



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN
IMPUGNACIÓN DE TUTELA

Pamplona, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Magistrado Ponente

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Aprobado por Acta No. 134

Radicado: 54-518-31-84-001-2022-00134-01
Accionante: CARMEN ROSALBA JAIMES, agente oficiosa de ANA
ROSA JAIMES
Accionada: NUEVA EPS

I. ASUNTO

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la entidad accionada contra la sentencia proferida el 15 de julio de 2022 por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de esta ciudad, en la acción de tutela de la referencia.

II.- ANTECEDENTES RELEVANTES¹

1. Hechos

La agente oficiosa refiere que:

1.1. La agenciada tiene 98 años de edad y se encuentra afiliada al régimen subsidiado de la **NUEVA E.P.S.**, cursando con un diagnóstico principal de “*Insomnio orgánico*”, con patologías secundarias correspondientes a “*Incontinencia fecal*”, “*Incontinencia urinaria no especificada*”, “*senilidad*” y “*conjuntivitis, no especificada*”.

1.2. En consulta domiciliaria del 15 de junio de 2022, el médico tratante entregó orden médica con variedad de insumos, medicamentos y servicios requeridos para el tratamiento de la patología de la paciente.

¹ Escrito de tutela visible como documento orden No. 2 del expediente digitalizado de primera instancia a folios 2-9 de su índice electrónico.

1.3. A pesar de haberse radicado la solicitud de servicio de cuidador por 12 horas en la oficina virtual de la **NUEVA E.P.S.**, se obtuvo respuesta negativa argumentando que *“no hay fallo que ampare servicio cuidador taxativo ni integralidad”*.

1.4. Se alegó la imposibilidad económica propia y de sus parientes próximos para asumir el servicio, toda vez que el núcleo familiar de la agenciada está conformado por su sobrina (quien actúa en el presente trámite como su agente oficiosa) y el esposo de ésta última; todos personas de avanzada edad que registran como únicos ingresos para su subsistencia lo correspondiente al subsidio de adulto mayor y el aporte que mensualmente los hijos de la agente oficiosa pueden brindarles.

2. Pretensiones.

Tutelar los derechos fundamentales a la salud, igualdad, integridad física y a una vida digna; y en consecuencia se ordene a la **NUEVA E.P.S.** **i) “(...) garantice y autorice de manera permanente (...) a ANA ROSA JAIMES CRUZ, según formulario médico emitido por la I.P.S. MEDICUC con fecha de aprobación 15/06/2022. CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS (...), ii) “(...) garantice y autorice de manera permanente la entrega de cada uno de los MEDICAMENTOS, INSUMOS y ATENCIÓN DOMICILIARIA, tales como pañitos húmedos paquete por 100 unidades y guantes caja x100 talla M (...)” y iii) “(...) se ordene que la atención se preste en forma integral (...)”**.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Admisión

El 6 de julio de 2022 se admitió la tutela² en contra de la **NUEVA E.P.S.**, disponiendo vincular al **INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD NORTE DE SANTANDER**. En la misma providencia se concedieron dos (2) días a las entidades accionadas para que se pronunciaran respecto de los hechos y pretensiones planteadas en la acción constitucional.

2. Contestación de la tutela en lo relevante

NUEVA E.P.S.³

² Documento orden No. 5 del expediente digitalizado de primera instancia a folios 23-24 de su índice electrónico.

³ Escrito de tutela visible como documento orden No. 7 del expediente digitalizado de primera instancia a folios 31-64 de su índice electrónico.

Su apoderada especial manifestó que la accionante se encuentra activa en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado, y que han brindado los servicios requeridos de acuerdo a sus competencias y prescripciones médicas.

Concretamente en cuanto a los pañitos húmedos y cuidador domiciliario, negó la existencia de órdenes emitidas por el médico tratante mediante el aplicativo MIPRES en las cuales se solicite dichos servicios; señaló de manera general la imposibilidad que le asiste a las E.P.S. para asumir medicamentos, servicios e insumos excluidos del Plan Básico de Salud (PBS) y clasificados como no financiados con recursos públicos asignados a la salud.

Con sustento en copiosa jurisprudencia, se opuso al servicio de cuidador domiciliario argumentando que:

“(...) este tipo de servicio -cuidador domiciliario-se refiere para el cuidado personal del paciente, por tanto no hacen parte del ámbito de la salud y en consecuencia no están a cargo de la EPS sino de la familia (en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo), por deber constitucional de solidaridad y la obligación del núcleo familiar de proteger a sus familiares en situación de especial vulnerabilidad.

•De igual forma en el caso de marras no se catalogan los criterios excepcionales para otorgar dicho servicio, y así mismo no se evidencia el soporte de la incapacidad de toda la familia de brindar el cuidado de la paciente.

•Aunado a que es necesario indicar que la incapacidad no es solo física, pues también le asiste a la familia el deber de aportar al cuidado de la paciente.

•Se desconoce la composición de todo el núcleo familiar, las profesiones que ejercen y los ingresos que perciben, como tampoco se informó de los bienes que se encuentran a su nombre, información necesaria para determinar que se encuentran limitados para brindar este servicio.

•Esta situación resulta relevante, toda vez que, por ser una prestación no incluida en el plan de beneficios, es financiada por el estado con los recursos que se destinan al fondo para atención de las personas SIN CAPACIDAD DE PAGO (ADRES), condición que va en contravía del principio de solidaridad del sistema y afecta directamente el equilibrio y la viabilidad financiera de todo el sistema”.

Con sustento en las Resoluciones 5928 de 2016 y 2292 de 2021, indicó que el mencionado servicio debe ser asumido por las E.P.S., siempre y cuando *“(...) medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente (...) ”* y *“(...) 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 (...)”*; concluyendo

que ante asuntos atinentes al mero cuidado personal la **NUEVA E.P.S.** no ostenta obligación alguna.

En esa misma línea, refirió in extenso a las subreglas establecidas jurisprudencialmente para ordenar vía tutela el servicio de cuidador domiciliario, reiterando el deber primigenio de los familiares para asumir el cuidado del paciente en virtud del principio de solidaridad, distinguiendo que *“(...) lo que el usuario requiere es un cuidador y no una enfermera domiciliaria, ya que lo que refiere es AYUDA EN SUS ACTIVIDADES COTIDIANAS (...)”*.

Cerró el acápite correspondiente aludiendo *“(...) que los servicios que son ordenados al usuario por parte de los Médicos de la Red de Nueva EPS son y serán cubiertos con base en la normatividad vigente, incluyendo el acceso al Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC de que habla la Resolución 2292 de 2021 (...)”*, siendo improcedente exceder los lineamientos de la normatividad vigente.

En últimas y en lo que incumbe al tópico de la impugnación, solicitó se desestimen las pretensiones encaminadas a lograr el suministro de pañitos húmedos y el servicio de cuidador domiciliario por cuanto no hacen parte del PBS, ni tampoco fueron radicados vía MIPRES por el médico tratante.

IV. LA DECISIÓN EN LO RELEVANTE⁴

Culminado el recuento legal y jurisprudencial respectivo y habiéndose superado el examen de procedibilidad, la *a-quo* estableció de entrada que la agenciada funge como un sujeto de especial protección, en razón de su avanzada edad y el diagnóstico de patologías que generan un alto nivel de dependencia y cuidado.

Respecto del cuidador domiciliario, acogió la procedencia del principio de solidaridad como criterio que exige en primer lugar a la familia del paciente hacerse con los cuidados que este requiera, no obstante tuvo por cierta la imposibilidad material de los parientes de la actora para sufragar dicho servicio, en tanto *“(...) (i) se presumen ciertas las afirmaciones realizadas por el agente oficioso, quien sostuvo que carecen de los recursos económicos para cubrir los costos del servicio de un cuidador para su tía (ii) se presume la buena fe del accionante y (iii) se aplica el principio de veracidad dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, máxime cuando la entidad accionada no realizó ningún esfuerzo por acreditar*

⁴ Documento orden No. 8 del expediente digitalizado de primera instancia a folios 65-87 de su índice electrónico.

capacidad económica del núcleo familiar, y el realizado por este Despacho no arrojó ningún resultado (...). En consecuencia, por pertenecer al régimen subsidiado y no tener una fuente de ingresos, sumada a su avanzada edad y estado de salud que le impiden valerse por sí misma, se entiende que la agenciada, no cuenta con la capacidad económica suficiente para asumir el costo de un cuidador por 12 horas, por su propia cuenta. De manera que ante la falta de certeza sobre este requisito tiene aplicación el principio propersona, y se adoptará la decisión que resulte más favorable para la garantía efectiva de los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, y a la salud (...).

En ese mismo análisis, afirmó que la actividad asistencial en cita tiene su causa en la orden del galeno que bajo su criterio médico consideró necesario dicho servicio.

En consecuencia, se inclinó por la procedencia de la pretensión que buscaba se ordenara a la E.P.S. asumir el servicio de cuidador domiciliario; atribuyendo idéntica suerte a las solicitudes de guantes y pañitos húmedos, insumos que también fueron debidamente ordenados por el médico tratante.

“Se excusa la entidad en que, aparentemente no ha sido diligenciado el aplicativo MIPRES para el insumo de Pañitos Húmedos, olvidando que es esta una carga administrativa del prestador por ella contratado, cuyos olvidos no pueden ser trasladados al paciente como justificación para negar la garantía efectiva de un servicio que le fue prescrito ante la especial condición de vulnerabilidad en que se encuentra”.

Negó el tratamiento integral argumentando *“(...) que la entidad accionada no ha negado la prestación de los servicios médicos, sobre este particular la agenciante no manifestó inconformidad frente a la prestación del servicio para su agenciada quien por sus múltiples patologías hace uso constante de los servicios de salud, por lo que mal haría esta funcionaria en presumir una conducta negligente de la NUEVA EPS (...).*

Finalmente, determinó que *“(...) en lo referente al recobro alegado por la NUEVA EPS adviértasele que el reconocimiento y pago de los servicios que origina el cumplimiento de la orden de tutela no depende de orden judicial, por cuanto existe disposición legal que reglamenta la materia con fuerza vinculante para las entidades del sistema general de seguridad social en salud, no se podrá establecer como condición para reconocer el derecho a recobro de los costos que la entidad no*

estaba legal, ni reglamentariamente obligada a asumir que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice al recobro ante la respectiva entidad, por lo que no es necesario pronunciamiento al respecto, bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumir tales costos, y de cumplimiento a los procedimientos establecidos en la Resolución 1479 de 2015 y normas complementarias (...)".

V. LA IMPUGNACIÓN⁵

La apoderada de la entidad accionada impugnó el fallo de primera instancia encaminado a que se revoque, insistiendo en que los pañitos húmedos se encuentran excluidos del PBS por ser insumos destinados para el aseo e higiene personal.

Frente al servicio de cuidado domiciliario 12 horas, negó la existencia de órdenes médicas a través del aplicativo MIPRES.

Transcritos los mismo argumentos esbozados en primera instancia, reiteró que se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por la familia y que en el particular no se configuran los requisitos establecidos por la jurisprudencia para su asunción por parte de la E.P.S., pues no fue acreditada la incapacidad económica de toda la familia para asumir el cuidado del paciente.

Cerró su dicho argumentando que la EPS no puede asumir la responsabilidad de suministrar lo solicitado por la accionante, por expresa prohibición legal que le impide cargar a recursos de la salud servicios excluidos.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Al tenor del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 es competente esta Sala para conocer la impugnación de la acción de tutela formulada.

2. Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala determinar, previa corroboración de los presupuestos generales de viabilidad del amparo constitucional, a saber, la legitimación en la

⁵ Documento orden No. 10 del expediente digitalizado de primera instancia a folios 92-117 de su índice electrónico.

causa por activa y pasiva, la inmediatez y la subsidiariedad, en la forma y precisos términos decantados por la *a quo*, a los que se remite esta Corporación por compartirlos plenamente y a efectos de evitar innecesarias repeticiones: **i)** si la decisión de primera instancia que ordenó a la **NUEVA E.P.S.** proveer a la paciente pañitos húmedos a pesar de estar excluidos del PBS, y asumir el servicio de cuidador domiciliario por 12 horas, desconoce los requisitos establecidos legal y jurisprudencialmente para esos efectos, en concordancia con las particularidades del caso concreto; **ii)** si es admisible para el juez constitucional adicionar el fallo de primera instancia en el sentido de ordenar a ADRES el pago de 100% de los gastos en los que incurra la **NUEVA E.P.S.** con ocasión del cumplimiento del fallo constitucional y que superen el límite máximo legalmente establecido a su cargo.

3. Solución problemas jurídicos.

3.1. Del suministro de pañitos húmedos.

Recientemente el alto Tribunal Constitucional unificó las reglas que regulan el suministro de pañitos húmedos vía tutela, en los siguientes términos:

“(…) 188.El suministro de pañitos húmedos se encuentra excluido del plan de beneficios en salud, para toda enfermedad o condición asociada al servicio, de conformidad con la normatividad vigente -el numeral 57 del anexo de la Resolución 244 de 2019-

189. Sin embargo, este suministro puede ser otorgado excepcionalmente a través la acción de tutela, para lo cual el juez debe constatar los requisitos establecidos en la sentencia C-313 de 2014 para la autorización de servicios excluidos del plan de beneficios en salud (supra f.j. 146).

190. En el caso que un servicio excluido analizado por el juez de tutela no cuente con prescripción médica, procedería el amparo del derecho a la salud en la faceta de diagnóstico, cuando se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección. (...).

278. Esta Corporación planteó las siguientes subreglas unificadas en relación con los servicios de salud objeto de la presente providencia:

PAÑITOS HÚMEDOS:

i) Están expresamente excluidos del PBS.

ii) Excepcionalmente pueden suministrarse por vía de tutela, si se acreditan los siguientes requisitos (reiterados en la C-313 de 2014):

a) Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud grave, claro y vigente que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

b) Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

c) Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

d) Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.

iii) En el caso que no cuente con prescripción médica, el juez de tutela puede ordenar el diagnóstico cuando se requiera una orden de protección (...)”⁶.

Decantadas las condiciones que constitucionalmente autorizan vía tutela el suministro de pañitos húmedos, corresponde verificar el cumplimiento de las mismas en el caso particular, como sustento de la orden de primera instancia que en ese sentido ordenó a la entidad accionada.

La recurrente funda las razones de su oposición en que los insumos objeto de estudio se encuentran expresamente excluidos del PBS, pues “(...) *son elementos de aseo, limpieza y de tipo cosmético para la higiene personal y que no pueden ser financiados con los recursos al SGSSS (...)*”⁷. Ante dicha posición se opone la contundente hermenéutica del alto Tribunal Constitucional que con evidente claridad dispone la posibilidad de acceder al suministro de los insumos descritos, en aquellos casos en los que esos elementos se aprecien necesarios para potenciar el bienestar del paciente y en consecuencia le permita desarrollarse en condiciones de dignidad.

Luego entonces, frente a la primera de las subreglas preliminarmente aludidas se obtiene del historial clínico⁸ de la señora **ANA ROSA JAIMES CRUZ**, que se trata de una persona mayor que cursa con un diagnóstico de “*Insomnio orgánico*”, secundado por “*Incontinencia urinaria no especificada*”, “*incontinencia fecal*”, “*senilidad*” y “*conjuntivitis no especificada*”.

Al respecto la Corte Constitucional ha sido enfática al precisar que “(...) *en algunas oportunidades, el acceso a estos insumos (pañitos húmedos) puede resultar necesario para garantizar el derecho a la salud o a la vida digna de las personas. Tal es el*

⁶ Corte Constitucional, SU 508-2020

⁷ Escrito de impugnación tutela visible como documento orden No. 10 del expediente digitalizado de primera instancia a folios 92-117 de su índice electrónico.

⁸ Anexos escrito tutela visibles como documento orden No. 3 del expediente de tutela primera instancia, a folios 10-21 de su índice electrónico.

caso de pacientes con capacidad limitada para realizar sus necesidades fisiológicas autónomamente. Así lo reconoció la Sentencia SU-508 de 2020[116]. En esa oportunidad, esta Corporación consideró que dejar de emplear algunos insumos como los pañitos húmedos, en esos usuarios, puede causar dermatitis asociada a la incontinencia (DAI), lesiones de la piel con pérdida progresiva de la misma (que generan un fuerte dolor), infecciones urinarias y lesiones crónicas que conducen a infecciones cutáneas. Respecto de estas últimas, precisó que su falta de atención oportuna y adecuada, en casos extremos, puede llevar a la sepsis e incluso a la muerte (...)⁹. (Subrayas propias de esta Sala).

Así las cosas, deviene demostrado que los pañitos húmedos constituyen un elemento esencial para el tratamiento de las patologías de la actora que afectan su capacidad de control fisiológico; y la falta de suministro oportuno en los términos recetados por el galeno ocasiona un deterioro grave en su salud y por ende en su calidad de vida.

Bajo ese mismo parámetro no encuentra esta Sala (más cuando no fue propuesto por la entidad accionada), que exista otro insumo dentro del PBS con las características necesarias para suplir eficientemente los pañitos húmedos que requiere el tratamiento de la patología de la actora, siendo que fueron precisamente los que prescribió el médico tratante.

Igualmente, obra en el expediente orden médica del 30 de junio hogaño¹⁰, en la cual se plasma el diagnóstico principal y secundario de la actora, y se prescriben “*pañitos húmedos, paquete por 100 unidades, cantidad mes 500. Duración: por 3 meses (...) 200 unidades al mes (...)*”; documento firmado por el médico JUAN JOSÉ RANGEL, adscrito a la IPS MEDICUC y el cual no fue objetado por la entidad accionada, denotándose acreditado el requisito que exige que (...) *el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario (...)*”.

Finalmente, sobre la insuficiencia de recursos económicos para sufragar el costo de los insumos excluidos del PBS cuyo reconocimiento es controvertido por parte de la E.P.S., se informa en el escrito promotor que el núcleo familiar de la señora JAIMES CRUZ se compone solamente por la agente oficiosa quien se identifica como su

⁹ Corte Constitucional, T-160 de 2022

¹⁰ Véase cita 8.

sobrina y su esposo, quienes en conjunto habitan en una casa heredada por otro familiar. Sobre los ingresos económicos de la paciente se afirma que “(...) *no recibe pensión, subsidio, bonos, ella depende de lo que nos ingrese a nosotros como su único apoyo (...)*”, así mismo, la agenciante indica que dependen económicamente de los que mensualmente le envían sus hijos, así como del subsidio de adulto mayor que reciben ella y su esposo por valor de \$80.000 mensuales para cada uno.

Con sustento en lo anterior, culmina el relato esbozando que “(...) *no contamos con la capacidad económica para sufragar de forma particular lo concerniente a cuidador 12 horas, pañitos, guantes y curaciones ordenadas por su médico domiciliario (...)*”.

En ese orden de ideas, deviene válido acudir a la postura jurisprudencial producida en torno a la carga de la prueba de la incapacidad económica en sede de tutela, según la cual “(...) *para la autorización de procedimientos, intervenciones y medicamentos excluidos del POS, mediante órdenes de tutela, la Corte concluye que (...) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario (...); en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad (...)*”¹¹. (Subrayas ajenas al texto original).

Con ese norte, esta Sala no advierte la incorporación por parte de la NUEVA E.P.S. de elementos demostrativos que permitan infirmar las manifestaciones vertidas en el escrito de tutela, en su lugar, se encuentra acreditado que la paciente y su núcleo familiar inmediato son personas de avanzada edad, afiliadas al régimen subsidiado de salud; aspectos que ante la falta de evidencia en contrario, parecen sustentar las condiciones de vulnerabilidad económica alegadas.

Por contera, forzosa resulta la confirmación del fallo de la *a quo* en lo que incumbe al asunto aquí analizado, dado el cumplimiento de los presupuestos que jurisprudencialmente se han precisado por la Corte Constitucional para esos efectos.

3.2. Del cuidador domiciliario.

¹¹ Corte Constitucional T 220 de 2016.

Habida cuenta del abundante material jurisprudencial cimentado en torno a las características y alcances del servicio de cuidador domiciliario, los cuales según se evidencia del escrito de impugnación son de conocimiento de la entidad accionada, y además, sirvieron de sustento para la adopción de la decisión controvertida; esta Sala avizora suficiente aludir únicamente a la oportuna síntesis que en torno al asunto que nos convoca, ofrece la alta Corporación en los siguientes términos:

“4. La atención domiciliaria es una “modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud y la participación de la familia”[33] y se encuentra contemplada en la última actualización del Plan de Beneficios en Salud (PBS) como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).[34]

25. El servicio de auxiliar de enfermería 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.^[35] Es importante explicar las características de ambos servicios a la luz de la legislación y la jurisprudencia para comprender cuando cada uno es procedente. (...).

27. En lo que respecta al servicio del cuidador, la jurisprudencia de la Corte destaca que: i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.^[38] 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.^[39] 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,^[40] como se explica a continuación.

28. De acuerdo con la interpretación y el alcance que la Corte ha atribuido al artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, esta norma dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido del Plan Básico de Salud, se entiende incluido en éste, razón por la cual debe ser prestado.^[41] En relación con el servicio de cuidador, el tema que se plantea es que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no está expresamente excluido del listado previsto en la Resolución 244 de 2019,^[42] pero tampoco se encuentra reconocido en el Plan Básico de Salud, cuya última actualización es la Resolución 3512 de 2019.

29. Frente a este contexto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: (1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de

subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.^[43]

30. En conclusión, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario verificar: (i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y (ii) en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido¹². (Resaltos de esta Sala).

En suma, la hermenéutica planteada por la jurisprudencia, más allá de la inclusión o exclusión del servicio de cuidador domiciliario en el PBS, se ocupa de establecer la extraordinaria posibilidad de trasladar a la E.P.S. la asunción del servicio de cuidador domiciliario, en aquellos casos en los que se acrediten elementos demostrativos de la imposibilidad material del núcleo familiar para asumir la carga que primigeniamente y en virtud del principio de solidaridad les fue impuesta en procura del bienestar del paciente.

En cuanto a la dificultad material del núcleo cercano al paciente a la que refiere la Corte, se trata de una noción caracterizada a partir de la acreditación de carencias físicas y económicas que por su contundencia inviabilizan la asunción de una obligación adicional, y que en esas condiciones eventualmente podría causar un efecto contrario al perturbar las garantías esenciales del paciente y las de sus familiares.

En armonía con lo dicho, esta Corporación ceñirá el análisis de instancia a la verificación de los requisitos que en consonancia con el material jurisprudencial acotado previamente, deben acreditarse al interior del proceso para admitir eventualmente el traslado de la obligación de asumir el servicio de cuidador domiciliario a la E.P.S, esto es, se reitera, que “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*”¹³.

i) Certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio:

¹² Corte Constitucional T-015 de 2021.

¹³ Corte Constitucional, T-015 de 2021

El caso que nos convoca involucra los derechos de una persona de 98 años con un diagnóstico principal de *“Insomnio no orgánico”* y como patologías secundarias se registra en su historial clínico *“Incontinencia urinaria, no especificada”, “Incontinencia fecal”, “senilidad” y “conjuntivitis no especificada”*.

Ahora bien, de cara al primero de los requisitos antes aludidos, obra en el expediente una orden médica¹⁴ del 15 de junio de los corrientes en la que el profesional de la salud de la I.P.S. MEDICUC, Doctor JUAN JOSÉ RANGEL, luego de consulta de *“(…) seguimiento y control por medicina general domiciliaria por patología que requiere manejo integral domiciliario (...)”*, prescribe variados medicamentos, insumos y servicios, entre los cuales destaca para lo que aquí interesa, el dispuesto como *“cuidador 12 horas, mes inicio junio 2022, frecuencia 3 meses, observaciones: s/s cuidador domiciliario 12 horas para los meses junio. Junio y agosto (...)”*.

En el mismo soporte clínico se registra dependencia total en la escala de Barthel, un puntaje de 40 en la escala de Karnofsky y en la escala de Norton una puntuación de *“7 (paciente de alto riesgo)”*.

Los anteriores presupuestos permiten sustentar que el servicio de cuidador por 12 horas durante tres meses solicitado en sede de tutela, encuentra su causa en una orden emitida por el profesional de la salud que valoró la patología de la accionante, cuya idoneidad al ser aceptada por el órgano de cierre constitucional¹⁵ permite fundar certeza respecto del criterio médico que considera necesario para el tratamiento de su paciente, la asistencia permanente en su domicilio. Convicción que viene reforzada ante la ausencia de controversia por parte de la **NUEVA E.P.S.** respecto de la condición e idoneidad del médico tratante, así como frente a la pertinencia de la orden prescrita por el mismo.

ii) Imposibilidad material de la familia.

Sobre el particular la Corte Constitucional alude a impedimentos físicos y económicos, los primeros por cuestiones como la edad o el padecimiento de

¹⁴ Anexos escrito de tutela citados previamente.

¹⁵La integralidad en la prestación del servicio de salud, somete la actividad de las entidades prestadoras de salud a las disposiciones ordenadas por el médico para el tratamiento efectivo del paciente, siendo su criterio profesional el que permite *“establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. Por lo tanto, la remisión del médico tratante es la forma instituida en nuestro Sistema de Salud para garantizar que los usuarios reciban atención profesional especializada, y que los servicios de salud que solicitan, sean adecuados, y no exista riesgo para la salud, integridad o vida de los usuarios”*, constituyéndose así, la desatención de dichas prerrogativas e instrucciones médicas, como una amenaza flagrante a los derechos fundamentales de los pacientes. Véase sentencia T- 435 de 2019.

enfermedades que no justifican la asunción de una carga adicional, y los segundos atribuibles a carencia de recursos¹⁶ para costear esa clase de servicios.

En ese contexto, la E.P.S. accionada informa que *“(…) en el caso de marras no se catalogan los criterios excepcionales para otorgar dicho servicio, y así mismo no se evidencia el soporte de la incapacidad de toda la familia de brindar el cuidado de la paciente (…). Aunado a que es necesario indicar que la incapacidad no es solo física, pues también le asiste a la familia el deber de aportar al cuidado de la paciente (…). Se desconoce la composición de todo el núcleo familiar, las profesiones que ejercen y los ingresos que perciben, como tampoco se informó de los bienes que se encuentran a su nombre, información necesaria para determinar que se encuentran limitados para brindar este servicio (…).”*¹⁷.

A su turno, en el escrito primigenio se indica que el núcleo familiar inmediato de la señora ANA ROSA JAIMES CRUZ, se encuentra conformado por su sobrina aquí agente oficiosa, con 79 años de edad y el esposo de esta última, de quien se dice también tiene la misma edad. Detallan que *“(…) la edad me impide realizar fuerza, mantenerme en pie mucho tiempo, fuerza que se amerita para trasladar a mi tía de un lugar a otro, es por esto que actualmente ella tiene escaras en su espalda que poco a poco han ido avanzado (…);”* sumándose a ello que la agenciada no tiene hijos y es la descendencia de su sobrina quienes mensualmente dentro de sus posibilidades aportan para la subsistencia de sus parientes.

En ese orden de ideas, esta Sala encuentra que las condiciones fácticas narradas derivan la imposibilidad de la señora **CARMEN ROSALBA JAIMES** y su esposo, para que en virtud del principio de solidaridad asuman el cuidado de la agenciada, por cuanto su avanzada edad torna injustificable endilgarles una carga que requiere de esfuerzos físicos importantes, que eventualmente podría poner en riesgo la salud propia e incluso la de la accionante.

Misma suerte resulta predicable de los hijos de la agenciante, quienes al encontrarse fuera de Pamplona comportan una imposibilidad física para encarar los cuidados que la paciente requiere, en las condiciones de permanencia y continuidad recetados por el médico tratante (recuérdese el alto grado de dependencia que registra la accionante); pues dicha tarea trae consigo un cambio abrupto en la dinámica laboral,

¹⁶ Véase T- 220 de 2019, en la que se declara improcedente el servicio de cuidador por considerar que el hijo de la paciente contaba con ingresos que le permitían una subsistencia “ajustada” pero no le representaban una carga insoportable.

¹⁷ Escrito de impugnación en folios referidos con anterioridad.

social y familiar de quienes no comparten el mismo domicilio y que sumado al deber de asumir paralelamente las obligaciones propias, connota una carga excesiva.

No puede perderse de vista que el entendimiento que la jurisprudencia de la Corte Constitucional atribuye al principio de solidaridad familiar, se estructura a partir de un criterio de proporcionalidad en virtud del cual *“(...) al deber de cuidado a cargo de las familias no puede atribuirse un alcance tal que obligue a sus integrantes a abstenerse de trabajar y desempeñar las actividades que generen los ingresos económicos para el auto sostenimiento del núcleo familiar, pues esto a su vez comprometería el cuidado básico que requiere el paciente (...)”*¹⁸.

Decantada la imposibilidad física del núcleo familiar de la agenciada para hacer frente a su especial cuidado, debe indicarse que los eventos previamente reseñados también sustentan una incapacidad económica para proveer un cuidador particular con cargo a sus propios recursos, pues ante la inversión de la carga de la prueba surgida a partir de la afirmación de incapacidad económica esbozada en la demanda, no fue acreditada por parte de la accionada la suficiencia de ingresos de la paciente, su sobrina y esposo para costear dicho servicio, o en su defecto, que el aporte de los hijos de la agenciante les permita solventar un gasto de esa categoría sin afectar la calidad de vida propia y de sus familiares.

Teniendo en cuenta que la posición de la entidad accionada se sustenta con marcada persistencia en la ausencia de registro MIPRES que refleje la solicitud de los servicios excluidos del PBS, huelga señalar, a tono con el criterio al respecto expresado por la señora juez de instancia, que se trata de un aspecto suficientemente definido por la jurisprudencia, en la que se precisa *“(...) que las dificultades y fallas del MIPRES no pueden representar un obstáculo para el acceso efectivo e integral de los servicios ordenados a un paciente. En tal sentido, las EPS deben acatar la orden médica sin dilación alguna [129]. En la Sentencia T-338 de 2021[130], la Corte concluyó que la EPS es quien cuenta con acceso al aplicativo MIPRES, pues tiene los conocimientos y la infraestructura técnica necesaria para adelantar los respectivos trámites. Por lo tanto, no les corresponde a los usuarios solicitar a los médicos que realicen la prescripción médica por medio del mencionado aplicativo. Mucho menos, la falta de acceso a dicha herramienta puede trasladarse a los pacientes y servir de excusa para la falta de entrega de los*

¹⁸ Corte Constitucional T-336 de 2018

*elementos ordenados por el médico (...)*¹⁹. (Subrayas de esta Sala).

En ese entendido la entidad prestadora del servicio vulnera el derecho a la salud de sus afiliados, cuando por la oposición injustificada de trabas administrativas demora o niega un medicamento, insumo, tratamiento, procedimiento o servicio médico requerido por el paciente.

En consecuencia, dada la imposibilidad material del núcleo familiar de la señora **ANA ROSA JAIMES CRUZ** y en amparo del segundo nivel del principio de solidaridad, esta Corporación considera proporcionado que sea la E.P.S. la que asuma la erogación de un cuidador domiciliario, razón por la cual se confirmará en este aparte la decisión judicial de primera instancia que ordenó a la entidad accionada la prestación de dicho servicio, conforme a las órdenes del médico tratante.

3.3. De la facultad de recobro ante el ADRES por parte de las EPS

Frente a la solicitud presentada por la EPS recurrente, en el sentido de que se ordene a la ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA E.P.S. en cumplimiento del fallo de tutela, advierte la Sala en reiteración al que en la misma dirección ha sido su pacífico criterio, que no han sido pocos los pronunciamientos de este Tribunal sobre el tema²⁰, en el que se puntualiza que para el efecto está previsto un trámite administrativo.

Determinaciones igualmente referenciadas en sentencias del 07 y 16 de marzo de 2018, radicaciones 54-518-31-12-002-2018-00011-01 y 54-518-31-87-001-2018-00042-01, respectivamente; 07 de junio de 2019, radicación 54-518-31-04-001-2019-00064-01, 28 de mayo de 2020, radicación 54-518-31-84-001-2020-00040-01 y de marzo 16 de 2021, radicación 54-518-31-12-001-2021-00013-01, 10 de febrero de 2022 radicación 54-518-31-84-002-2021-00171-01²¹.

Así, queda claro que la posibilidad de recobro en cabeza de la E.P.S. se constituye como un derecho que ella adquiere una vez preste el servicio, siendo que escapa del alcance del amparo constitucional ordenar el pago de sumas de dinero, más

¹⁹ Corte Constitucional, T-160 de 2022.

²⁰ Radicados 54-518-31-89-001-2018-00061-01 del 20 de junio de 2018 y, 54-518-31-84-001 2020-00094.01., ambos con ponencia de quien en el presente evento cumple idéntico cometido.

²¹ M.P. JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ.

cuando por mandato legal se ha concebido la facultad administrativa para que directamente las entidades de salud puedan lograr dicho cometido.

La misma postura ha sido reiterada por esta Sala en acogimiento además de precedentes de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, el siguiente:

“(...) En relación con la autorización del recobro al FOSYGA (hoy ADRES), cabe señalar que éste es un procedimiento administrativo que le corresponde adelantar a las entidades promotoras de salud, conforme a las disposiciones legales y a la regulación que para tal efecto ha expedido el Ministerio de Salud. Por consiguiente, son las autoridades administrativas a quienes corresponde determinar si se cumple con los requisitos legales pertinentes, decisión que no le corresponde adoptar al Juez en este escenario (...)”²².

Por la especial naturaleza de la acción de tutela (protección de derechos fundamentales) no le asiste al operador judicial el deber de pronunciarse sobre aspectos que desbordan el análisis *ius* fundamental. Al respecto la Corte Constitucional expuso²³:

“(...) Ahora bien, en cuanto a la solicitud de adición de sentencias, de manera general esta Corporación ha señalado que dicha pretensión sólo resulta procedente en aquellos eventos en los cuales el fallo de tutela ha ‘omitido la resolución de algún extremo de la relación jurídico procesal que tenía que ser decidido’. Sobre el particular vale anotar que, en razón de la especial naturaleza del proceso judicial de amparo, el Juez de tutela cuenta con un razonable margen de discrecionalidad en virtud del cual es excusado de la obligación de abordar la totalidad de los problemas jurídicos planteados por las partes, pues dada la celeridad propia con la cual debe tramitarse la acción y, especialmente, en virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, el operador jurídico está llamado a concentrar su atención en aquellos puntos que tengan relevancia constitucional y que, de manera cierta, deban ser atendido para valorar la eventual violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos (...)”.

En la sentencia T-760 de 2008, que sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales referidas al derecho a la salud, la Corte Constitucional indicó con relación a la facultad de recobro lo siguiente:

“4.3.4. En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS (...)”.

En el mismo pronunciamiento puntualizó:

²² Sentencia STL6080 de 2017.

²³ Auto 297 de 2007.

*“(…) En primer lugar, órdenes para no supeditar a la decisión sobre eventual revisión por parte de la Corte la fecha de ejecutoria de la sentencia que amparó el derecho a la salud. En este caso se ordenará al Ministerio de Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga sea más ágil con miras a asegurar el flujo de recursos necesarios para proteger efectivamente el derecho en el sistema. **Dentro de estas medidas por lo menos se tendrán en cuenta las siguientes, cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela:** (i) la entidad promotora de salud deberá cumplir inmediatamente la orden de protección del derecho a la salud y podrá iniciar el proceso de recobro una vez el fallo se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que la autorización del servicio de salud y el procedimiento de recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del proceso de revisión que se surte ante la Corte Constitucional; (ii) **no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se debe autorizar el recobro ante el Fosyga como condición para autorizar el servicio médico no cubierto por el POS ni para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. La EPS debe acatar oportunamente la orden de autorizar el servicio de salud no cubierto por el pos y bastará con que en efecto el administrador del Fosyga constate que la entidad no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC;** (iii) en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca, sin que pueda negarse el reembolso con base en la glosa ‘Principio activo en POS’ cuando el medicamento de marca sea formulado bajo las condiciones señaladas en el apartado 6.2.1 de esta providencia (…)*”. (Resalta la Sala).

Y más adelante dijo:

*“(…) 6.2.1.1.5. En el mismo sentido, la exigencia de que el fallo de tutela otorgue explícitamente la posibilidad de recobro ante el Fosyga también debe ser interpretada conforme a la Constitución, **en cuanto es el pago de un servicio médico no incluido en el plan de beneficios, lo que da lugar al surgimiento del derecho al reembolso de la suma causada por la prestación del servicio, y no la autorización de un juez o del CTC.** En relación con este último aspecto, la Corte advierte que en ningún caso el Fosyga está obligado al reembolso de los costos generados por servicios médicos que hagan parte del Plan de Beneficios (…)*”.

Por tanto, al no existir premisa normativa alguna que obligue al juez constitucional para ordenar el pago a favor de la E.P.S. con ocasión de la asunción de gastos derivados del suministro de implementos, servicios o medicamentos excluidos del PBS, no es dable entrar a definir un asunto administrativo que no tiene por qué ser abordado en el marco de la acción de tutela.

En lo que no fue objeto de impugnación, esta Sala no abordara su estudio en tanto se erigen como aspectos que se entienden aceptados por las partes que intervienen en el proceso, y tampoco sugieren la necesidad de intervención oficiosa de este juez de tutela colegiado.

En armonía con lo expuesto, **LA SALA ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA IMPUGNADA por el apoderado de la NUEVA EPS, proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de esta ciudad el 15 de julio de 2022, de conformidad con los motivos expuestos *ut supra*.

SEGUNDO: COMUNICAR lo decidido a los interesados, en la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión de conformidad con el reglamento expedido para ese efecto por el Consejo Superior de la Judicatura.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Firmado Por:
Jaime Raul Alvarado Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
003

Tribunal Superior De Pamplona - N. De Santander

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9219ed6d68c5fb8da4885b1d2ae23f5f3596fcda2432edc1150e2114ef2899d1**

Documento generado en 26/08/2022 11:58:51 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>