



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

Pamplona, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Magistrado Ponente
JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO
Aprobado por Acta No. 196

Radicado: 54-518-31-87-001-2022-00188-01
Accionante: JESSICA JOHANA HENAO DAZA, agente oficiosa de
WILLIAM ALBERTO HENAO BERBESI
Accionada: NUEVA EPS

I. ASUNTO

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la apoderada de la NUEVA EPS, contra la sentencia proferida el 19 de octubre de 2022 por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, en la acción de tutela de la referencia.

II.- ANTECEDENTES RELEVANTES¹

1. Hechos

La agente oficiosa refirió que:

- 1.1.** El agenciado, (el señor WILLIAM ALBERTO HENAO BERBESI), se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en régimen contributivo de la NUEVA E.P.S., recibiendo la prestación del servicio por parte de MEDICUC IPS S.A.S.
- 1.2.** El paciente tiene 58 años, con un diagnóstico principal: *“secuelas de enfermedad cerebrovascular, no especificada como hemorragia u oclusiva”*, como diagnósticos secundarios, *“infarto cerebral no*

¹ Escrito de tutela y anexos a folios 2-27 índice electrónico expediente unificado y digitalizado de primera instancia.

especificado, traumatismo por aplastamiento del cráneo, gastrostomía, traqueotomía disfagia, problemas relacionados con movilidad reducida”.

- 1.3. En epicrisis del 21 de septiembre de 2022, el galeno domiciliario generó un plan de manejo médico que incluyó el servicio de cuidador por 24 horas, traslado redondo en ambulancia por 1 mes para trasladarse a cita con especialistas en la ciudad de Cúcuta, entre otros.
- 1.4. El señor WILLIAM ALBERTO HENAO BERBESI es una persona dependiente, incapaz de proveerse su propio cuidado, requiriendo ayuda las 24 horas del día para moverse, alimentarse, tomar medicamentos, realizar terapias y controles, con un puntaje en la escala de Barthel de 0/100.
- 1.5. El agenciado carece de familiares y terceros que asuman sus cuidados *“(…) ya que por las consecuencias que dejó el accidente cardiovascular mi padre queda postrado en cama dependiendo 100% de un tercero para realizar cualquier actividad básica y por su contextura, fuerza y agresividad se me imposibilita hacer el cuidado sola, en la que cabe mencionar que desde lo sucedido tuve que dejar mi trabajo para poder ejercer los cuidados de mi padre ya que el solo tuvo dos hijos y mi hermano es quien está cumpliendo las labores a las que él se dedicaba para poder generar dinero y sufragar las necesidades propia del hogar ”.* (sic).
- 1.6. Actualmente es el hijo del agenciado quien que ocupa el puesto laboral de su padre, para lo cual tuvo que abandonar sus estudios y sufragar los gastos cotidianos del hogar.

2. Pretensiones.

Tutelar los derechos fundamentales a la salud, igualdad, integridad física y vida digna; y en consecuencia se ordene a la **NUEVA E.P.S.** i) *“(…) que garantice y autorice de manera permanente (es decir que no haya dilación alguna) según formulario médico emitido por la IPS MEDICUC con fecha de aprobación 21/09/2022. CUIDADOR DOMICILIARIA (sic) 24 HORAS DIURNA PARA EL MES DE OCTUBRE,* De igual manera, solicito que dicho proceso se garantice de forma eficaz, ágil y oportuna para todas las veces que el médico tratante lo requiera”, ii)

*“(…) que garantice y autorice de manera permanente las atenciones domiciliarias por: fisioterapia, por terapia respiratoria, por foniatría y fonoaudiología, por terapia ocupacional, atención integral heridas de baja complejidad para cada vez que el médico tratante le orden (sic) (…), iii) “ordenar al **DIRECTOR DE NUEVA EPS** y/o quien corresponda TRASLADO REDONDO EN AMBULANCIA para **WILLIAM ALBERTO HENAO BERBESI** y para un acompañante siendo la forma de trasladarlo a la ciudad de Cúcuta a cita de consulta de primera vez por especialista en HEMATOLOGIA, NEUROLOGIA, PSIQUIATRIA y para las citas que se deriven del diagnóstico actual y los que se puedan generar”, iv) (…) solicito se ORDENE QUE LA ATENCION SE PRESTE DE FORMA INTEGRAL es decir todo lo que requiera en relación a su patología actual, se preste en forma **PERMANENTE Y OPORTUNA** (…), v) prevenir al DIRECTOR de la NUEVA EPS, de que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones que dieron merito a iniciar esta tutela (…).”*

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Admisión

El 05 de octubre de 2022 se admitió la tutela² en contra de la **NUEVA E.P.S**; concediéndole dos (2) días para que se pronunciara respecto de los hechos y pretensiones planteadas en la acción constitucional.

2. Contestación de la tutela en lo relevante

NUEVA E.P.S.³

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

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

² Folio 28 ibidem.

³ Folios 29- 68 ibidem.

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 del 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 del 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”.

Que en consonancia con los mandatos de la ley estatutaria en salud, el SGSSS garantiza a todas las personas la totalidad de servicios y tecnologías de salud autorizados para la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de las enfermedades, excepcionando aquellos servicios explícitamente excluidos de financiación con recursos públicos, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

Señaló las reglas jurisprudenciales establecidas en torno a la posibilidad de disponer vía tutela el suministro de servicios, insumos o procedimientos excluidos del PBS; para posteriormente aclarar que el servicio de cuidador domiciliario no es de carácter médico, razón por la cual *“(…) en principio debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este núcleo se encuentre materialmente imposibilitado para brindar el apoyo permanente, es obligación del Estado suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado (…)*”.

Reiteró *in extenso* los requisitos establecidos jurisprudencialmente para ordenar vía tutela el servicio de cuidador domiciliario, concluyendo que *“(…) es claro que el servicio de cuidador únicamente se otorga en casos excepcionales en los que sea evidente la configuración de los requisitos citados (…)*”.

Sobre esto último la accionada detalló los criterios diferenciales entre el servicio auxiliar de enfermería y cuidador domiciliario, indicando que el primero: 1) constituye un apoyo en la realización de procedimientos calificados en salud, 2) es una

modalidad de atención domiciliaria en las resoluciones que contemplan el PBS, 3) está incluidos en el PBS en el ámbito de la salud, cuando sea ordenado por el médico tratante, y, 4) procede en casos de pacientes con enfermedad en fase terminal, enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida; por otro lado, al servicio de cuidador domiciliario se le atribuyeron las siguientes cualidades conforme a jurisprudencia: 1) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos, 2) 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, 3) 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.

Con sustento en lo anterior, la entidad concluyó que lo que requiere el accionante es un cuidado domiciliario, función que puede ser ejercida por algunos de sus familiares bajo el principio constitucional de solidaridad.

Sobre el servicio de transporte, alegó la accionada que tal requerimiento no se encuentra radicado en el MIPRES por el médico que realizó la visita domiciliaria al accionante, destacándose su trascendencia ya que conforme a la sentencia T-760 de 2008 es indispensable que el galeno tratante esté adscrito a la entidad encargada de cubrir el servicio ordenado. Refiere que Pamplona no se encuentra dentro de los municipios beneficiarios del UPC diferencial, además que el servicio de transporte debe ser sufragado por su familia, ya que los recursos que se deberían destinar a suplir la pretensión incoada no pueden ser asumidos por las EPS so pena de afectar la estabilidad financiera del sistema. En el acápite final de su intervención, abogó por la ausencia de prueba siquiera sumaria que acredite la incapacidad económica y material para sufragar los gastos del traslado del paciente, destacando que la mera manifestación de no contar con los recursos no puede ser tenida en cuenta dentro del proceso además que tal prestación no forma parte de los servicios y tecnologías en salud.

Sobre el tratamiento integral se dijo que “(...) *no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amozados o violados, es decir*

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

En últimas y en lo que incumbe al tópico de la impugnación, solicitó se desestimen las pretensiones encaminadas a lograr el suministro del servicio de cuidador domiciliario, transporte redondo en ambulancia y tratamiento integral, toda vez que “(...) **NO SE ENCUENTRA DENTRO DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD – PBS, aunado al hecho de que la accionante no presenta orden médica radicada vía MIPRESS en la cual se solicite la prestación de dicho servicio (...).**”

IV. LA DECISIÓN EN LO RELEVANTE⁴

Culminado el recuento legal y jurisprudencial respectivo, la *a-quo* estableció de entrada que el agenciado funge como un sujeto de especial protección debido a sus patologías que generan un alto nivel de dependencia y cuidado.

Respecto del cuidador domiciliario y al servicio de transporte en ambulancia, analizó las subreglas previstas jurisprudencialmente en torno al asunto, considerando que:

*“(...) Jessica Johana Henao Daza, agente oficiosa de **WILLIAM ALBERTO HENAO BERBESI**, solicita cuidador domiciliario por 24 horas; atención domiciliaria de manera continua; transporte en ambulancia para acudir a las consultas especializadas prescritas y atención integral.*

Revisada la historia clínica de consulta de atención domiciliaria que data del 21 de septiembre de 2021 (sic) se establece que el mismo padece de: secuelas de enfermedades cerebrovascular, no especificada como hemorrágica u oclusiva; infarto cerebral no especificado; traumatismo por aplastamiento de cráneo; gastrostomía; traqueostomía; disfagia y problemas relacionados con movilidad reducida; como parte del plan de tratamiento el médico tratante ordena: cuidador 24 horas para los meses de septiembre, octubre y noviembre; atención domiciliaria por fisioterapia, terapia respiratoria, foniatría y fonoaudiología, terapia ocupacional y atención integral de heridas de baja continuidad; valoraciones por las especialidades de fisiatría, psiquiatría, neurología, hematología y medicina interna, y ordena traslado redondo en ambulancia para desplazarse a Cúcuta a efectos de acceder a citas con especialistas.

(...)

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corte ha evidenciado la existencia de eventos excepcionales en los que, a pesar de que la carga de prestar este tipo de atenciones radica, en principio, en la familia, ella puede llegar a trasladarse e imponerse en cabeza del Estado, esto es, cuando (I) existe certeza sobre la necesidad de las

⁴ Folios 78- 93 ibidem.

atenciones y (II) el primer obligado a asumirlas (el núcleo familiar) se encuentra imposibilitado para otorgarlas.

En el caso de estudio, se evidencia la acreditación del primer requisito en cuanto se trata de un paciente que presenta secuelas neurológicas secundarias a accidente cerebrovascular de ACMI, con dependencia total de un tercero, desconectado del medio, incapacitado para seguir órdenes, con comportamiento errático, sin control de esfínteres, con movilidad reducida, usuario de traqueostomía y gastrostomía, quien requiere de administración de medicamentos, cambio de pañal, cambios de posición, curaciones, apoyo de actividades básicas relacionadas con su cuidado personal, comoquiera que aquel no se encuentra en condiciones de procurárselas por sí mismo, y la ausencia de estas implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud; por tanto, son indispensables y necesarias para la estabilidad de su condición de salud y sobrellevar sus afectaciones en condiciones dignas.

Respecto al segundo requisito, “imposibilidad material” la misma debe entenderse que el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio: (i) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para sumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.

En el caso de estudio, su hija Jessica Johana Henao Daza, manifiesta que ella renunció al trabajo para asumir el cuidado de su padre, a raíz del accidente cardiovascular que sufrió este quedó postrado en una cama, sin embargo, por su contextura, fuerza y agresividad se le imposibilita cuidarlo sola, no le queda tiempo para cumplir sus obligaciones con su hija y su esposo, dado que, el estado de salud de su progenitor amerita una dedicación total. También expone que su hermano suspendió sus estudios universitarios y está reemplazando a su padre donde laboraba, a efectos de obtener ingresos para sufragar los gastos de arrendamiento, servicios públicos y alimentación.

Sobre este punto, se considera que los hijos del señor **WILLIAM ALBERTO HENAO BERBESI** acreditan la imposibilidad material para desempeñar la labor de cuidador, en virtud de que deben suplir sus necesidades básicas y carecen de los recursos para contratar los servicios de un tercero para que le brinden a su familiar las atenciones que requiere.

(...)

En ese orden de ideas, en el presente caso, se encuentran configurados los requisitos mencionados para que la obligación de brindar los cuidados básicos de un paciente se traslade al Estado, por tanto, se accederá a dicha pretensión en los términos ordenados por el médico tratante.

Frente a la pretensión de que se autorice el traslado del paciente en ambulancia para acceder asistir a las consultas con especialistas, de acuerdo a las pruebas aportadas se acreditó que NUEVA EPS autorizó las consultas de primera vez por las especialidades de hematología, neurología, psiquiatría a IPS ubicadas en la ciudad de Cúcuta, del mismo modo, el médico tratante ordenó al paciente “TRASLADO REDONDO EN AMBULANCIA” con el objeto de que este acceda a las prestaciones médicas ordenadas, el agenciado y su familia no cuentan con los ingresos suficientes para asumir el gasto de transporte especial, sumado a ello, se trata de una persona discapacitada, que por su estado de salud se encuentra en un alto grado de vulnerabilidad, requiere de un trato preferente y especializado, pues es usuario de gastrostomía y traqueostomía, con dependencia total de un tercero, adicional a ello, la falta de acceso a la atención en salud prescrita no solo afectaría

su tratamiento y por ende su salud, sino también su vida digna, e incluso su misma existencia, razones suficientes para que las EPS garantice el traslado en ambulancia al paciente, de conformidad con la prescripción del especialista tratante.

(...) la EPS debe cumplir con los presupuestos de oportunidad, continuidad y eficiencia en la prestación del servicio de salud, máxime cuando se trata de un sujeto de especial protección por condición de salud, en esa medida, se accederá a la petición de tratamiento integral, que incluya la prestación de todos los servicios y tratamientos que requiere para su recuperación, sin dilaciones injustificadas ni barreras, aunado a que, debido a la complejidad de las enfermedades que padece requiere de un tratamiento continuo y oportuno, por ello, resultaría contraproducente la demora en el suministro del tratamiento prescrito (...).

Finalmente, el despacho no hará pronunciamiento alguno respecto a facultar a NUEVA EPS para el recobro, pues acorde con las normas legales que rigen el asunto, reiterando que según el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, la acción de tutela no es un mecanismo para solventar las obligaciones que nacen entre las EPS o EPS-S y el Estado como garante del sistema (...).

V. LA IMPUGNACIÓN⁵

La accionada impugnó el fallo de primera instancia encaminado a que se revoque, sustentando su inconformidad en los siguientes argumentos (en reiteración a su intervención previa al fallo):

Resaltó la indebida utilización de los recursos del SGSSS, ya que la destinación de dineros para suplir los servicios de cuidador domiciliario y traslado en ambulancia son prestaciones que están por fuera del ámbito de la salud y son servicios no PBS, y para acceder a dichas prestaciones es menester que sea el médico tratante adscrito a la EPS quien haga la solicitud mediante la plataforma del MIPRES; insiste en diferenciar entre el cuidador domiciliario y el servicio auxiliar de enfermería.

Añadió que es deber del núcleo familiar, sean ascendentes o descendentes de quien necesita el cuidado, velar por su integridad física y mental (artículos 46 de la Constitución política y 251 y 252 del Código Civil), concluyendo la NUEVA EPS que el servicio a requerir en beneficio del accionante es de un cuidador y no de un enfermero/a, pues sus necesidades son tendientes a satisfacer necesidades cotidianas.

En últimas solicitó que no debe mantenerse indemne el fallo que se impugna, insistiendo en que de mantenerse el mismo se ordene el recobro ante el ADRES de los gastos que en exceso de sus obligaciones legales y reglamentarias asuma.

⁵Folios 100-115 ibidem.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Al tenor del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 es competente esta Sala para conocer la impugnación formulada, por cuanto el fallo recurrido fue proferido por un despacho judicial con la categoría del Circuito del que esta Corporación es superior funcional.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la decisión de primera instancia que ordenó el servicio de cuidador domiciliario, servicio de traslado de ambulancia intermunicipal y el tratamiento integral en favor del agenciado, se ajusta a los requisitos establecidos legal y jurisprudencialmente para esos efectos, en concordancia con las particularidades del caso concreto.

3. Solución del problema jurídico.

3.1. Del cuidador domiciliario.

Por mandato constitucional surge el deber de solidaridad dirigido a garantizar el goce efectivo de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad (como sucede con el agenciado, acorde con sus particulares circunstancias de salud, que lo ubican como sujeto de especial protección constitucional, atendida la total dependencia de terceros consecuencia de las graves patologías que lo aquejan) , correspondiéndole en primera medida a la familia y subsidiariamente al Estado y la sociedad promover las condiciones para que la protección de sus garantías se haga efectiva.

Con todo, 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 requiere⁶.

De esa manera el deber de cuidado en virtud del principio de solidaridad también se extiende al Estado cuando: **(i)** la persona en condición de discapacidad o en situación de debilidad manifiesta se encuentre en estado de abandono y carezca de

⁶ 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

apoyo familiar⁷, y **(ii)** los parientes del enfermo no cuenten con la capacidad física, emocional o económica requerida para asumir las obligaciones que se derivan del estado de su ser querido⁸. Ello, sin perjuicio de la subsistencia de las obligaciones familiares de auxilio, según las cuales *“(...) la familia no puede desligarse completamente del cuidado y protección que demanda el enfermo, ya que ella debe seguir el proceso de acompañamiento en el tratamiento que requiera el paciente. En efecto, los parientes más cercanos del enfermo guardan la obligación de participar activamente del proceso de recuperación o estabilización, lo que constituye una manifestación del deber de solidaridad y responde fundamentalmente a la necesidad de asegurar que el paciente cuente con todas las condiciones necesarias para recuperar o mantener estable su estado de salud mental. De manera que, aun en caso de que el Estado o la sociedad asuman directamente el cuidado del enfermo, sus familiares deben participar del proceso de alivio como elemento fundamental del tratamiento de la enfermedad, para lo cual es necesaria la coordinación de esfuerzos en aras de que ellos cuenten con la asesoría e información necesarias que les permitan contribuir eficazmente a la mejora o estabilidad de su pariente”*⁹.

Ahora bien, frente a las características del servicio de cuidador la sentencia T-154 de 2014 determinó que el mismo: **(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.

Así mismo, 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 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*

⁷ T-533 de 1992

⁸ Sentencias T-851 de 1999, T-398 de 2000 y T-867 de 2008

⁹ Corte Constitucional, T-867 de 2008

*pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado*¹⁰.

En el mismo sentido en la sentencia T-414 de 2016¹¹ reafirma la Corte Constitucional que existen circunstancias excepcionálísimas en las que, a pesar de que las EPS no deben suministrar el servicio de cuidador en comento se requiere en todo caso dicho servicio, y en consecuencia se debe determinar detalladamente si puede ser proporcionado o no. Dichas circunstancias son: *“(i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional de sus familiares, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente”*.

Sobre ese punto, la misma Corporación amplía su postura frente a los eventos que avalan trasladar a la E.P.S. la carga del cuidado domiciliario de un paciente, precisando que:

“(...) 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. 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

¹⁰ Sentencia T-096 de 2016

¹¹ Según se advierte en sentencia T-423 de 2019

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 de ese servicio, 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.

3.2. Del servicio de traslado en ambulancia.

¹² Corte Constitucional T-015 de 2021.

Sea lo primero indicar que la ley 1751 de 2015 en su artículo 6 precisa los elementos y principios del derecho fundamental a la salud, destacando la accesibilidad, en virtud de la cual “Los servicios y tecnologías en salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica, y el acceso a la información”¹³ (Subrayas fuera del texto original).

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12 numeral 1 dice: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*, y seguidamente en su numeral 2 señala que *“Entre las medidas que deberá adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: (...) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”*.

La Corte Constitucional en sentencia T-032 de 2018, explica que *“(...) es posible determinar que la obligación que recae sobre las entidades promotoras de salud, como las encargadas de cumplir la obligación estatal contenida en los artículos 48 y 49 de la Constitución, de garantizar el acceso al servicio de salud y, en consecuencia, brindar todos los medios indispensables para que dicha accesibilidad se materialice de manera real y efectiva (...). Así las cosas, se concluye que el principio de integralidad consiste en mejorar las condiciones de existencia de los pacientes garantizando todos los servicios médicos que los profesionales en salud consideren científicamente necesarios para el restablecimiento de la salud, ello en condiciones de calidad y oportunidad. De esta manera, en consonancia con este principio, sobre las empresas promotoras de salud recae la obligación de no entorpecer los requerimientos médicos con procesos y trámites administrativos que resulten impidiendo a los usuarios el acceso a los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud (...).”*

En consonancia con lo anterior, surge palmario que el derecho a la salud en su fase de accesibilidad, propende por la eliminación de barreras físicas y económicas que impidan a los pacientes beneficiarse de los servicios médicos que requieren para la conservación de su bienestar.

¹³ Ley 1751 de 2015, artículo 6.

Bajo tal contexto, la jurisprudencia constitucional es pacífica al indicar que el servicio de transporte, asegura el acceso al servicio de salud, en tanto:

“29. Si bien los servicios de transporte no son prestaciones de salud en estricto sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que, en algunas ocasiones, es un mecanismo de acceso a los servicios de salud, que puede constituirse en una barrera para el usuario^[119], cuando este debe asumir su costo y no cuenta con recursos para ello.

30. Inicialmente el transporte se encontraba excluido de las prestaciones en salud, pero de conformidad con la jurisprudencia, el Ministerio de Salud lo incluyó bajo la idea de que:

“Las EPS y EPS-S debían cubrir los gastos de desplazamientos generados por la remisión de un usuario a un lugar distinto de su residencia cuando: (i) se certifique debidamente la urgencia en la atención y (ii) entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, en los eventos en que, por falta de disponibilidad, no se pueda brindar la atención requerida en su lugar de residencia”^[120].

La Sentencia T-760 de 2008^[121] fue enfática en afirmar que “toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que [le] impidan (...) acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia (...) y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado”^[122]¹⁴. (Subrayas de esta Sala).

Por su parte, en relación con el transporte o traslados de pacientes en ambulancia básica o medicalizada, el artículo 107 de la Resolución 2292 de 2021 “Por medio de la cual se actualizan los servicios y tecnologías de la salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, señala que:

“ARTÍCULO 107. TRASLADO DE PACIENTES. Los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC incluyen el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada), en los siguientes casos:

1. Movilización de pacientes con patología de urgencias, desde el sitio de ocurrencia de la misma, hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitario y de apoyo terapéutico en ambulancia.

2. Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente, para estos casos, está financiado con recursos de la UPC el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

Asimismo, se financia el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria, si el médico así lo prescribe”.

¹⁴ Corte Constitucional T 409/2019

Así las cosas y por mandato legal, el servicio de transporte de pacientes en ambulancia por lo menos en los específicos eventos previamente reseñados, se encuentra incluido en el plan de beneficios en salud, reafirmando la condición de ese tipo de servicios como un medio de acceso a la atención en salud.

En esa misma línea, téngase en cuenta la sentencia T-1158 de 2011, referente al caso de una menor de edad a quien le fue negado el servicio de transporte en ambulancia, a pesar de que tenía una incapacidad de 84.9% que le impedía la locomoción y el acceso a los centros médicos en los cuales le realizaban las fisioterapias; veamos:

“No existe accesibilidad si se programan, como en el caso materia del presente fallo, sesiones de fisioterapia, pero no se facilita la llegada e ingreso al sitio donde se va a efectuar tal tratamiento. Ordenar una fisioterapia, pero al mismo tiempo obstaculizar su práctica, afecta la seguridad social integral, que incluye, como es lógico, la accesibilidad a la atención. La obligación de acudir a un tratamiento corresponde en primer lugar al paciente y a su familia. Pero, si se trata de un inválido y además de un niño y si la familia no tiene recursos para contratar un vehículo apropiado, no tiene explicación que no se preste el servicio de ambulancia por parte de la correspondiente EPS. (...) No es aceptable exigirle a un niño inválido, con 84.9% de incapacidad, que tome transporte público para ir y venir a las sesiones de fisioterapia. Las dificultades son enormes y las secuelas, al usar tal medio de transporte público, pueden ser catastróficas”.

Finalmente, para los efectos que convocan la acción de esta Corporación, el alto Tribunal ilustra que:

“(...) se dispuso, que el transporte en ambulancia se incluye en principio dentro del POS, “para el traslado entre las instituciones prestadoras del servicio de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos (...).

11. En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para garantizar servicios de transporte, sin embargo, la Corte ha dicho que es procedente cuando se cumplan una serie de requisitos. A saber:

- a. Que la atención requerida se efectúe en lugar distinto al domicilio del paciente*
- b. Que el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su movilización.*
- c. Que se acredite que de no efectuarse el traslado por ese medio especializado, se afectarán los derechos a la salud, integridad o vida del paciente.*
- d. Que el paciente requiera atención permanente para garantizar su integridad física.*
- e. Que el paciente ni su núcleo familiar cuente con los recursos para pagar los costos del transporte médico especializado.*

Así las cosas, de cumplirse los requisitos enumerados, el juez constitucional tiene el deber de ordenar el traslado del paciente en ambulancia, o si es del caso, ordenar el pago del mismo, para poder acceder a los servicios de salud que no sean

*urgencias médicas. Igualmente, deberá ordenarse el pago de alojamiento en caso de ser necesario*¹⁵.

3.3. Del tratamiento integral.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 2, literal d, señala que la integralidad, en el marco de la seguridad social, debe entenderse como *“la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población”*, para lo cual, cada persona, según su capacidad de pago, contribuiría.

Así mismo, de vieja data se ha reforzado el vínculo inescindible entre la prestación del servicio de salud y la integralidad, como principio expresamente consagrado en el artículo 8¹⁶ de la Ley 1751 de 2015 y según el cual los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa y con *“independencia del origen de la enfermedad o condición de salud”*, por lo cual, no puede *“fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario”*.

Igualmente, dicho artículo instituye que ante la duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud a cargo del Estado, se debe entender que este comprende *“todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”*.

En el mismo sentido, la sentencia C-313 de 2014 aclaró que el artículo 8 implica que en caso de duda sobre el alcance de una tecnología en salud cubierta por el Estado, se debe resolver a favor del derecho, esto es, a favor de quien lo solicita.

En ese contexto, en la sentencia T-259 de 2019 se reitera que el tratamiento integral implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud, proporcionando todas las tecnologías que se necesiten con el fin de lograr la recuperación e integración social del paciente sin importar si estas se encuentran o no en el PBS. Así mismo, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir *“prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad (...)”*.

¹⁵ Corte Constitucional, T-659 de 2014.

¹⁶ **“ARTÍCULO 8o. LA INTEGRALIDAD.** Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.
En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

En la sentencia T-010 de 2019 se precisó además que este principio no solo opera para garantizar la prestación de las tecnologías necesarias, sino para que la persona pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal.

En armonía con lo expuesto, a voces de la Corte Constitucional la finalidad de una orden de tutela encaminada a garantizar el tratamiento integral propende por “(...) *la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante*”¹⁷, siendo obligación de las entidades promotoras de salud atender las órdenes médicas de manera integral, continua, efectiva y oportuna.

Respecto a las condiciones para acceder al tratamiento integral, la Corte es clara al enunciar que solo puede ser consecuencia de la orden de un juez constitucional cuando “(i) *la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente [46]. Igualmente, se reconoce cuando (ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas (iii) personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas (...)*”¹⁸.

Para los efectos y en procura de evitar una condena en abstracto y desarticulada con las facultades de las entidades de salud, corresponde al fallador determinar el tratamiento del paciente (delimitado por el médico tratante) sobre el cual opera la orden de tratamiento integral, en atención a las siguientes condiciones “(i) *la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o por cualquier otro criterio razonable*”¹⁹.

3.4. Caso concreto

3.4.1. Cuidador domiciliario.

¹⁷ T-259 de 2019

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Corte Constitucional T- 513 de 2020

De conformidad con las razones de la alzada, corresponde determinar si en el particular concurren los elementos que determinan la posibilidad de trasladar a la E.P.S. la carga de asumir el servicio de cuidador domiciliario, esto es 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”*²⁰.

i). Certeza médica sobre la necesidad del servicio.

La presente acción constitucional involucra los derechos de una persona de 59 años con un diagnóstico principal de *“secuelas de enfermedad cerebrovascular, no especificada como hemorragia u oclusiva, diagnósticos secundarios: infarto cerebral no especificado, traumatismo por aplastamiento del cráneo, gastrostomía, traqueostomía, disfagia, problemas relacionados con movilidad reducida”*²¹.

En razón a las patologías expuestas, obra en el expediente orden médica²² del 21 de septiembre hogaño en la que mediante consulta domiciliaria por parte de la I.P.S. MEDICUC, el galeno tratante prescribe, entre otras cosas, el servicio de cuidador domiciliario 24 horas por 3 meses.

En ese contexto, en el soporte médico precitado, se evidencia la aplicación de la escala de Barthel, con un resultando que se corresponde con *“dependencia total”*; la escala de actividad de Karnofsky con un puntaje de 40; y la escala de Norton, con una calificación como paciente de alto riesgo. De la misma manera, anota el galeno lo siguiente *“Paciente de 58 años de edad sin antecedentes previos, con secuelas neurológicas secundarias A ACV de ACMI, quien requirió hospitalización por 1 mes con respiración mecánica por 15 días, usuario de traqueostomía la cual está en destete, usuario de gastrostomía por desconexión del medio, incapacidad para seguir ordenes, comportamiento errático, por lo cual paciente con dependencia total, por lo cual no puede ejercer actividades laborales (...) en el momento encuentro paciente agitado, desconectado y desorientado en sus 3 esferas (...)”*²³.

Los anteriores presupuestos arrojan, en primer lugar, que el agenciado es una persona de especial protección en razón a sus patologías y estado de completa dependencia que demandan su cuidado y atención constante en aras de conservar

²⁰ Corte Constitucional, T-015 de 2021

²¹ Historia Clínica MEDICUC IPS del 21 de septiembre de 2022, allegada como anexo del escrito de tutela.

²² Ibidem.

²³ Ibidem

su estado de salud.

En segundo lugar, resulta plenamente acreditado que el servicio de cuidador domiciliario solicitado en sede de tutela, tiene su causa en una orden emitida por el profesional de la salud en virtud del diagnóstico del implicado, cuya idoneidad al ser aceptada por el alto Tribunal Constitucional²⁴ permite fundar certeza respecto del criterio médico que considera necesario para el tratamiento de su paciente, la asistencia en su domicilio. Convicción que viene reforzada ante la ausencia de controversia por parte de la **NUEVA E.P.S.** respecto de la mentada 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, enfermedades o la obligación de obtener recursos para procurar la subsistencia del núcleo familiar; y los segundos atribuibles a la carencia de capacidad económica para costear esa clase de servicios.

En ese contexto, el libelo inicial²⁵ señala que el núcleo familiar inmediato del señor WILLIAM ALBERTO HENAO BERBESI, se encuentra conformado por su hija (agenciante) y su hijo HOSMAN quien debió abandonar sus estudios universitarios para proveer económicamente al hogar.

Profundizado la situación económica y social de los implicados, tenemos que JESSICA JOHANA HENAO, es esposa y madre, sin embargo debió abandonar su trabajo en Bogotá para dar cuidado a su padre, por lo que los gastos de su propio hijo los asume su pareja; por el otro lado, HOSMAN tuvo que abandonar sus estudios para suplir el puesto de trabajo de su padre como conductor de transporte y de esa manera para sufragar los gastos de alimentación, vivienda y servicios que ascienden aproximadamente a \$550.000.

Acerca de los detalles que rodean el cuidado del paciente, se dice que “ (...) *por las consecuencias que dejó el accidente cardiovascular mi padre queda postrado en*

²⁴La 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.

²⁵ Folios 2-27 índice electrónico expediente digitalizado primera instancia.

cama dependiendo 100% de un tercero para realizar cualquier actividad básica y por su contextura, fuerza y agresividad se me imposibilita realizar el cuidado sola, en la que cabe mencionar que desde lo sucedido tuve que dejar mi trabajo para poder ejercer los cuidados de mi padre ya que él solo tuvo dos hijos y mi hermano es quien está cumpliendo las labores a las que él se dedicaba para poder generar dinero y sufragar las necesidades propia del hogar”.

En esas circunstancias esta Sala encuentra acreditada la imposibilidad que le asiste al hijo del señor HENAO, para encarar el cuidado que este requiere en las condiciones de permanencia y continuidad recetados por el médico tratante, pues implicaría poner en riesgo el sostenimiento del núcleo familiar, siendo él la única persona que labora y a través de esos ingresos asume las necesidades básicas del hogar.

Para los efectos vale rememorar que el alcance del deber de solidaridad de las familias no puede tornarse como un obstáculo con la virtualidad de afectar la continua búsqueda de recursos para garantizar la subsistencia del núcleo familiar, más cuando los parientes que eventualmente podrían socorrerlos económicamente (la misma agenciante, como hija del paciente) tampoco cuentan con una estabilidad que así se los permita.

Ahora bien, es claro que hasta el momento el cuidado del señor HENAO BERBESI ha sido asumido exclusivamente por su hija, manteniéndola apartada de sus deberes como esposa y madre, y enfrentando las difíciles condiciones físicas (contextura y fuerza) y conductuales (agresividad y comportamiento errático) del paciente; aspectos que en conjunto derivan una falta de aptitud física de la mencionada para garantizar la atención personal de su progenitor con la frecuencia y efectividad que se requiere.

Con ese norte, relieves la jurisprudencia de la Corte Constitucional en consonancia con la cual el principio de solidaridad que le asiste a las familias de los pacientes que por su alto nivel de dependencia requieren de un cuidador permanente, se estructura a partir de un criterio de proporcionalidad encaminado a evitar la asunción de pesadas cargas que aún con el vínculo filial se tornan difíciles de soportar, en tanto podrían generar afecciones a los derechos fundamentales individuales o de terceros.

Resáltese además, que en las consultas médicas domiciliarias el galeno ordenó el

servicio de cuidador particular por 24 horas, dejando entrever con ello que bajo una experticia profesional el agenciado realmente necesita dicho servicio a pesar de los cuidados y atenciones dispensadas por la señora JESSICA HENAO DAZA.

Sumado a lo anterior y en aras de verificar el último de los requisitos jurisprudenciales establecidos en torno a la asistencia domiciliaria, debe indicarse que los eventos previamente reseñados también sustentan una incapacidad económica del afectado y su núcleo familiar para proveerse el servicio requerido con cargo a sus propios recursos, pues como se desprende de la afirmación efectuada en primera instancia (no desvirtuada por la accionada), las necesidades básicas de la familia son atendidas a partir del trabajo de uno de los hijos del señor HENAO BERBESI, mientras que la agenciante no cuenta con una fuente de ingreso para esos efectos.

Así mismo, se afirma en el escrito de tutela que *“(...) es de mencionar los recursos económicos diarios que se requiere para sufragar cuidador particular los cuales depende si es de día o noche catalogados en treinta mil pesos (\$30.000) y sesenta mil pesos (\$60.000), sumado serían noventa mil pesos diarios dinero con el que lamentablemente no contamos”*; aspecto que no fue infirmado por la parte accionada en virtud de la inversión de la carga de la prueba.

Considérese que la Corte Constitucional señala que *“(...) 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 (...)”*²⁶.

Finalmente, 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 que se trata de un aspecto suficientemente definido por la jurisprudencia, en la que se precisa *“(...) que las*

²⁶ Corte Constitucional T 220 de 2016.

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 elementos ordenados por el médico (...)²⁷. (Subrayas de esta Sala).

En ese entendido, el caso particular refiere a una persona con un diagnóstico caracterizado por un grado de dependencia total que requiere cuidado permanente y continuado en procura de su bienestar, siendo desproporcionado exigir a la red familiar adjudicarse dicha carga ante la imposibilidad física y económica de la misma; razón por la cual esta Sala confirmará el fallo impugnado, considerando legítimo que sea la E.P.S. la que asuma el cuidado domiciliario del agenciado durante 24 horas, según lo que fuera ordenado por el médico tratante en beneficio del afectado.

3.4.2. Servicio de ambulancia.

De cara al servicio de marras, el material probatorio es contundente al arrojar que:

- i) La orden²⁸ dada el 21 de septiembre del año en curso para interconsulta por medicina especializada en psiquiatría fue autorizada²⁹ por la NUEVA E.P.S., remitiendo al paciente a la E.S.E. HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO; y las citas de control por especialistas en Hematología y Neurología, prescritas³⁰ en consulta del 12 de septiembre hogaño, cuentan con autorización y remisión a la “UNIDAD HEMATOLOGICA ESPECIALIZADA IPS S.A.S.”³¹ y a la “CIA DE NEUROLOGOS NEUROCIRUJANOS Y ESPECIALIDADES AFINES, SOCIEDAD ACCIONES SIMPLICADAS CONEUROS S.A.S.”³²

²⁷ Corte Constitucional, T-160 de 2022.

²⁸ Orden medica MEDICUC IPS, allegada como anexo del escrito de tutela inicial.

²⁹ Autorización No. POS-3855 P016-187416470, allegada como anexo del escrito de tutela inicial.

³⁰ Orden medica Hospital Internacional de Colombia, adjunto como anexo del escrito de tutela.

³¹ Autorización No. POS 3855 P016- 187033556, ibidem.

³² Autorización No. POS-3855 P016-187033586, ibidem.

respectivamente; centros prestadores ubicados todos en la ciudad de Cúcuta, lugar distinto al domicilio del agenciado.

- ii) En razón al diagnóstico del paciente, necesita de un tercero para su movilización, vigilancia, cambios de posición y administración de medicamentos; además de encontrarse afectado con una traqueostomía y gastrostomía.

De esa manera el historial clínico³³ es contundente al catalogarlo como una persona con total dependencia, que requiere atención permanente para garantizar su integridad física.

- iii) El estado de salud del accionante exige sin lugar a dudas la prestación del servicio de transporte de ambulancia para acudir a las consultas médicas especializadas programadas por la NUEVA E.P.S. en la ciudad de Cúcuta, no solo porque de esa manera fue dispuesto por su médico tratante³⁴, sino porque ha quedado demostrada con suficiencia la imposibilidad del paciente para movilizarse por sus propios medios, así como la evidente incompatibilidad del transporte público y/o particular no especializado para transportar un paciente con las condiciones de salud del accionante.

Así las cosas, una posición contraria a la que se viene refiriendo y que impida al agenciado asistir a las citas de control con especialistas, representan un riesgo a su salud, integridad y vida.

- iv) Finalmente, tal como se advirtió con antelación, el señor HENAO BERBESI y su núcleo familiar cercano carecen de los recursos económicos para arrogarse los gastos de traslados en un medio de transporte médico especializado y acorde a las necesidades específicas del afectado.

En consecuencia, la entidad accionada desconoce la fase de accesibilidad al servicio de salud, cuando a pesar de haber sido autorizado un servicio médico en un municipio ajeno a la residencia del usuario, no facilitan el traslado, llegada e ingreso al sitio en el que serán prestadas las atenciones requeridas, más cuando el

³³ Historia Clínica MEDICUC IPS del 21/09/22, allegada como anexo del escrito de tutela inicial.

³⁴ Orden de MEDICUC IPS para traslado en ambulancia redondo para citas especializadas, ibidem.

servicio en ambulancia en las condiciones delimitadas en las presentes diligencias, se encuentra incluido en el PBS y respaldado por la acreditación de los requisitos que la jurisprudencia precisa para esos efectos.

De la misma manera, aplíquese lo advertido previamente respecto de la ausencia de autorización de servicios por el aplicativo MIPRES, y la inviabilidad de oponer dicha circunstancia como un obstáculo de acceso al servicio de salud en todas sus fases.

Corolario de lo anterior, no puede esta Sala disponer nada distinto a la confirmación de la decisión de primera instancia en lo que concierne al tópico de marras.

3.4.3. Tratamiento Integral.

En lo que incumbe a la orden de tratamiento integral dispuesta por el juez *A quo*, observa esta Sala que en consulta domiciliaria del mes de septiembre de la presente anualidad, se ordenaron consultas de primera vez por medicina especializada en fisiatría, psiquiatría, neurología, hematología y medicina interna; así como atención (visita) domiciliaria por fisioterapia, foniatría, fonoaudiología, terapias respiratorias y ocupacionales y atención integral de heridas de baja complejidad.

De los servicios reseñados, fue demostrada la autorización efectiva de los servicios especializados en psiquiatría³⁵, neurología³⁶, hematología³⁷, sin embargo, la accionante afirma que:

*“Desde que el médico domiciliario de la IPS MEDICUC ordena los servicios la EPS ha generado autorización para la debida prestación, en la que cabe mencionar que el médico domiciliario ha demorado mas del mes para asistir al domicilio del paciente lo que conlleva a que actualmente no se esté brindando los siguientes servicios:
Atención (visita) domiciliaria, por foniatría y fonoaudiología
Atención (visita) domiciliaria, por terapia ocupacional.
Es de mencionar que el trámite de autorización tarde entre 3 a 5 días posteriores a la visita domiciliaria, para el mes de octubre la visita debía ser para el 13 y se realizó el día de hoy 19 de octubre, situación que deja a mi padre sin el servicio requerido.
(...)
Del mismo modo la orden del 21 de septiembre del 2022 contenía para:
Cuidador 24 horas (...)
Servicio que fue negado el 15 de septiembre del 2022, por medio de la plataforma virtual de la EPS (...)”³⁸.*

³⁵ Autorización No. POS-3855 P016-187416470, allegada como anexo del escrito de tutela.

³⁶ Autorización No. POS-3855 P016-187033586, ibidem.

³⁷ Autorización No. POS 3855 P016- 187033556, ibidem.

³⁸ Folios 74-77 índice electrónico expediente digitalizado primera instancia.

Por su parte, la entidad accionada en la contestación de tutela³⁹ aduce respecto del paquete de atención domiciliaria que *“el área técnica se encuentra revisando el proceso de la referencia y realizando las acciones positivas para la gestión del agendamiento de las terapias que requiere el usuario. Se ha solicitado los soportes del agendamiento a la IPS asignada MEDICUC. Tan pronto se cuente con un agendamiento se informará al despacho a través de un informe de alcance que permita verificar su gestión”*; no obstante, de dicha gestión no se aportó evidencia en el curso de las presentes diligencias.

Ante tal panorama y dadas las condiciones de salud del señor HENAO BERBESI, es claro que necesita de un suministro de servicios, insumos y elementos bajo condiciones de continuidad y permanencia.

A juicio de esta Corporación, la inactividad de la NUEVA EPS en la gestión oportuna para lograr la efectiva y oportuna realización de la totalidad de terapias domiciliarias ordenadas para dar el manejo adecuado al diagnóstico del agenciado, connotan una actitud negligente que se traduce en la oposición de barreras y obstáculos administrativos que el paciente no está en la obligación de soportar, en tanto devienen contrarios a la salvaguarda de su bienestar.

Téngase en cuenta que *“La afectación al derecho a la salud que una demora (sic) en el acceso al servicio o tecnología requerida es seria. Como lo ha sostenido esta Corporación, puede alargar el sufrimiento o el dolor del paciente, complicar más el estado de salud de la persona, generar daños permanentes o de largo alcance, producir una discapacidad permanente o incluso conducir a la muerte de la persona.[365] Las entidades del Sistema de Salud deben hacerse conscientes de que la vida de una persona depende de la manera como gestionan la prestación del servicio de salud. Cuando se generan retrasos irrazonables e injustificados este horizonte se pierde de vista”*⁴⁰.

Igualmente, argumenta la accionante que *“(…) una vez son autorizados los servicios por parte de nuestra EPS-S, en cuanto a consultas, servicios complementarios y procedimientos, el usuario debe comunicarse con la IPS asignada a fin de programar la fecha de realización de estos”*⁴¹, no obstante considera esta Sala que a las entidades prestadoras les asiste una posición de garante frente a la actividad

³⁹ Folios 29-68 del índice electrónico del expediente digitalizado de primera instancia.

⁴⁰ Corte Constitucional, T-224 de 2020.

⁴¹ Contestación tutela a folios 29-68 índice electrónico expediente digitalizado primera instancia.

de su red de IPS, que no se agota con la sola autorización de servicios sino que exige garantizar en todo caso la atención oportuna de los usuarios.

En ese orden de ideas, se tiene que en el caso particular concurren actos de negligencia imputables a la entidad accionada, además de la palmaria necesidad a favor del actor de una prestación ininterrumpida de los servicios, procedimientos y tratamientos que dispongan los galenos; aspectos que en conjunto y de conformidad con las reglas jurisprudenciales se postulan como motivos suficientes para avalar la orden de un tratamiento integral.

Así las cosas, a diferencia de lo indicado por el recurrente la orden tutelar impugnada no se torna en un mandato futuro e incierto, pues se delimita la acción de la E.P.S. sobre el diagnóstico principal de *“Secuelas de enfermedad cerebrovascular, no especificada como hemorragia u oclusiva. Diagnósticos secundarios Infarto cerebral, traumatismo por aplastamiento del cráneo, gastrostomía, disfagia, problemas relacionados con movilidad reducida”*, ello, de conformidad con las prescripciones que sean dispuestas por los médicos tratantes.

En definitiva, considera esta Sala que los elementos de juicio allegados al proceso, sumados a la deficiente actividad probatoria desplegada por parte de la NUEVA E.P.S, conllevan a establecer que se configuran los presupuestos que de vieja data se han decantado para el reconocimiento del tratamiento integral, razón por la cual se confirmará la decisión impugnada.

3.4.4. Recobro Adres.

Frente a la solicitud presentada por la 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 impugnado, reitera la Sala como siempre lo hace en eventos de idéntico contenido fáctico, que no han sido pocos los pronunciamientos de este Tribunal que han institucionalizado la postura frente al tópico de marras⁴².

Es pacífica la tesis de esta Sala que aboga por la improcedencia de la acción de tutela para ordenar la financiación o recobro ante el ADRES de procedimientos e insumos excluidos del PBS; en atención a la especial naturaleza de la vía tutelar

⁴² Radicados 54-518-31-89-001-2018-00061-01 del 20 de junio de 2018, 54-518-31-84-001-2020-00094-01, en todas siendo magistrado ponente el doctor JAIME RÁUL ALVARADO PACHECO. Determinaciones 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 54-518-31-84-002-2021-00171-01

(protección de derechos fundamentales) que impide al operador judicial pronunciarse sobre aspectos que desbordan el análisis “*ius fundamental*” y giran en torno a cuestiones económicas, más cuando el ordenamiento tiene un procedimiento ordinario para solicitar directamente el recobro que se pretende a través del presente mecanismo .

El criterio en cuestión, ha sido reiterado por esta Sala en acogimiento 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 (...)”⁴³

Por consiguiente, no puede esta Corporación sino avalar la confirmación de la decisión nugatoria que en ese sentido se dispendió en primer grado.

En definitiva, se procederá con la confirmación de la determinación judicial que amparo los derechos del agenciado.

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 proferida por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, el 19 de octubre de 2022, de conformidad con los motivos expuestos *ut supra*.

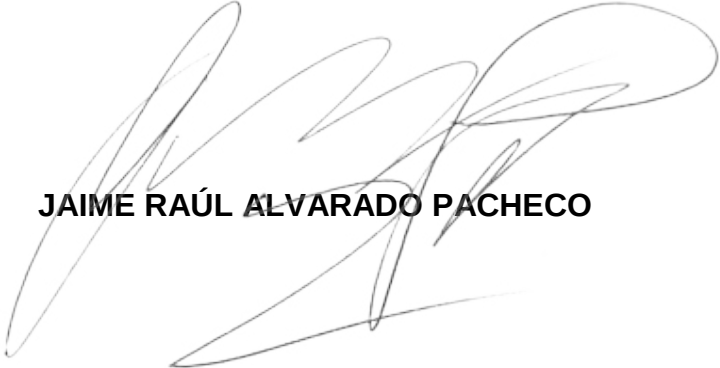
SEGUNDO: COMUNICAR lo decidido a los interesados, en la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, sentencia STL6080 de 2017(T 70775), abril 26/2017. M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO.

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.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
(En compensatorios)



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: **0fc1494f1ec53c69db2fe00b37cbbfdace3bddd86101cec88cf490ecbd1584a3**

Documento generado en 30/11/2022 05:17:42 PM

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