



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN

IMPUGNACIÓN DE TUTELA

Pamplona, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Magistrado Ponente

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Aprobado por Acta No 182

Radicado: 54-518-31-87-001-2023-00211-01

**Accionante: GLORIA INÉS MANTILLA ÁLVAREZ agente oficioso de LUIS
FERNANDO MANTILLA MOGOLLÓN**

Accionada: NUEVA E.P.S.

I. ASUNTO

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la entidad accionada contra la sentencia proferida el 25 de octubre de 2023 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 en lo que es de interés para la alzada que:

¹ Escrito de tutela y anexos visible como documento orden No. 3 del expediente digitalizado de primera instancia a folios 5-40 de su índice electrónico

1.1. Su padre, el señor Luis Fernando Mantilla Mogollón, un adulto mayor de 85 años con demencia y Alzheimer, enfrenta graves problemas de salud, como desprendimiento de retina, incontinencia urinaria y fecal, hipotiroidismo, y dificultades de movilidad.

1.2. Su psiquiatra ha recomendado un cuidador domiciliario las 12 horas del día para garantizar su seguridad y bienestar.

1.3. A pesar de la prescripción médica respaldada por la resolución 3047 de 2008, la Nueva EPS ha negado la autorización y prestación del servicio, poniendo en riesgo su salud y vida, así como su dignidad.

2. Pretensiones.

Se amparen los derechos a la salud, vida e integridad y en consecuencia, se ordene a la NUEVA EPS *“la autorización inmediata y prestación del servicio de cuidador domiciliario las 12 horas del día, siete días a la semana, para MI PADRE LUIS FERNANDO MANTILLA MOGOLLON de acuerdo con la prescripción médica donde se realiza el anexo de solicitud de servicios previo a la autorización por parte del psiquiatra tratante. Se garantice el suministro oportuno de todos los insumos y medicamentos necesarios para el cuidado y tratamiento de LUIS FERNANDO MANTILLA de acuerdo con las indicaciones médicas. Se dicten las medidas necesarias para evitar que LUIS FERNANDO MANTILLA MOGOLLÓN sufra daños irreparables debido a la falta de atención y cuidado adecuados”*.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Admisión

El 11 de octubre de 2023 se admitió la tutela² en contra de la **NUEVA E.P.S.** En la misma providencia se concedieron dos (2) días a la entidad para que se pronunciara

² Documento orden No. 4 del expediente digitalizado de primera instancia a folio 41 de su índice electrónico

respecto de los hechos y pretensiones planteadas en la queja constitucional; en la misma providencia se requirió a la agenciante GLORIA INÉS MANTILLA ÁLVAREZ, para que rindiera declaración de parte, lo cual se surtió el 17 de octubre de 2023³.

2. Contestación de la tutela en lo relevante

NUEVA E.P.S.⁴

Su apoderado especial confirmó que el señor MANTILLA MOGOLLÓN se encuentra activo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo categoría A, y agregó que han brindado los servicios requeridos de acuerdo a sus competencias y prescripciones médicas.

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

“(...) Se considera con lo expuesto que la Acción de Tutela impetrada por la Accionante para solicitar un servicio de auxiliar de enfermería o cuidador 12 o 24 horas permanente, cuya financiación por expresa prohibición legal, se encuentra EXCLUIDA, resulta IMPROCEDENTE, pues no se cumplen los presupuestos mínimos para su solicitud y mucho menos se pueden invocar por vía de esta acción constitucional. (...).

“Para la solicitud de insumos no incluidos en el PBS (servicio de auxiliar de enfermería o cuidador 12 o 24 horas permanente), el médico deberá hacer la radicación a través del Mipres de acuerdo con lo establecido en la Resolución 1885 de 2018.

(...)

Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, Nueva EPS, en virtud de la jurisprudencia, no tiene la obligación de asumir dichos gastos. Así, el Juez de tutela no puede arrogarse las facultades de determinar la designación de servicios especializados en aspectos que le resultan por completo ajenos a su calidad de autoridad judicial, que, por la materia, están sujetos a la lex artis.

³ Documento orden No. 007 expediente digitalizado tutela primera instancia a folio 164 de su índice electrónico.

⁴ Documento orden No. 6 del expediente digitalizado de primera instancia a folios 46-163 de su índice electrónico

Entonces, amén que hace parte de su autonomía judicial, es deber del Honorable Juez, acoger la Resolución 1885 de 2018 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 pertenece a este tipo de servicios complementarios (fuera del Plan de Beneficios) (...).

Por las anteriores razones, en el caso de autos los familiares de acuerdo al principio de solidaridad, se encuentran en la obligación moral, legal y constitucional de velar por su cuidado, obligación que no le corresponde exclusivamente al Estado o a Nueva EPS que le ha brindado la atención en seguridad social en salud que necesita, y que en virtud de la presente decisión continuarán otorgando las medidas de protección que la misma requiera, en las que la intervención de la familia es fundamental en cuanto al cuidado, vigilancia, ayuda y solidaridad familiar”.

En últimas, solicitó se desestimen las pretensiones encaminadas a lograr el reconocimiento del servicio de cuidador domiciliario, por cuanto no hace parte del PBS, ni fue radicado vía MIPRES por el médico tratante.

IV. LA DECISIÓN EN LO RELEVANTE⁵

Culminado el recuento legal y jurisprudencial respectivo y habiéndose superado el examen de procedibilidad, la *a-quo* abordó el análisis del caso concreto, considerando respecto del pedimento de cuidador domiciliario lo siguiente:

“En el caso de estudio, se evidencia la acreditación del primer requisito las historias clínicas anotan que el paciente requiere apoyo para la deambulaci3n, no tiene control de esfínteres, presenta un grado de dependencia moderado, requiere apoyo de un tercero para la realizaci3n 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 éstas implica una afectaci3n de sus condiciones de salubridad y salud, por tanto, son indispensables y necesarias para la estabilidad de su condici3n de salud y sobrellevar sus afecciones en condiciones dignas.

Respecto al segundo requisito, “imposibilidad material” (...) de acuerdo a la declaraci3n rendida en el despacho por la seÑora Gloria Inés (agente oficioso) se verifica que el seÑor LUIS FERNANDO sólo cuenta con el cuidado que le proporcionan ella, quien tiene 64 años, y Graciela Mantilla Álvarez de 61 años, en raz3n a que su hermana menor Yolanda reside en Bucaramanga.

La seÑora Gloria Inés, es casada, pensionada del hospital, recibe una mesada de un salario mínimo, cuida a su padre en el día, y Graciela, se encarga de su cuidado en las horas de la noche, vive con él en casa propia, no es pensionada, ambas se

⁵ Documento orden No. 8 del expediente digitalizado de primera instancia a folios 165-178 de su índice electrónico

dedican esporádicamente a las manualidades. El único ingreso que reciben para el sostenimiento del hogar es un canon de arrendamiento del garaje de la casa de habitación por valor de \$1.500.000 de pesos que destinan también para cubrir el pago de la seguridad social en salud del progenitor, servicios públicos, medicamentos, pañales que, en muchas ocasiones supera este monto; también su hermana Yolanda contribuye con mercado y dinero para suplir sus necesidades básicas, en la medida de sus posibilidades, porque ella también tiene obligaciones. Las aqueja el desgaste propio de la edad, y el desgaste que genera atender a su progenitor todos los días desde hace tres años. (...).

Bajo este contexto, el despacho considera que se encuentra acreditada la imposibilidad que le asiste a las hijas del paciente para que asuman de manera permanente y continua el cuidado de su señor padre, pues el alcance del deber de solidaridad no puede afectar la posibilidad de trabajar de manera independiente o atender sus propias obligaciones, aunado a que, no se trata de suplir el apoyo y cuidados que le proporcionan a diario sino de sobrellevar de manera parcial la carga que implican las tareas de cuidador.

De otro lado, se advierte que el paciente y su núcleo familiar se encuentran en imposibilidad económica de contratar de manera particular el servicio de cuidador que requiere, conforme se verificó con la información aportada en la declaración rendida por la señora Gloria Inés sobre sus ingresos, sus hermanas y el padre, evento en el que, le corresponde a la EPS desvirtuar esa condición, luego entonces, en el presente asunto, se invierte la carga de la prueba correspondiéndole a la demandada demostrar la capacidad económica del tutelante, actuación que no adelantó al momento de contestar la acción de tutela, sin embargo, cabe resaltar, como se dijo líneas atrás que con el monto que recibe por el arriendo del parqueadero el agenciado y la hija que vive con él cubren sus necesidades básicas, además, las hijas no cuentan con la capacidad económica para contratar a un tercero(...).”

En suma, encontró acreditados los requisitos para trasladar la carga de asumir el cuidado domiciliario del paciente a la EPS y así lo decretó en apego a la orden médica.

V. LA IMPUGNACIÓN⁶

El apoderado de la entidad accionada impugnó el fallo de primera instancia encaminado a que se revoque, con sustento en los mismos argumentos esgrimidos en instancia consistentes principalmente en que el servicio de cuidador domiciliario se encuentra excluido del PBS y no se hallan órdenes médicas de los mencionados

⁶ Documento orden No. 10 del expediente digitalizado de primera instancia a folios 182-195 de su índice electrónico

servicios a través del aplicativo MIPRES. Además, señaló que dicha carga corresponde asumirla a la familia del paciente en virtud del principio de solidaridad.

Recalcó que la EPS no puede asumir la responsabilidad de suministrar lo solicitado por la accionante, por expresa prohibición legal que le impide cargar a recursos de la salud servicios excluidos; en caso de confirmación, solicitó se adicione la sentencia en el sentido de ordenar al ADRES el reembolso de los gastos en los que incurra la entidad prestadora para el cumplimiento del fallo.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Al tenor del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 es competente esta Sala para conocer la impugnación de la acción de tutela formulada, amén que el fallo a revisar fue proferido por un despacho judicial con la categoría de Circuito, del cual esta Corporación funge como superior funcional.

2. Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala determinar **i)** si la decisión de primera instancia que ordenó a la **NUEVA E.P.S.** asumir el servicio de cuidador domiciliario 12 horas desconoce los requisitos establecidos legal y jurisprudencialmente para esos efectos, en concordancia con las particularidades del caso concreto; y **ii)** si es admisible para el juez constitucional adicionar el fallo de primera instancia, en el sentido de ordenar a ADRES el pago de 100% de los gastos en los que incurra la NUEVA E.P.S., con ocasión del cumplimiento del fallo constitucional y que superen el límite máximo legalmente establecido a su cargo.

3. Solución a los problemas jurídicos

3.1. Del cuidador domiciliario

Frente a las características del servicio de cuidador domiciliario 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.

Con ese norte, vale rememorar que el cuidado de las personas en situación de vulnerabilidad por su estado de salud está permeado por el principio de solidaridad, en virtud del cual corresponde en primera medida a la familia y subsidiariamente al Estado promover las condiciones para que la protección de sus garantías se haga efectiva.

No obstante, la solidaridad de la familia para con sus parientes enfermos no es absoluta, pues también puede extenderse al Estado cuando: **(i)** la persona en condición de discapacidad o en situación de debilidad manifiesta se encuentre en situación de abandono y carezca de 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*

⁷ T-533 de 1992

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

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.

En esa línea, el órgano de cierre constitucional reitera *“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 pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado”¹⁰.*

La sentencia T-414 de 2016¹¹ reafirma que existen circunstancias excepcionalísimas 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”.*

⁹ Corte Constitucional, T-867 de 2008

¹⁰ Sentencia T-096 de 2016-096

¹¹ Según se advierte en sentencia T-423 de 2019

Sobre ese punto, la máxima 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:

“(…) En lo que respecta al servicio del cuidador, la jurisprudencia de la Corte destaca que: i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.^[38] ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS.^[39] iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante,^[40] como se explica a continuación.

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 requerido (...)¹². (Resaltos y negrillas 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

¹² Corte Constitucional T-015 de 2021.

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 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. Caso concreto.

De entrada, corresponde indicar que la censura se dirige en exclusivo sobre la determinación de primer nivel que ordenó a la NUEVA EPS garantizar en favor del agenciado el servicio de cuidador domiciliario 12 horas, según fuera prescrito por el médico tratante.

Pues bien, previo a abordar el análisis de fondo del asunto, dígase que el examen de procedibilidad efectuado por la juez *A quo* se halla acorde a los parámetros establecidos por la autoridad en la materia, de modo que no amerita ningún pronunciamiento adicional en gracia de evitar innecesarias repeticiones.

Aclarado ello, se tiene que el particular refiere a un paciente de 85 años, diagnosticado con “*DEMENCIA, NO ESPECIFICADA (...) HIPOTIROIDISMO*”¹³, “*DEMENCIA EN LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, DE COMIENZO TARDIO*”¹⁴ y “*DEMENCIA NO ESPECIFICADA-CONFIRMADO REPETIDO (...) HIPOTIROIDISMO NO ESPECIFICADO-IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA (...) OTROS*

¹³ Historia clínica Centro Médico Integral del 27 de marzo de 2023, allegada como anexo del escrito de tutela inicial, visible como documento orden No. 003 del expediente de tutela primera instancia a folios 5-40 de su índice electrónico.

¹⁴ Historia clínica Neurocoop del 4 de abril de 2023, allegada como anexo del escrito de tutela inicial ibidem.

*DESPRENDIMIENTOS DE LA RETINA-CONFIRMADO REPETIDO (...)
INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA-CONFIRMADO REPETIDO (...)
INCONTINENCIA FECAL-CONFIRMADO REPETIDO*¹⁵. Condiciones de edad y salud que lo posicionan contundentemente como un sujeto de especial protección constitucional.

En armonía con lo dicho, esta Corporación ceñirá el análisis de instancia a la verificación de los requisitos que en consonancia con el material jurisprudencial acotado previamente, deben acreditarse al interior del proceso para admitir eventualmente el traslado de la obligación de asumir el servicio de cuidador domiciliario a la E.P.S, esto es, se reitera, que *“1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible*¹⁶.

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

El caso que nos convoca, se reitera, involucra los derechos de un paciente de la tercera edad con un estado de salud grave; de ahí que en la historia clínica¹⁷ del 20 de julio de los corrientes, la psiquiatra KARLA YASMÍN MONSALVE GONZÁLEZ de la IPS NEUROCOOP S.A.S. frente a los diagnósticos del agenciado, advirtió que *“(...) asiste la hija Gloria Mantilla refiriendo que el paciente “se ha deteriorado, necesita que esté allí una persona día y noche”, la familiar refiere que necesita ayuda para la deambulacion ya que ha presentado dos caídas en el último mes, higiene, alimentación, comenta insomnio de mantenimiento, refiere cambios bruscos en el estado de ánimo dado por irritabilidad, niega agresividad, orexia*

¹⁵ Historia Clínica Red Salud Integral IPS S.A.S. del 15 de junio de 2023, allegada como anexo del escrito de tutela inicial ibidem.

¹⁶ Corte Constitucional, T-015 de 2021

¹⁷ Historia clínica Neurocoop del 20 de julio de 2023, allegada como anexo del escrito de tutela inicial, visible como documento orden No. 003 del expediente de tutela primera instancia a folios 5-40 de su índice electrónico.

conservada, desorientación, olvidos de eventos recientes, “no pasa la comida, como si se le hubiera olvidado pasar la comida”, alucinaciones visuales “mire quién está ahí y no hay nadie” reminiscencia de recuerdos de su juventud. Dependencia de un tercero para funciones de la vida cotidiana (...) Paciente con dependencia de un tercero para funciones de la vida cotidiana, ameritando cuidador para satisfacer las actividades cotidianas básicas como el aseo, alimentación, sus cuidadoras primarias están en su sexta década de la vida”; de ahí que hubiere ordenado, entre otras cosas, el servicio de CUIDADOR DOMICILIARIO - 12 HORAS

También obra en el expediente, índice de Barthel¹⁸ adjunto a historia clínica del 27 de marzo de 2023 del Centro Médico Integral con resultado de 35 puntos correspondientes a un grado de dependencia grave, y posteriormente el 21 de abril de 2023, al practicarse nuevamente se obtuvo una puntuación de 40 manteniéndose la condición de dependencia en grado moderado.

Igualmente, consta historia clínica de Red Salud Integral IPS S.A.S. en consulta domiciliaria del 15 de junio de 2023 en la que el galeno tratante deja constancia de *“incontinencia urinaria y fecal, puede deambular, pero con mucha ayuda/apoyo ya que tiene alteración del equilibrio (...) durante el último mes el paciente ha presentado varios episodios de insomnio y alteración de la conducta con agresividad”*¹⁹.

Por su parte en la historia clínica de ingreso a trabajo social del 28 de junio de los corrientes²⁰, se registraron como factores de riesgo para el paciente *“red de apoyo insuficiente”, “fármaco-dependencia” y “dependencia para actividades diarias”*.

Así las cosas, los elementos de juicio analizados sustentan un estado de salud apremiante, siendo el servicio de cuidador por 12 horas una orden emitida por una profesional especializada en psiquiatría que valoró la patología del interesado y

¹⁸ Anexo tutela inicial.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

cuya idoneidad al ser aceptada por el órgano de cierre constitucional²¹ permite fundar certeza respecto del criterio médico que en este caso considera necesaria la asistencia permanente del agenciado en su domicilio. Convicción que viene reforzada en la ausencia de razones de disenso por parte de la NUEVA E.P.S. frente a la idoneidad del galeno y la pertinencia de la orden prescrita por el mismo

ii) Imposibilidad material de la familia.

Sobre el particular la Corte Constitucional alude a impedimentos físicos y económicos, los primeros por cuestiones como la edad o el padecimiento de enfermedades que no justifican la asunción de una carga adicional, y los segundos atribuibles a carencia de recursos²² para costear esa clase de servicios.

En ese contexto, en la declaración²³ por activa recaudada por la falladora, se indica que el señor LUIS FERNANDO MANTILLA MOGOLLÓN, tiene 85 años y 3 hijas, empero solo cuenta con el cuidado diurno que le proporciona la agente oficiosa con 64 años y su hermana GRACIELA MANTILLA de 61 años, quien vive con su padre y asume su cuidado en horas de la noche. Aclaró que a pesar de contar con otra hermana (Yolanda), ésta reside en Bucaramanga, por lo que le es imposible acudir en auxilio permanente del paciente.

Indicó además que si bien ella y Graciela han intentado percibir ingresos adicionales de la hechura de manualidades, lo cierto es que la labor de cuidado que demanda su progenitor no les permite con frecuencia desarrollar otra actividad.

En ese orden de ideas, esta Sala encuentra que las condiciones fácticas narradas

²¹La 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.

²² Véase T- 220 de 2019, en la que se declara improcedente el servicio de cuidador por considerar que el hijo de la paciente contaba con ingresos que le permitían una subsistencia "ajustada" pero no le representaban una carga insoportable.

²³ Documento orden No 7 expediente tutela primera instancia a folio 164 de su índice electrónico

derivan la imposibilidad física de la descendencia del señor MANTILLA MOGOLLÓN para que en virtud del principio de solidaridad asuman su cuidado, YOLANDA por residir fuera de Pamplona y GLORIA y GRACIELA debido a su edad que torna injustificable endilgarles una carga que requiere de esfuerzos físicos importantes y que eventualmente podría poner en riesgo la salud propia e incluso la del paciente. En ese sentido, afirma la agenciante que *“(...) como es un paciente con Alzheimer es un paciente que necesita mucho cuidado, mucha atención (...) es difícil una sola persona no puede, ya llevamos tres años en esto (...) cuidar a un enfermo es desgastante tanto física como psicológicamente”*.

En refuerzo de lo dicho, agréguese que el historial clínico del señor Fernando Mantilla indica que estando al cuidado de sus dos hijas adultas mayores se han presentado dos episodios de accidentes y también de irritabilidad²⁴, resaltado además que la trabajadora social de Red Salud Integral IPS califica como *“insuficiente”* la red de apoyo familiar con la que cuenta el paciente²⁵.

En ese contexto no puede perderse de vista que en consonancia con la jurisprudencia constitucional, el principio de solidaridad que le asiste a las familias de los afiliados 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. Proporcionalidad que deviene afirmada por el relato efectuado por la agenciante a partir del cual puede inferirse razonablemente que la familia del paciente asumirá su cuidado durante las 12 horas restantes del día.

Sumado a lo anterior y en aras de verificar el último de los requisitos jurisprudenciales establecidos en torno a la asistencia domiciliaria (ateniente a la

²⁴ Historia clínica Neurocoop del 20 de julio de 2023, allegada como anexo del escrito de tutela inicial, visible como documento orden No. 003 del expediente de tutela primera instancia a folios 5-40 de su índice electrónico.

²⁵ Historia clínica del 28 de junio de 2023 ibidem.

existencia de recursos económicos de la paciente o sus familiares), se informa que los ingresos del hogar del señor MANTILLA MOGOLLÓN ascienden solamente a \$1.500.000 derivados del arriendo de un garaje de su casa de habitación, ni él, ni la hija con la que reside perciben ayudas estatales o pensión, mientras que la agenciante solo aporta cuando así puede hacerlo, en tanto percibe \$1.170.000 por concepto de pensión destinados para el sostenimiento propio y el de su familia inmediata.

Declara la accionante que los gastos mensuales (pago de servicios domiciliarios, seguridad social en salud del paciente, alimentación, medicamentos, pañales) superan los recursos mensuales con que cuentan para satisfacerlos, surgiendo así la imposibilidad económica del núcleo familiar para proveerse un cuidador particular; inferencia que de ninguna manera fue desvirtuada por la entidad accionante, siendo su carga hacerlo en virtud de la inversión probatoria que opera en estos casos²⁶.

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

²⁶ Rememórese que la Corte Constitucional señala 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.

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

En ese entendido, no es de recibo la oposición de trabas administrativas (como lo sería el registro MIPRES) para que la EPS demore o niegue un medicamento, insumo, procedimiento o servicio ordenado para el tratamiento de la patología del usuario.

Por las motivaciones expuestas se obtiene que el evento que aquí concita la atención de la Sala refiere a una persona con un diagnóstico que le genera marcada dependencia y frente al cual, como quedó visto, ha sido comprobada la imposibilidad material de su núcleo familiar para atender sus necesidades asistenciales, razón por la cual esta Corporación considera proporcionado que sea la E.P.S. en atención al segundo nivel de solidaridad la que asuma la erogación de un cuidador domiciliario 12 horas, postulándose forzosa la confirmación de la decisión judicial de primera instancia que ordenó a la entidad accionada la prestación de dicho servicio de acuerdo a la prescripción del médico tratante.

3.3. Recobro ante el ADRES por parte de las EPS

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 marras²⁸.

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

²⁷ Corte Constitucional, T-160 de 2022.

²⁸ 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 (...)”²⁹.

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

En lo que no fue objeto de impugnación³⁰, esta Sala no abordará su estudio en tanto se erigen como aspectos que se entienden aceptados por las partes que intervienen en el proceso, y tampoco sugieren la necesidad de intervención oficiosa de este juez de tutela colegiado.

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

R E S U E L V E:

²⁹ Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, sentencia STL6080 de 2017(T 70775), abril 26/2017. M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

³⁰ Concretamente lo relacionado con el tratamiento integral.

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad el 25 de octubre de 2023, de conformidad con los motivos expuestos *ut supra*.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

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

Tribunal Superior De Pamplona - N. De Santander

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

Código de verificación: **b1e3abd4d17796bdc04503022b9e9a393a4f9a3ea142d67dfe10ffca373ed77f**

Documento generado en 11/12/2023 11:35:40 AM

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