

⁵ Diciembre 2 de 2022

que padece el paciente; y (ii) que de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar, en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, Nueva EPS, en virtud de la jurisprudencia, no tiene la obligación de asumir dichos gastos, ya que el juez de tutela no puede arrogarse las facultades de determinar la designación de servicios especializados en aspectos que le resultan por completo ajenos a su calidad de autoridad judicial, que por la materia, están sujetos a la *lex artis*.

También reprueba que deba proveer servicios complementarios que el Plan Obligatorio de Salud no contempla, como tampoco un tratamiento integral sustentado en la mala fé respecto del actuar censurable a futuro de la entidad demandada.

2.4. Decisión de Primera Instancia⁶.

El JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SARAVERENA (Arauca) concedió el amparo y ordenó:

SEGUNDO.- ORDENAR a NUEVA EPS, a través de su Representante Legal o quien haga sus veces, para que dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) HORAS siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, AUTORICE Y/O SUMINISTRE a la señora YADITH MALDONADO CASTRO el servicio de –CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS AL DÍA, -con ocasión de las patologías que padece tal y como lo ordena el médico tratante, advirtiendo que se debe hacer el acompañamiento al/la paciente para que efectivamente se le presten los servicios de salud ordenados y requeridos de acuerdo a las ordenes médicas que obran en el plenario y de las que tenga conocimiento NUEVA EPS con ocasión al diagnóstico que dio origen a la presente acción constitucional, respetando en todo momento el PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD.

TERCERO. - ADVERTIR a NUEVA EPS que los gastos que se deriven de la atención integral que se ordenó, deberán ser cubiertos íntegramente por esa entidad teniendo en cuenta el presupuesto máximo trasferido por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, en consideración a lo regulado en las resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, que empezaron a regir desde el 01 de marzo de 2020.

El a-quo justificó el amparo no solo respecto del derecho a la salud sino de la dignidad misma de la paciente quien debido a su estado de postración requiere del cuidado total por parte de un tercero, mismo que su familia no está en condiciones de suministrarlo por su precaria situación económica, afirmación que la nueva EPS no desvirtuó;

⁶ Sentencia del 15 de diciembre de 2022.

presunción que se materializa por el hecho de la afiliación de la usuaria al régimen subsidiado.

Textualmente dijo : “ se accederá a la petición de amparo de los derechos fundamentales que se alegan vulnerados por Nueva EPS impartiendo la orden a dicha entidad accionada, para que expida autorización para el SERVICIO CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS para la señora YADITH MALDONADO CASTRO, dadas las necesidades que ha demostrado el accionante que requiere y dado el concepto especializado y autorizado del médico tratante, que lo ha ordenado quedando demostrado que la EPS no le ha prestado los servicios requeridos tal y como informa su hermana Yudy Yaritza Maldonado Castro tras llamada telefónica por parte del Escribiente del despacho al abonado 314-4551761 a las 03:47 pm manifestando que no le han suministrado el servicio de cuidador domiciliario por 12 horas el cual lo requiere por su padecimiento y su estado de salud”.

También concedió tratamiento integral que garantice la continuidad del plan de tratamiento y negó la facultad de recobro con fundamento en las Resoluciones 205 y 206 de 2020.

2.5. La impugnación⁷.

La NUEVA E.P.S solicita revocar la sentencia de primera instancia, fundamentada en los mismos argumentos presentados en la contestación, por cuanto el cuidador domiciliario tiene como finalidad satisfacer actividades básicas fisiológicas e instrumentales de la vida diaria de la señora YADITH MALDONADO CASTRO, tareas que no están contempladas en el ámbito de la salud y debe asumir su familia, máxime que tal servicio no lo contempla el PBS y porque además, no existen órdenes médicas vigentes que permitan evidenciar la necesidad del servicio o el tiempo de curación de éste.

Respecto del tratamiento integral advierte que no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir, órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares.

Subsidiariamente propone se le conceda el derecho al diagnóstico y en caso de mantener la decisión, pide facultar a la E.P.S. realizar el recobro ante el ADRES.

⁷ Presentada el 13 de mayo de 2022.

3. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para resolver la impugnación propuesta al ser el superior funcional del Juez que profirió la decisión.

4.2. Requisitos de procedibilidad

Legitimación en la causa por activa y por pasiva. De conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, cualquier persona en defensa de sus derechos fundamentales puede promover acción de tutela.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha considerado que son tres los requisitos que deben cumplirse para hacer uso de la agencia oficiosa, a saber: *(i) que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro; (ii) que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa (sin que esto implique una relación formal entre el agente y el titular) y (iii) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados.*⁸

Conforme al evidente diagnóstico descrito en la historia clínica aportada, la señora YADITH MALDONADO CASTRO no se encuentra en condiciones físicas para ejercer su propia defensa; por lo tanto, la señora YUDI YARITZA MALDONADO CASTRO, se encuentra legitimada para actuar en calidad de agente oficioso.

Similar situación se presenta frente a la legitimación por pasiva de la NUEVA EPS, quien registra como afiliada a la agenciada.

Inmediatez. Se cumple este requisito, si tenemos en cuenta que Nueva EPS aún no materializa la prescripción de fecha abril de 2022 que ordena suministrar Cuidador Domiciliario.

Resultan inaceptables los reparos presentados por la demandada para evadir su responsabilidad cuando afirma que tales órdenes están prescritas porque superan los dos meses de expedidas, sin tener en cuenta que no se ha materializado el servicio debido su comportamiento indolente y dilatorio.

⁸ Ver sentencias T-294 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-330 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-667 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-444 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-004 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo) y T-545 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-526 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa), entre muchas otras.

Subsidiariedad. Conforme a la jurisprudencia constitucional⁹, la Supersalud es competente para conocer, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, de asuntos que abarcan, por un lado, aquellos relativos a la:

“[c]obertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (Plan Obligatorio de Salud), cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia.”¹⁰

Por otro lado, la Supersalud también está facultada para conocer y fallar asuntos relacionados con:

“[c]onflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le [sic] asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.”¹¹

Ahora bien, la Corte ha encontrado que, por razones tanto normativas como prácticas, el mecanismo mencionado no resulta idóneo ni eficaz en muchos de los casos en que se acude a la acción de tutela para exigir la protección del derecho a la salud.¹² De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,¹³ la Corte estableció, con base en la jurisprudencia sobre la materia, una serie de parámetros que el mecanismo jurisdiccional mencionado debe cumplir para consolidarse como un medio idóneo y eficaz de defensa y solicitó al Gobierno nacional que adoptara, implementara e hiciera público un plan de medidas para adecuar y optimizar su funcionamiento.

En virtud de lo anterior, se torna procedente la presente acción, ante la ineficacia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD¹⁴.

4.3. Problema Jurídico

Determinar si la NUEVA E.P.S vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora YADITH MALDONADO CASTRO al

⁹ Sentencia T-122 de 2021.

¹⁰ Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Para ver sistematizaciones recientes de los principales hallazgos de la Corte en este sentido, consultar las sentencias SU-124 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. A.V. Alejandro Linares Cantillo y José Fernando Reyes Cuartas; T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo; y SU-508 de 2020. MM.PP. José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos. A.V. Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Richard S. Ramírez Grisales.

¹³ Sentencia T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁴ Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 y modificada por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, estipula que la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD posee facultades jurisdiccionales para dirimir los asuntos atinentes a la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos o no en el P.B.S., con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

negar el servicio de Cuidador Domiciliario y si tal omisión justifica el tratamiento integral que la primera instancia concedió.

4.4. Supuestos jurídicos

4.4.1. De la naturaleza de la acción de tutela

Conforme lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, toda persona puede acudir a la acción de tutela para propender por la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular encargado de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

De igual modo, el artículo 6 del Decreto 306 de 1992¹⁵, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015¹⁶ señala que en el fallo de tutela el Juez deberá señalar el derecho constitucional fundamental tutelado, citar el precepto constitucional que lo consagra, y precisar en qué consiste, la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto.

4.4.2. El derecho fundamental a la salud y su prestación en favor de las personas en condición de discapacidad bajo los principios de integralidad y continuidad.

El derecho fundamental a la salud tiene una doble connotación (i) como servicio público, establecido así en el artículo 49 de la Constitución, cuya garantía está a cargo del Estado, bajo condiciones de “oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad”¹⁷ y; (ii) como derecho fundamental autónomo “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”¹⁸. Su carácter de derecho fundamental autónomo surge de la necesidad del Estado de proteger la salud al más alto nivel, toda vez que se relaciona de manera directa con la vida y la dignidad de las personas y el desarrollo de otros derechos fundamentales¹⁹.

Dentro del marco del sistema internacional de los Derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (PIDESC), en su artículo 12 reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” y establece las medidas que deberán adoptar los Estados para asegurar la efectividad de este derecho, como

¹⁵ Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

¹⁶ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

¹⁷ Sentencia T-859 de 2003.

¹⁸ Sentencias T-597 de 1993, T-355 de 2012, T-022 de 2011 y T-859 de 2003.

¹⁹ Sentencias T-311 de 2012, T-214 de 2013 y T-132 de 2016.

“la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

A partir de su relación directa con la vida y la dignidad de las personas, su protección se refuerza al tratarse de Sujetos de Especial Protección Constitucional²⁰ que por su estado de mayor vulnerabilidad y debilidad son merecedores de protección reforzada por parte del Estado, así el artículo 47 de la Constitución indica: *“El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.*

Frente a la protección del derecho a la salud de personas que se encuentran en situación de discapacidad, el Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales –CDESC- establece que *“la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (apartado d del párrafo 2 del artículo 12), tanto física como mental, incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, **y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental.**”*(Negrilla fuera del texto original).

La garantía constitucional del derecho a la salud de la población con discapacidad debe ser desarrollada en conjunción con el principio de integralidad. Al respecto, en sentencia T-121 de 2015 se afirmó: *“El derecho a la salud implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo”.*

En materia de seguridad social, debe entenderse de acuerdo al artículo 2°, literal d) de la Ley 100 de 1993 como *“la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley”.*

Lo anterior fue reiterado mediante la Ley 1751 del 2015, cuyo artículo 8° establece que, *“los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador”.* Además, **hace claridad que el usuario no puede ver disminuida su salud por la fragmentación de la responsabilidad en la prestación de un servicio específico.** Así mismo, establece que los servicios deben tener un alcance que comprenda todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico en relación de las necesidades específicas de conformidad al estado de salud diagnosticado.

²⁰ Sentencia T-167 de 2011. Aquellas personas que por su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva del Estado para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. La Corte ha considerado que entre los sujetos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza.

En este sentido, la sentencia T-171 de 2018 considera que el principio de integralidad opera con el fin de suministrar servicios y tecnologías necesarios que ayuden a paliar las afectaciones que perturban las condiciones físicas y mentales, así mismo, que la enfermedad se pueda tratar al punto de garantizar el mayor grado de salud posible y dignidad humana.

La Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad dispone en su artículo 26 que los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, para que: *“las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación”*, basándose estos en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona.

Concerniente a la **continuidad como principio rector de la plena efectividad del derecho a la salud**, la jurisprudencia de la Corte reitera que: *las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados*²¹ (subrayado fuera del texto original).

Además, la Ley 1751 del 2015²², en su artículo 11, **establece que la atención en salud a las personas con discapacidad no podrá ser limitada por tipos de restricciones administrativas o económicas y que “las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención”**.

Por lo anterior, la interrupción arbitraria del servicio a la salud, es contraria al derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana, especialmente tratándose de personas con algún tipo de discapacidad física, mental o sensorial, las cuales tienen derecho a obtener la totalidad del componente médico previsto para el manejo del padecimiento que le sobrevino, así no se obtenga su recuperación completa y definitiva, pero se logren mantener los avances logrados en términos conductuales y de vida en comunidad, lo que asegura que al paciente pueda vivir en el mayor nivel de dignidad posible²³. Reiterado esto en sentencia T-196 de 2018 donde “una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de tal forma que aquel no sea suspendido o retardado durante la recuperación o estabilización de paciente”.

²¹ Sentencia T-1198 de 2003.

²² Ley Estatutaria 1751 de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

²³ T- 339 de 2019.

En conclusión, el derecho a la salud de las personas con discapacidad en virtud del principio de dignidad y de conformidad con la integralidad y continuidad involucra que deben otorgarse todas las medidas y servicios necesarios que hagan posible lograr el más alto nivel de salud, lo que incluye un adecuada valoración²⁴ que fije la rehabilitación o paliación de las necesidades que persistan respecto al estado de salud, con el fin de lograr la máxima independencia, capacidad física, social, mental y la inclusión y participación plena en todas las áreas de la vida.

4.4.3. El servicio de cuidador.

La Corte Constitucional en sentencia T-015 de 2021 realizó la distinción entre el servicio de auxiliar de enfermería²⁵ y de cuidador: respecto del primero señala que, *“como modalidad de la atención domiciliaria, según lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, es aquel que solo puede ser brindado por una persona con conocimientos calificados en salud”*. Es diferente al **servicio de cuidador** que se dirige a la atención de necesidades básicas y no exige una capacitación especial.²⁶

Respecto 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.²⁷ ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS. iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante”*.²⁸

Indicó la Corte²⁹ que, de acuerdo con la interpretación y el alcance que la misma Corporación atribuyó al artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, **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**.³⁰ En relación con el servicio de cuidador, el tema planteado es la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores cuando no se encuentra excluido ni reconocido en el Plan de Beneficios de Salud. Circunstancia que, actualmente, permanece

²⁴ Corte Constitucional. Sentencias T-887 de 2012, T-298 de 2013, T-940 de 2014, T-045 de 2015, T-210 de 2015 y T-459 de 2015.

²⁵ Incluido en el PBS como atención domiciliaria. Resolución 2292 de 2021. Artículo 8 y 25.

²⁶ Sentencias T-260 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, en las cuales se explican las diferencias entre los dos tipos de servicio.

²⁷ Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

²⁸ 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.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-015 de 2021.

³⁰ Entre otras, las sentencias T-364 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

vigente con la expedición de la **-Resolución 2273 de 2021**³¹, y la **Resolución 2292 de 2021**, toda vez, que el cuidador no se encuentra excluido ni incluido en el PBS.

Bajo este contexto, la jurisprudencia constitucional sostiene 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.”*³²

En síntesis, 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”*.

4.4.4. Del tratamiento integral.

Los criterios jurisprudenciales vigentes sostienen que: *“el servicio de salud prestado por las entidades del Sistema debe contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento del estado de salud o la mitigación de las dolencias del paciente, **sin que sea posible fraccionarlos, separarlos o elegir cuál de ellos aprueba en razón del interés económico que representan.** En este sentido, ha afirmado que la orden del tratamiento integral por parte del juez constitucional tiene la finalidad de 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. No obstante, este tribunal ha señalado que **la solicitud de tratamiento integral no puede tener como sustento afirmaciones abstractas o inciertas, sino que deben confluir unos supuestos para efectos de verificar la vulneración alegada, a saber:***

*· **Que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio, como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos o la realización de tratamientos; y***

³¹ “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

³² 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, y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

· Que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico tratante, en que se especifiquen las prestaciones o servicios que requiere el paciente.³³

Acorde con la Corte Constitucional, el reconocimiento del tratamiento integral solo se declarará cuando *“(i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello pone en riesgo los derechos fundamentales del paciente*³⁴, y **(ii) cuando 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 personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”**³⁵.

Así mismo, en sentencia T-081 de 2019, precisó que la orden de tratamiento integral 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) la EPS actúe con negligencia en la prestación del servicio, procedido en forma dilatoria y haya programado los mismos fuera de un término razonable; y (iii) con ello, la EPS haya puesto en riesgo al paciente, al prolongar “su sufrimiento físico o emocional, y genera[r] (...) complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte”.**

De modo que, el juez de tutela debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto del actor y frente al cual recae la orden del tratamiento integral. Esto, por cuanto no le es posible a la autoridad judicial dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas, pues, de hacerlo, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados³⁶.

4.5. Planteamiento del caso y solución

Corresponde a la solicitud de protección de los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas de la señora YADITH MALDONADO , diagnosticada con *“esquizofrenia, hipotiroidismo primario en suplencia con TSH elevada, cuadriplejía”* y, *“dependencia funcional total- índice de Barthel 0;* quien acude a esta acción constitucional para que la NUEVA E.P.S. autorice *“servicio de cuidador domiciliario 12 horas”*, prescrito desde abril de 2022, porque no cuenta con los recursos económicos para sufragar dicho gasto; también solicita tratamiento integral; pretensiones que fueron acogidas por la primera instancia.

Por su parte, la NUEVA E.P.S. , alega que la orden médica de cuidador domiciliario está prescrita y no ha obrado contrario a sus deberes en la prestación de los servicios de salud requeridos por la paciente, por

³³ Corte Constitucional, Sentencia T 475 del 06 de noviembre de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia T 062 de 03 de febrero de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y sentencia T 178 de 24 de marzo de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

lo que luce improcedente la condena relacionada con el tratamiento integral.

El Despacho Ponente contactó telefónicamente a la agente oficiosa señora YUDY YARITZA MALDONADO CASTRO quien manifestó que su núcleo familiar conformado por su esposo y sus 2 menores hijos de 6 y 9 años de edad acogieron a YADITH. Que suplen sus necesidades básicas con el salario mínimo que recibe como empleada de la farmacia Tecnodrogas y divide su tiempo entre su trabajo y el cuidado de su hermana quien requiere atención las 24 horas por su discapacidad total que le impide moverse al menos en silla de ruedas o sentarse. Manifiesta que Nueva EPS ha sido indiferente frente a las prescripciones médicas que anexó como prueba, ya que las terapias ocupacionales y físicas ordenadas desde el mes de mayo apenas las suministró en diciembre pasado. Que oportunamente acudió a Nueva EPS con la orden de cuidador domiciliario de abril de 2022 pero le informaron que no era su obligación y por ello pagó a un tercero para presentar una tutela, dinero que desperdició porque la persona desapareció, razón por la cual con la asesoría de la Personería Municipal interpuso esta tutela fallada en su favor, la que presentó ante Nueva EPS y hasta la fecha solamente practicaron una visita domiciliaria y le informaron que necesitaban otra escala de Barthel y siguen dilatando el suministro del servicio.

De acuerdo a la problemática expuesta, a través del material probatorio, se constata que **(i)**. la señora YADITH MALDONADO CAASTRO, efectivamente se encuentra en condición de discapacidad con **dependencia total**, al obtener un puntaje 0 en la escala de Barthel. **(ii)**. Está afiliada a la NUEVA E.P.S. en el régimen subsidiado. **(iii)**. Conforme a la Historia Clínica de la Unidad Integral de Salud de la Orinoquía del 30 de abril de 2022. **Enfermedad actual:** “Paciente de 36 años de edad, valorada en domicilio, vive con la hermana, antecedente de esquizofrenia en tratamiento por psiquiatría, hipotiroidismo en tratamiento farmacológico, cuadriparesia espástica con importante deterioro en los últimos 10 años, lo logra posición sentada, no marcha, trastornos en el lenguaje, dependencia completa en todas actividades de autocuidado” (...). **Análisis:** “paciente de 36 años con esquizofrenia en seguimiento por psiquiatría hipotiroidismo en suplencia con TSH elevada, gran deterioro del comportamiento y neuromuscular, incontinencia de esfínteres con uso de pañal permanente, bajo peso; **escala de Barthel 0 puntos para dependencia total, familiar cuidadora (Hermana: Yudy Maldonado) cabeza de familia, por lo cual amerita Cuidador Domiciliario por 12 horas al día**”. **Diagnósticos:** HIPOTIROIDISMO, ESQUIZOFRENIA Y CUADRIPLÉJIA. **Plan:** **Cuidador domiciliario por 12 horas al día.**

Bajo este contexto, se tiene que, el **servicio de cuidador** efectivamente fue ordenado por el médico tratante adscrito a la red de prestadores externos contratados por la Empresa Promotora Nueva

EPS, justificada en el diagnóstico que padece la señora YADITH MALDONADO CASTRO y su condición de discapacidad, que hace necesario la ayuda de un tercero como apoyo para sus actividades básicas, las cuales no pueden ser asumidas por su núcleo familiar; además, en el escrito de tutela afirma que, no cuentan con los recursos económicos para sufragar dicho gasto; circunstancias que la EPS no desvirtuó en el trámite tutelar al recaerle la carga de la prueba³⁷.

Además, fue la misma E.P.S. en la respuesta de tutela, quien indicó que, 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*"; aún así pretende eludir su responsabilidad bajo una supuesta prescripción, sin tener en cuenta que los siete (7) meses transcurridos desde la expedición de la orden a la fecha de interposición de la acción de tutela no son imputables a la paciente sino a negligencia de la EPS quien concedora de las deplorables condiciones de salud de la usuaria a través del médico tratante que recomendó el servicio domiciliario, optó por imponer trabas administrativas vulnerando así los derechos fundamentales que el juez constitucional resguardó y que a pesar de mediar una orden judicial persiste en su comportamiento con dilaciones injustificadas, pues tal como lo informó la agente oficiosa, practicaron nueva visita domiciliaria y piden otra escala de Barthel para constatar lo que suficientemente está probado.

Razón por la cual, se confirmará la decisión de la primera instancia en lo que respecta al servicio de cuidador.

En lo que atañe al amparo relacionado con el **tratamiento integral**, solo se declarará cuando *“(i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello pone en riesgo los derechos fundamentales del paciente³⁸, y (ii) cuando 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 personas que “**exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas**”³⁹. Así mismo, en sentencia T-081 de 2019, precisó que la orden de tratamiento integral 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) la EPS actúe con negligencia en la prestación del servicio, procedido en forma dilatoria y haya programado los mismos fuera de un término razonable; y (iii) con ello, la EPS haya puesto***

³⁷ Sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T 062 de 03 de febrero de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y sentencia T 178 de 24 de marzo de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

en riesgo al paciente, al prolongar “su sufrimiento físico o emocional, y genera[r] (...) complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte”.

En el presente asunto, la orden de tratamiento integral se ajusta a los criterios señalados, porque la E.P.S. exhibe su negligencia ante la negativa de autorizar y proporcionar **“el servicio de cuidador domiciliario”** ordenado por el médico tratante; situación que coloca en riesgo y prolonga el sufrimiento físico y emocional de la agenciada, siendo necesarios para garantizar una vida en condiciones dignas y justas; además, no se está presumiendo la mala fe de la entidad, sino de proteger el goce efectivo de los derechos fundamentales de la señora YADITH MALDONADO CASTRO, máxime en tratándose de un **sujeto de especial protección constitucional** por su condición de discapacidad.

Así las cosas, se confirmará la sentencia impugnada.

Cuestión final

Si la inconformidad de la E.P.S. recae sobre la fuente de financiación de servicios excluidos del P.B.S., esta no puede convertirse en una barrera para el usuario, al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que, **“Las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente. Esta posibilidad opera, por tanto, en virtud de la reglamentación y está sometida a las condiciones establecidas en ella; no depende de decisiones de jueces de tutela. Al advertir esta situación, la Sala no desconoce la importancia del criterio de sostenibilidad financiera en el Sistema de Salud. Para que este funcione en condiciones óptimas, es necesario que el Estado garantice un flujo adecuado, suficiente y oportuno de los recursos a las entidades a cargo de suministrar los servicios y tecnologías que los usuarios requieren”**.⁴⁰ (Negrita y Subrayado fuera de texto). Se confirmará también lo ordenado por la primera instancia.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA SALA ÚNICA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley.

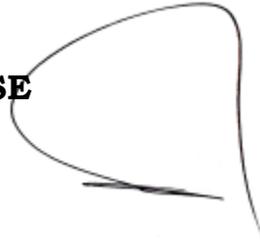
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada.

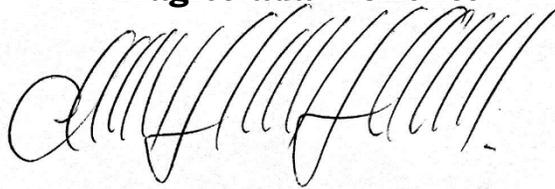
⁴⁰ Sentencia T-224/20.

SEGUNDO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. De ser excluida, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada