TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN
ÁREA CONSTITUCIONAL

Pamplona, primero de marzo de dos mil veintidós

REF: EXP. No. 54-518-31-12-002-2022-00006-01
IMPUGNACIÓN ACCIÓN DE TUTELA
JUZGADO DE ORIGEN: SEGUNDO CIVILDEL CIRCUITO
ACCIONANTE: NIEVES RAMÓN PULIDO, agente oficioso de la señora ANA IRMIS RAMÓN PULIDO
ACCIONADO: NUEVA EPS S.A.
VINCULADOS: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES--, INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER –IDS- e IPS MEDICUC PAMPLONA

MAGISTRADO PONENTE: JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
ACTA No. 030

I. A S U N T O

Se pronuncia la Sala respecto de la **IMPUGNACIÓN** de la **ACCIÓN DE TUTELA** formulada por el doctor **Marco Antonio Calderón Rojas,** en su condición de Apoderado Judicial de la **NUEVA EPS S.A.,** contra el fallo emitido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta competencia el pasado 04 de febrero, que dispensó protección constitucional de los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, dignidad humana, igualdad e integridad física en favor de la señora **ANA IRMIS RAMÓN PULIDO**, ordenando a la entidad accionada autorizar y garantizar el servicio de *"Cuidador 12 horas por 31 días turno: diurno"* en la oportunidad y periodicidad que ordene su médico tratante, como el tratamiento integral en lo que el citado galeno valore como necesario para el restablecimiento de su salud. Negó la petición de recobro elevada por la entidad accionada.

II. A N T E C E D E N T E S

1. Hechos y solicitud

Del escrito tutelar y de los anexos se extrae que la agenciada, señora Ana Irmis Ramón Pulido, de 81 años de edad, afiliada a la entidad accionada, régimen subsidiado, ha sido diagnosticada con hipertensión esencial primaria, gonartrosis primaria bilateral, hipotiroidismo no especificado, artrosis especificada y demencia no especificada.

Igualmente, que el médico tratante, el 03 de noviembre de 2021, en visita domiciliaria realizada a la agenciada, dispuso en su favor: *"Cuidador 12 horas, mes de inicio: Diciembre 2021; Frecuencia 31 días, Turno diurno";* orden que tramitada ante la Nueva EPS fue negada, bajo el argumento de que "*los cuidadores deben ser del grupo familiar, (…)",* el cual, afirma la agenciante, está conformado por ella y un hijo de su agenciada, entorno que no cuenta con los recursos económicos para contratar a una persona que la cuide, pues el único ingreso fijo que recibe Ana Irmis es el subsidio de adulto mayor otorgado por el Gobierno.

El 19 de enero del presente año, el médico tratante ordenó, nuevamente, el cuidador domiciliario, en los términos dispuestos para el mes de diciembre de 2021, sin que se haya autorizado por la entidad accionada, lo cual ha afectado notoriamente el estado de salud y la calidad de vida de su hermana.

Por lo anterior, pide se ordene a la Nueva EPS-S *"garantice y autorice de manera permanente –cuidador domiciliario-- (…) según formulario médico emitido por la IPS MEDICUC con fecha de aprobación 19/01/22. (…); así mismo, que la "ATENCIÓN SE PRESTE EN FORMA INTEGRAL, (…),* ***PERMANENTE*** *y* ***OPORTUNA****, según como lo ordene el médico tratante. (…)".*

2. Admisión de la tutela

Mediante proveído del 24 de enero actual, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad admitió este resguardo constitucional, dispuso la vinculación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES[1]), del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y a la IPS MEDICUC de Pamplona, a quienes solicitó pronunciamiento sobre los hechos de la acción de tutela.

Asimismo, solicitó de la agenciante información tendiente a establecer la capacidad económica del núcleo familiar de la agenciada, obteniéndose como respuestas que los ingresos provienen del subsidio de adulto mayor por valor de $80.000 cada una; que residen en un *"cuarto*", propiedad de un sobrino que vive en Aguachica y que no les cobra canon de arrendamiento; que no tiene propiedades; que luego de residir largo tiempo en Venezuela se vieron obligadas a retornar a su país y municipio de origen; que el hijo de Ana Irmis ocasionalmente le envía una ayuda para solventar los gastos de alimentación, la cual depende de la situación laboral en la que se encuentre, pues su trabajo es informal y debe cubrir sus propios gastos; y que ningún otro familiar puede colaborar con su cuidado.

[1] En adelante

3. Intervención de la accionada

La Nueva EPS S.A., a través de Apoderado Especial, en respuesta a la acción tutelar, precisa, en primer término, que verificado el sistema integral de la entidad se registra que la ***"accionante está en estado activa para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO"*** y se le han brindado los servicios requeridos conforme a las prescripciones médicas, dentro de sus competencias y la red de servicios contratada.

Indica, igualmente, que para la solicitud de cuidador domiciliario, éste debe estar ordenado por el médico tratante, el cual echa de menos en este caso, pues ***"SOLO SON PRETENDIDOS POR EL ACCIONANTE DE FORMA ESCRITA SIN CONSIDERACIÓN DE LA LEX ARTIS DE LOS GALENOS"***.

Recuerda el contenido de la sentencia de la Corte Constitucional T-065 de 2018, en la que se precisan las excepciones en los que se deben atender el servicio de cuidador domiciliario: **i)** que sea evidente y clara la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales; y ***ii)*** que 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"*; pronunciamiento que sumado a lo dispuesto en las Resoluciones 5928 de 2016 y 2481 de 2020, este servicio debe ser asumido por las EPS, 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 "***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 que concluye que ***"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"***.

Después de explicar en qué consiste los servicios de auxiliar de enfermería y de cuidado, resalta el deber de cuidado de los familiares de la agenciada de acuerdo al principio de solidaridad.

Hace alusión al tratamiento integral señalando ***"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,*** *(…)",* aclarando que exceder los lineamientos de la normatividad vigente no es conducente, *"por lo que al evaluar la procedencia de conceder* ***TRATAMIENTO INTEGRAL*** *que implique hechos futuros e inciertos respecto de las conductas a seguir con el paciente"* debe tenerse en cuenta lo previsto en la sentencia T-760 de 2008, en la que la Corte Constitucional precisó 4 subreglas que prevén la viabilidad de la *"provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén*

excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, (…)"; de donde se sigue que no es viable proteger derechos que no ha sido amenazados, pues hacerlo constituye *"presumir la mala actuación de esta institución por adelantado. No puede presumir el fallador que en el momento en que el usuario requiera servicios no le serán autorizados"*.

En tal virtud, solicita, de manera principal, se deniegue por improcedente la presente acción constitucional, y *"ante un fallo extrapetita"*, se deniegue la solicitud de atención integral y frente a la solicitud del servicio de auxiliar de enfermería o cuidador domiciliario, al no evidenciarse radicación en el sistema de salud, tampoco órdenes médicas a ello direccionadas, precisa que *"se requiere orden médica, formato de justificación e historia clínica para que sean radicados en la oficina de atención al usuario para que el comité realice el análisis y trámite de aprobación. (…)"*; y en subsidio, ordene al ADRES *"reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de insumos"*.

4. Intervención de los vinculados

4.1 La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES--, a través de la Oficina Jurídica, solicita su desvinculación, atendiendo que de los hechos y del material probatorio se establece "*que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de actor, (…)"*; además de precisar la inviabilidad de conceder el recobro, *"en tanto los cambios normativos y reglamentarios (…) demuestran que los servicios, medicamentos o insumos* ***en salud*** *necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los Presupuestos Máximos; además de que los recursos son actualmente girados antes de cualquier prestación".*

4.2 MEDICUC IPS LTDA., por medio de su representante legal, precisa que la entidad *"no ha desplegado conducta alguna que atente contra los derechos fundamentales de la agenciada, por el contrario, su actuar ha sido diligente con el ánimo de salvaguardar la salud de la paciente* ***ANA IRMIS RAMÓN PULIDO****, ello se demuestra con la prestación de servicios de salud brindados y la radicación de autorización del servicio pretendido a través de la oficina virtual de la EPS, así como con las consultas otorgadas de las cuales se desprendieron los ordenamientos que la usuaria requiere para su tratamiento de salud"*, y en esa medida deja claro que no se le pueden endilgar responsabilidad alguna por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la usuaria.

4.3 El Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, por la Oficina Jurídica, señala que corresponde a la EPS, régimen subsidiado, a la que esté afiliado el usuario prestar los servicios a través de su red prestadora o red alterna que tenga contratada para el efecto; en todo caso, dice, cuando lo ordenado sea un procedimiento

no contemplado en el plan de beneficios, *"sigue siendo obligación de la EPS practicarlo y conforme la normatividad vigente sobre la materia comunicar a ADRES quien a partir del 1 de enero de 2020 asumió el costo"*. En esa dirección, solicita su exclusión de este trámite constitucional y se vincule a ADRES.

III. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE IMPUGNACIÓN

La Juez constitucional de instancia para conceder la solicitud de amparo, como se advirtió, señaló como problemas jurídicos a resolver: **i)** *"establecer si la Nueva Eps-s vulnera o no los derechos a la vida, salud, seguridad social, dignidad humana, igualdad e integridad física de la Ana Irmis Ramón Pulido, al presuntamente no suministrar el servicio de cuidador domiciliario ordenado por su médico tratante"*; y, **ii)** *"¿se debe ordenar a la Administradora General de Seguridad Social en Salud - ADRES, que reembolse a la Nueva Eps todos aquellos gastos en que incurra dicha Eps en cumplimiento de los servicios que deba prestar en razón al presente fallo de tutela, y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de los mismos?".* En desarrollo de dichos planteamientos, frente al primero, con base en jurisprudencia constitucional analizó las condiciones allí establecidas para la prestación de este servicio, cuales son: que ***"exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio"*** y que ***"la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible"***, de lo cual estableció, en relación con la primera condición:

> *"De las pruebas arrimadas al plenario se tiene que el servicio médico de "Cuidador 12 horas por 31 días turno: diurno" fue ordenado el pasado 03 de noviembre y 28 de diciembre de 2021, en consultas de atención domiciliaria realizada por el médico tratante Dr. Freddy Adrián Toloza Mantilla, para los diagnósticos de "Hipertensión esencial (primaria), Gonartrosis primaria bilateral, Otras artrosis especificadas, Hipotiroidismo no especificado, Demencia no especificada.*
>
> *Posteriormente, se prescribió el mismo servicio para los diagnósticos de "Trastorno de ansiedad orgánico".*
>
> *Además, se evidencia que si no se suministra el servicio requerido (Cuidador), se amenazarían los derechos fundamentales a la salud e integridad personal en condiciones dignas de la Señora Ana Irmis Ramón Pulido, ya que, como lo menciona el médico tratante en historia clínica del 03 de noviembre de 2021, "(…) PACIENTE DE 81 AÑOS DE EDAD CON DIAGNOSTICO DE HIPERTENSIÓN ARTERIAL ADEMAS DE ARTROSIS GENERALIZADA, ANTECEDENTE DE TRAUMA EN MANO IZQUIERDA, SIN EMBARGO CON PERDIDA DE FUNCIÓN NORMAL EN LAS MANOS Y (sic) INCAPACIDAD PARA LA MARCHA POR DOLOR EN RODILLAS, EN EL MOMENTO REFIERE DOLOR POLIARTICULAR DE PRESOMINIO NOCTURNO, ADEMAS PRESENTA LABILIDAD EMOCIONAL, IRRITABILIDAD, LLANTO FACIL, DOLOR EN MIEMBROS INFERIORES CON ANTECEDENTE DE ENFERMEDAD ARTERIAS PERIFERICAS, PACIENTE QUE EN LOS ULTIMOS MESES HA TENIDO VARIAS CAIDAS, CON HERIDAS QUE*

HAN REQUERIDO ATENCIÓN POR URGENCIAS", (…) "NERVIOSA, SE ALTERA FACILMENTE, HERIDA EN CUERO CABELLUDO, REGION TEMPORAL IZQUIERDA, MULTIPLES LACERACIONES EN EL CUERPO", "INVALIDO INCAPACITADO, NECESITA CUIDADOS Y ATENCIONES ESPECIALES, ENCAMADO MAS DEL 0% DEL DIA. (…).

Con fundamento en lo anterior, se extrae con certeza que, el Cuidador es un servicio que evidentemente es requerido por la agenciada para sobrellevar sus enfermedades con el más alto nivel de dignidad posible, ayudar en su cuidado diario y prevenir de alguna manera el deterioro de las patologías de base y por ende otras complicaciones, pues tal como lo indica la Corte Constitucional en la sentencia citada en precedencia '(…) En lo que respecta al servicio del cuidador, la jurisprudencia de la Corte destaca: i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos. 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 (…)'.

Así las cosas, erradamente podría afirmar la Eps accionada que la Señora Ana Irmis no cuenta con orden médica que prescriba el servicio médico de cuidador, y mucho menos que, la misma no haya sido radicada; pues incluso, la agenciante en el escrito tutelar señaló que al acercarse "(…) a la NUEVA EPS a realizar las respectivas autorizaciones ordenadas por el médico domiciliario de la IPS MEDICUC, dicha entidad niega la prestación del servicio de CUIDADOR 12 HORAS DIARIAS, (…)".

Y en cuanto a la segunda condición, expuso:

"(…), y de las pruebas obrantes en el plenario se desprende que el núcleo familiar de la Señora Ana Irmis Ramón Pulido está conformado por ella, quien recibe el subsidio del adulto mayor por un valor aproximado de $80.000 pesos; su hermana la aquí agenciante Señora Nieves Ramón Pulido quien recibe el subsidio de adulto mayor por valor de $80.000 pesos mensuales, y su hijo Javier Enrique Ramón Pulido, de quien se dijo "envía una ayuda para solventar los gastos derivados de alimentación, ayuda que depende de la situación laboral con la que cuente el señor Ramón, ya que su trabajo es de tipo informal y debe cubrir sus propios gastos".

De igual forma se tiene que su hijo el Señor Javier Enrique es la única persona que puede trabajar y por ende con la ayuda económica que envía se solventan los gastos de alimentación de la agenciada; sin embargo, dicha ayuda económica depende de su situación informal de trabajo y sus propios gastos.

Por lo que se evidencia que la ayuda de cuidador no puede ser asumida por el núcleo familiar de la Señora Ana Irmis, toda vez que su hermana Nieves por su avanzada edad (72 años) no cuenta con las capacidades y aptitudes físicas que se requieren para el cuidado diario de la agenciada, y resultaría imposible brindarle el entrenamiento adecuado para encargarse de los cuidados diarios de la señora Ana Irmis, puesto que por los padecimientos propios de la edad, algunas tareas ya se convierten en algo tedioso y complicado para un adulto mayor; de igual manera

su hijo se encuentra en imposibilidad material de realizar dicha actividad, pues de lo afirmado por la agenciante se colige que se encuentra en una ciudad diferente a la de residencia de la agenciada (Pamplona), y además, debe trabajar y provee los recursos económicos para ayudar económicamente a su Señora madre, y solventar sus propios gastos, por ende el hecho imponerle además el cuidado diario de su madre sería una carga exacerbada que en definitiva no está en la capacidad de soportar. (…)".

De otra parte, en lo que hace relación con la solicitud de tratamiento integral, precisó:

"(…). De lo anterior, se colige que si bien del plenario se advierte que la Nueva Eps-s ha estado, en principio, atenta a las prestaciones médicas que hasta el momento ha requerido la señora Ana Irmis Ramón Pulido, autorizando las mismas con ocasión a las patologías que la aqueja; ello ha sido sólo frente a los servicios que hacen parte del Plan de Beneficios en Salud (Resolución 2481 de 2020), pues en lo referente a los servicios no incluidos y/o excluidos de éste, de lo transcrito en precedencia, se infiere que si a la actora, el médico tratante le llegare a ordenar algún servicio que se encuentre fuera del PBS, la Eps-s no le garantizaría la prestación del mismo, dada dicha condición; tal y como aquí sucede con el servicio de Cuidador.

Con fundamento en ello, no resultan aceptables los argumentos expuestos por la Eps accionada al ejercer su defensa, pues la misma debe tener especial cuidado y por ende debe revisar si al efecto, se cumplen con las subreglas establecidas y reiteradas por la Honorable Corte Constitucional relacionadas con los casos en los que procede el suministro de servicios médicos no incluidos y/o excluidos del Plan de Beneficios, para una vez analizado ello, otorgárselos a los usuarios, siempre que se cumplan los requisitos para tal fin; sin que para ello, los pacientes se enfrenten a la necesidad de interponer una acción de tutela y que medie una orden judicial que así lo disponga.

Aunado a lo anterior, ha de tenerse en cuenta que las personas de la tercera y sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de la agenciada, tienen derecho a una protección reforzada por parte del Estado, a una atención integral en salud que incluya la prestación de todos los servicios y tratamientos que requieren para su recuperación, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el Plan Obligatorio de Salud o no; (…)".

Entonces, se tiene que para el manejo de las patologías que aquejan a la Señora Ana Irmis Ramón Pulido a saber: 'Hipertensión esencial (primaria), Gonartrosis primaria bilateral, Otras artrosis especificadas, Hipotiroidismo no especificado, Demencia no especificada', 'Trastorno de ansiedad orgánico', se considera viable ordenar el tratamiento integral, pues además de cumplirse los requisitos exigidos para ordenar el tratamiento integral, de las pruebas arrimadas al plenario, claro se desprende que al requerir la agenciada un servicio médico excluido del Plan de Beneficios en Salud, la Eps-s accionada lo negaría, con la justificación de encontrarse estos en la Resolución 2273 de 2021, tal y como así sucedió con el Cuidador que solicita la agenciada a través de este mecanismo constitucional.

> *Tal disposición, no tiene en cuenta el detrimento que esta decisión le ocasionaría a la paciente, pues sus enfermedades no permiten ninguna suspensión en los servicios e insumos médicos requeridos, porque cualquier interrupción en su tratamiento le ocasionaría graves afectaciones en su salud, poniendo en riesgo también su vida en condiciones dignas. (…)".*

Finalmente, negó la petición de recobro elevada por la entidad accionada, comoquiera que según lo ha enseñado la Corte Constitucional el juez de amparo *"está llamado a concentrar su atención sólo en aquellos puntos que tengan relevancia constitucional en cuanto a la eventual violación de derechos fundamentales, (…)"*.

IV. LA IMPUGNACIÓN

El apoderado judicial de la Nueva EPS S.A., con argumentos similares a los expuestos en la contestación del presente trámite constitucional, direcciona su inconformidad hacia la revocatoria de lo ordenado frente al cuidador domiciliario, puntualizando que además de no estar contemplado este servicio en el plan de beneficios de salud, insiste en el llamado al médico tratante para que efectúe la radicación respectiva a través del Mipres, en atención a la Resolución 1885 de 2018; tampoco comparte la negativa de la falladora de primer grado en cuanto a que se le facultara para solicitar al ADRES el reembolso de los gastos en que se incurra en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de insumos; no obstante, pide de esta instancia se adicione en ese sentido.

V. PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Previo a adoptar la decisión correspondiente, consideró necesario el Magistrado Ponente constatar la capacidad económica tanto de la agenciada como de la agenciante. Fue así como se requirió información a las diferentes entidades bancarias de la ciudad, a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, a la Secretaría de Tránsito y Transporte de la ciudad y a la DIAN[2].

Se obtuvo respuesta de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pamplona[3], DIAN[4], Juriscoop[5], Crezcamos[6], Cooprofesores[7], BBVA[8], Bancoomeva S.A.[9],

[2] Folios 21-22 expediente digital
[3] Folio 33 expediente digital
[4] Folio 95 ibídem
[5] Folio 41 ibídem
[6] Folio 44 ibídem
[7] Folio 63 ibídem
[8] Folios 66-67; 90-91 ibídem
[9] Folios 68-69 ibídem

Coomultrup[10], Coomuldenorte[11], Secretaría de Tránsito y Transporte de Pamplona[12] y Banco Agrario de Colombia[13], entidades con las que no registran vínculo alguno; por su parte, Comultrasan[14] y Davivienda[15], reportan relación comercial, en los términos señalados al pie de página.

VI. C O N S I D E R A C I O N E S

1. Competencia de la Sala

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. Problema jurídico

De acuerdo con la situación fáctica planteada, corresponde determinar **(i)** si la NUEVA EPS ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud, igualdad, integridad física y a la vida en condiciones dignas de la señora Ana Irmis Ramón Pulido al no autorizar lo ordenado por el médico tratante consistente en *"cuidador, 12 horas diarias, 31 días, turno diario",* como se advierte de las prescripciones emitidas en los meses de noviembre y diciembre de 2021 y enero de 2022; además, **(ii)** la viabilidad de que por este mecanismo se faculte a la NUEVA EPS S.A. para que realice el recobro ante el ADRES.

Para solucionar el problema jurídico planteado, estima la Sala, con base en jurisprudencia constitucional, analizar **(i)** Los adultos mayores como sujetos de especial protección constitucional; **(ii)** Principio de integralidad predicable del derecho a la salud; examinados esos aspectos, se procederá al análisis del **(iii)** caso concreto.

3. Los adultos mayores como sujetos de especial protección constitucional[16]

Los artículos 13 y 46 de la Constitución Política reconocen como elemento fundamental del Estado Social de Derecho, la necesidad de otorgar una especial protección a ciertos sujetos que, por sus condiciones de manifiesta vulnerabilidad, pueden ver restringidas

[10] Folio 86 ibídem
[11] Folio 92 ibídem
[12] Folios 101-102 ibídem
[13] Folios 104-106 ibídem
[14] Folio 37 ibídem. La señora Ana Irmis Ramón Pulido *"NO"* ostenta la calidad de asociado, ni posee cuentas de ahorros, depósitos de dinero o cualquier otro producto de ahorro o crédito con la Cooperativa. La señora Nieves Ramón Pulido, registra como *"ASOCIADO(A)"* con el siguiente estado de cuenta: *"(…) Ahorros $54.143 Activa; Aportes $10.478 Activa, (…)".*
[15] Folios 47; 71-85 ibídem. ***"La señora NIEVES RAMÓN PULIDO (…)*** *presenta una cuenta No. 0680-0006-1611 con saldo $0.16 y solo presenta un movimiento en el mes de noviembre 2021 $50.000."; "La señora Ana Irmis Ramón Pulido, (…), posee la siguiente cuenta vigente con nuestra entidad: Cuenta De Ahorros Damas-Rural, 068000061611, Vigente y con saldo $0,16"*
[16] Sentencia T-066 de 2020

sus posibilidades en la consecución de una igualdad material ante la Ley. En ese orden, ha considerado la propia jurisprudencia constitucional que los adultos mayores deben ser considerados como sujetos de especial protección constitucional en tanto integran un grupo vulnerable de la sociedad dadas las condiciones físicas, económicas o sociológicas que los diferencian de los otros tipos de colectivos[17].

Sobre el particular, ha estimado la Corte Constitucional que los cambios fisiológicos atados al paso del tiempo pueden representar para quienes se encuentran en un estado de edad avanzada un obstáculo para el ejercicio y la agencia independiente de sus derechos fundamentales en relación con las condiciones en que lo hacen las demás personas[18]. Todo esto, ha precisado la jurisprudencia, no supone aceptar que las personas de la tercera edad sean incapaces, sino que, en atención a sus condiciones particulares pueden llegar a experimentar mayores cargas a la hora de ejercer, o reivindicar, sus derechos.

4. La solidaridad como principio esencial para la protección del adulto mayor en el Estado Social de Derecho[19]

La protección especial al adulto mayor surge como consecuencia de reconocer que existen sectores de la población que, en razón de un mayor grado de vulnerabilidad, son susceptibles de encontrarse, con mayor facilidad, en situaciones que comprometan la efectividad de sus derechos[20].

El artículo 46 de la Carta Política establece que *"El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia".*

Como se observa de los precitados mandatos constitucionales, los principios de solidaridad y de dignidad humana constituyen elementos esenciales sobre los cuales se soporta el modelo de Estado social de derecho, e implican, para el caso concreto de los adultos mayores, la necesidad de que el Estado, la sociedad y la familia adopten medidas especiales de protección a su favor que atiendan a las circunstancias especiales de vulnerabilidad en las que se encuentran respecto del resto del conglomerado*"[21].*

---

[17] Sentencia T- 252 de 2017
[18] T-252 de 2017
[19] Sentencia T-066 de 2020
[20] T-1178 de 2008
[21] Sentencia T- 252 de 2017

Ahora bien, en cuanto al principio de solidaridad ha precisado la Corte Constitucional que aun cuando su materialización implica el despliegue de un conjunto de acciones por parte de varios sectores, lo cierto es que en el caso de los adultos mayores este *se hace más exigente*[22], ya que corresponde, en primera medida, a la familia y subsidiariamente al Estado y la sociedad promover las condiciones para que dicha protección se haga efectiva.

Bajo la misma línea, la propia jurisprudencia ha explicado que, en cumplimiento del deber moral orientado por los lazos de afecto y consanguinidad que une a los miembros de una familia, le corresponde a estos últimos, en principio, contribuir activamente en la asunción de las dificultades que afronta una persona de la tercera edad para procurar su propio cuidado[23].

No obstante lo expuesto, cabe señalar que el deber de solidaridad de la familia para con sus parientes en situación de vulnerabilidad no es absoluto, pues en ciertos casos, la misma puede ser relevada de asumir el cuidado por factores de orden emocional, físico o económico, que la imposibilitan para brindar la atención que la persona requiere[24].

Así las cosas, el máximo Tribunal constitucional ha establecido que las competencias del Estado en materia de cumplimiento del deber de solidaridad se activan bajo dos supuestos a saber: **(i)** que la persona en condición de discapacidad o en situación de debilidad manifiesta se encuentre en estado de abandono y carezca de apoyo familiar[25], y **(ii)** que los parientes del enfermo o adulto mayor no cuenten con la capacidad física, emocional o económica requerida para asumir las obligaciones que se derivan del estado de su ser querido[26].

En todo caso, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que aun cuando se transfiera la obligación de cuidado a las entidades del Estado, los familiares no pierden sus obligaciones de auxilio y socorro para con sus parientes en situación de discapacidad y/o debilidad manifiesta (T-867 de 2008).

5. El suministro del servicio domiciliario de enfermería y sus diferencias con la figura del cuidador[27]

[22] Sentencia T-801 de 1998
[23] sentencia T-352 de 2010
[24] Sobre la materia revisar las sentencias T-401 de 1992, T-851 de 1999, T-398 de 2000 y T-1090 de 2004, donde se analizó el deber de solidaridad de la familia frente a los casos donde los sujetos eran enfermos mentales, la Corte estimó excesivo imponerle la carga de asistencia a los parientes, y acudió al deber de solidaridad en cabeza del Estado para garantizar a esos pacientes la protección de sus derechos fundamentales
[25] T-533 de 1992
[26] Sentencias T-851 de 1999, T-398 de 2000 y T-867 de 2008
[27] Sentencia T-423 de 2019

La jurisprudencia ha diferenciado entre dos categorías diferentes, en atención al deber constitucional de proteger la dignidad humana: los servicios de enfermería y los de cuidador, en donde los primeros se proponen asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente y los segundos, se encuentran orientados a brindar el apoyo físico necesario para que una persona pueda desenvolverse en sociedad y realizar las actividades básicas requeridas para asegurarse una vida digna, en virtud del principio de solidaridad.

Al respecto, la Sentencia T-154 de 2014 determinó que el servicio de cuidador: **(i)** es prestado generalmente por personas no profesionales en el área de la salud; **(ii)** a veces los cuidadores son familiares, amigos o sujetos cercanos; **(iii)** es prestado de manera prioritaria, permanente y comprometida mediante el apoyo físico necesario para que la persona pueda realizar las actividades básicas y cotidianas, y aquellas que se deriven de la condición médica padecida que le permitan al afectado desenvolverse adecuadamente; y **(iv)** representa un apoyo emocional para quien lo recibe.

En efecto, en virtud del principio de solidaridad, este apoyo necesario puede ser brindado por familiares, personas cercanas o un cuidador no profesional de la salud[28]. La Corte Constitucional ha señalado, de hecho, que el servicio de cuidador no es una prestación calificada cuya finalidad última sea el restablecimiento de la salud de las personas, aunque sí es un servicio necesario para asegurar la calidad de vida de ellas. En consecuencia, responde al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho e impone al poder público y a los particulares, determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos[29].

En el caso de los familiares, el máximo Tribunal constitucional ha destacado que se trata de un cuidado y función, que debe ser brindado en primer lugar por estos actores, salvo que estas cargas resulten desproporcionadas para la garantía del mínimo vital de los integrantes de la familia. Es decir, el deber de cuidado a cargo de los familiares de quien padece graves afecciones de salud 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"*[30].

Para el órgano de cierre constitucional, a la luz de la Sentencia T-096 de 2016: *"es claro que no siempre los parientes con quien convive la persona dependiente se encuentran en posibilidad física, psíquica o emocional de proporcionar el cuidado requerido por ella. Pese a que sean los primeros llamados a hacerlo, puede ocurrir que por múltiples situaciones no existan posibilidades reales al interior de la familia para brindar la atención adecuada al sujeto que lo*

[28] Sentencia T-226 de 2015
[29] Ibídem
[30] Sentencia T-065 de 2018

requiere, a la luz del principio de solidaridad, pero además, tampoco la suficiencia económica para sufragar ese servicio. En tales situaciones, la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado"[31]*.*

Desde un punto de vista normativo y operativo, el Ministerio de Salud, mediante la Resolución 3951 de 2016, expedida con el propósito de darle cumplimento al Auto de Seguimiento de la Corte Constitucional A-071 de 2016 y garantizar el acceso oportuno a los servicios y tecnologías en salud no cubiertos por el Plan de Beneficios con cargo a la UPC, definió precisamente en su artículo 3º como servicios o tecnologías complementarias, aquel *"servicio que si bien no pertenece al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad".* Una categoría que parecería describir prima facie, los servicios de los cuidadores enunciados, aunque sin precisarlo de manera expresa.

Sin embargo, con la Resolución 1885 de 2018[32], modificada con las Resoluciones 2966, 1343 y 848 todas de 2019, sobre tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y servicios complementarios, quedó claro que la figura que se describe, sí pertenece a este tipo de servicios complementarios, ya que de acuerdo con el numeral 3 del artículo 3 de la Resolución 1885 de 2018 debe entenderse por cuidador:

> *"Aquel que brinda apoyo 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 lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud".*

Es más, el artículo 39 de la referida Resolución 1885, menciona con detalle los distintos requisitos que se deben cumplir para que las EPS asuman los costos de dicho servicio derivados de un fallo de tutela y realicen los recobros que correspondan, sin importar el régimen al que el paciente se encuentre afiliado.

6. Análisis del caso concreto

La señora Ana Irmis Ramón Pulido, de 81 años, con diagnósticos de "Hipertensión esencial (primaria), Gonartrosis primaria bilateral, hipotiroidismo no especificado, artrosis especificada, demencia no especificada y trastorno de ansiedad orgánico", es beneficiaria en el régimen subsidiado del Sistema General de Salud, siendo la entidad que le presta el servicio la NUEVA EPS. La accionante, hermana de la agenciada, con 72 años de edad, indica que el médico tratante en visita domiciliaria en los meses de

[31] Sentencia T-096 de 2016
[32] *"Por medio de la cual se estableció el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPS"*

noviembre y diciembre de 2021, como en enero de 2022 determinó la necesidad de cuidador 12 horas, durante 31 días, turno diurno; no obstante, afirma, la EPS accionada no ha cumplido con lo dispuesto por el galeno argumentando que dicha responsabilidad recae en la familia. Asimismo, la agenciante manifiesta que el grupo familiar de la agenciada lo conforman un hijo y aquélla y su situación económica no les permite garantizar los servicios que requiere.

Al requerimiento efectuado por el Juzgado de primera instancia, reitera la conformación del núcleo familiar de la agenciada, manifestando, además, que los ingresos provienen del subsidio de adulto mayor que perciben tanto su hermana como ella, que alcanza un monto mensual de $160.000; que no tienen propiedades y residen en “un cuarto” de propiedad de un sobrino que vive en Aguachica, por el que no les cobra arriendo; que el hijo de la señora Ana Irmis, trabajador informal, ocasionalmente, les envía ayuda para solventar los gastos de alimentación.

De las pruebas obrantes en la presente actuación, la Sala evidencia que se encuentran acreditados los siguientes hechos: **i)** que la agenciada es una persona de 81 años de edad, acorde con lo reflejado en el documento aportado con el escrito introductorio; **ii)** con diagnósticos de *“Hipertensión esencial (primaria), Gonartrosis primaria bilateral, Otras artrosis especificadas, Hipotiroidismo no especificado, Demencia no especificada”* y *“Trastorno de ansiedad orgánico”,* **iii)** que por su edad y las patologías que presenta amerita cuidador, en la medida en que para realizar sus actividades normales no puede valerse por sí misma, requiriendo ayuda de otra persona, y su hermana, agenciante, con quien vive alcanza los 72 años de edad y se encuentra también son dificultades en su salud, lo cual le impide procurar su debida atención; **iv)** que hace parte del régimen subsidiado en salud; **v)** que el médico tratante, como se advierte de las prescripciones emitidas en los meses de noviembre y diciembre de 2021 y enero de 2022, le prescribió *“Cuidador 12 horas, por 31 días, turno diurno”*.

En el escrito de impugnación, la parte accionada insiste en que el servicio de cuidador no está incluido en el plan de beneficios de salud, y en que médico tratante debe ser llamado para que efectúe la radicación respectiva a través del Mipres, en atención a la Resolución 1885 de 2018. Puntualizó, igualmente, la necesidad del recobro, en este caso, ante el ADRES, cuando el juez constitucional impone cargas económicas que van más allá de sus obligaciones contractuales.

Acorde con lo expuesto, se tiene que la agenciada es una persona de edad avanzada, que a pesar de que goza del sistema de salud del régimen subsidiado al encontrarse afiliada a la NUEVA EPS, se evidencia una falencia de acceso que afecta su salud y su dignidad humana, dado que la entidad, pese a lo ordenado por el galeno tratante –cuidador, 12 horas diarias, turno diurno–, no ha atendido lo por él dispuesto.

Se destaca que aunque se trata de cuidados que no requieren ser prestados necesariamente por un profesional en salud, sí son parte de la ayuda que puede brindar el denominado *"cuidador"*; que como servicio fundado en el principio de solidaridad, constituye una obligación que debe ser asumida por el Estado, cuando la carga es excesivamente gravosa para la familia.

Como se puntualizó en el acápite 5 de este fallo, la jurisprudencia constitucional ha evidenciado la existencia de eventos excepcionales en los que la carga de prestar el servicio de cuidador puede llegar a trasladarse e imponerse en cabeza del Estado, cuando el primer obligado que es la familia se encuentra imposibilitado de asumirlas; lo cierto es que en el caso objeto de estudio se verifican muchas de esas características.

En efecto, en cuanto al primero de los requisitos, la Sala lo encuentra acreditado, en la medida en que se tiene certeza de que la señora Ana Irmis Ramón Pulido de 81 años, en las condiciones de salud delanteramente descritas, requiere de atenciones especiales, especialmente, el acompañamiento diario para realizar las actividades básicas cotidianas ligadas a su cuidado personal.

En relación con el segundo de los requisitos, esto es la *"imposibilidad material"* por parte de los familiares del paciente de brindar dichos cuidados, de manera efectiva, la Sala considera que tanto la señora Ana Irmis Ramón Pulido como su núcleo familiar, compuesto por su hermana --agenciante-- y un hijo que no reside en esta ciudad, no cuentan con la capacidad física para brindar los cuidados requeridos diariamente a la señora Ramón Pulido. En primer lugar, la agente oficiosa alcanza una edad de 72 años, circunstancia por la que es innegable, como ella lo manifiesta en su escrito titular y en el requerimiento efectuado, el realizar esfuerzos físicos al mover o levantar y sentar a su hermana para tratar de que lleve una vida normal, le ha afectado su estado de salud; de donde se sigue que el núcleo familiar en el que se desenvuelve la agenciada no está condiciones físicas para su atención.

En relación con la exigencia de carencia de recursos económicos para sufragar el costo de contratar la prestación para las atenciones requeridas, se tiene que la agenciada y su núcleo familiar no cuentan con la capacidad que les permita asumir la citada atención, como se advierte de la respuesta al requerimiento efectuado a la agenciante, quien dio cuenta que tanto ella como la agenciada perciben cada una la suma de $80.000 mensuales por concepto de subsidio del adulto mayor otorgado por el Gobierno Nacional, además de la ayuda ocasional que reciben del hijo de la señora Ana Irmis, quien se desempeña como trabajador informal; aspecto que no fue desvirtuado por la parte accionada, en virtud de la inversión de la carga de la prueba. Dígase, además, que el Tribunal, a través del Magistrado Ponente, al indagar sobre la capacidad económica de las hermanas Ramón Pulido encontró que efectivamente las hermanas Ramón Pulido no

cuentan con los recursos necesarios para asumir los costos de un cuidador domiciliario durante 12 horas diarias.

En ese orden de ideas, considera la Sala que se encuentran configurados los requisitos mencionados para que la obligación de brindar los cuidados básicos de un paciente se traslade al Estado.

En tal virtud, estima el Tribunal que en el caso objeto de estudio, es evidente la necesidad de la agenciada en recibir la atención dispuesta por el médico tratante, como también lo es el incumplimiento por parte de la EPS accionada en autorizar y suministrar lo ordenado, avizorándose la vulneración de los derechos fundamentales aludidos, comoquiera que la negativa, sin fundamento razonable, ha impedido que la señora Ana Irmis reciba la atención requerida, para así garantizarle un nivel de vida más óptimo.

Bajo esa óptica, se torna imperativa la confirmación que sobre este aspecto dilucidó la primera instancia.

De otra parte, frente a lo solicitado subsidiariamente por la entidad impugnante, en cuanto a que en el evento de ratificar el fallo de tutela, se le ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos que asuma en cumplimiento del fallo de tutela *"y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios"*, advierte la Sala que no han sido pocos los pronunciamientos de este Tribunal sobre el tema, en el que se puntualiza que para el efecto está previsto un trámite administrativo, sin que este mecanismo sea el sendero para ordenar el pago de sumas de dinero. Es así como se ha dicho[33]:

> *"Por último, en relación con el recobro de los servicios y medicamentos NO POS, queda claro que es un derecho que la EPS-S COMPARTA adquiere una vez preste el servicio no incluido en el POSS a la agenciada, el cual tiene origen y fundamento en la ley y no en la sentencia, pues no es el objeto de la tutela ordenar el pago de sumas de dinero, postura que últimamente se ha acogido por esta Sala en acogimiento además de precedentes recientes de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otros el siguiente:*
>
> > *'(…) En relación con la autorización del recobro al FOSYGA, 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 (…)[34]".*

[33] Sentencia del 22 de septiembre de 2017, M.P. Jaime Raúl Alvarado Pacheco, radicación 54-518-31-04-001-2017-00157-01
[34] Sentencia STL6080 de 2017

Así mismo, rememorando el emitido el 18 de noviembre de 2015[35]:

> *"(…)* ***ii)*** *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 punto, en Auto 297 de 2007, la Corte Constitucional expuso:*
>
> > *"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".*

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, 16 marzo de 2021, radicación 54-518-31-12-001-2021-00013-01, 07 de diciembre de 2021, radicación 54-518-31-12-001-2021-00136-01 y 11 de febrero de 2022, radicación 54-518-31-87-001-2021-00169-01[36].

Por tanto, al no existir premisa normativa alguna que obligue al juez constitucional a facultar expresamente a la EPS para realizar recobros por la asunción de pagos derivados del suministro de implementos, servicios o medicamentos excluidos del Plan de Beneficios de Salud, no es dable entrar a definir un asunto administrativo que no tiene por qué ser abordado en el marco de la acción de tutela.

Corolario, procede, igualmente, la confirmación de citado ítem, con la precisión de que la solicitud de adición de sentencia que presenta el impugnante no es procedente, en la medida en que dicha pretensión sólo sería viable si el fallo de tutela hubiese omitido la resolución de algún extremo de la relación jurídico procesal que tenía que ser decidido, situación que no se presenta en este evento, pues la Juez constitucional primaria se pronunció frente al mencionado tópico –reembolso por parte del ADRES de los gastos ocasionados con el cumplimiento del presente fallo--.

[35] Radicación 54-518-31-12-001-2015-00070-01 M.P. Jaime Andrés Mejía Gómez
[36] M.P. Jaime Andrés Mejía Gómez

VII. D E C I S I O N

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 el fallo de tutela emitido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pamplona el día cuatro de febrero de dos mil veintidós, por lo esbozado en la motiva.

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, una vez se levante la suspensión de términos de la revisión eventual.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ

NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Firmado Por:

Jaime Andres Mejia Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
002
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:
064521d8e8f9ac7c46f222d79083f81110202cd92a6291bf5abbe4bf0494f8c1
Documento generado en 01/03/2022 11:37:22 AM

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