



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN

IMPUGNACIÓN DE TUTELA

Pamplona, diez (10) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Magistrado Ponente

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Aprobado por Acta No. 114

Radicado: 54-518-31-87-001-2023-00119-01

Accionante: ANA DOLORES ROZO BASTOS, agente oficioso de ANA
LEONOR BASTO DE ROZO

Accionada: NUEVA E.P.S.

I. ASUNTO

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la entidad accionada contra la sentencia proferida el 5 de julio 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:

1.1. La agenciada tiene 98 años de edad y se encuentra afiliada al régimen subsidiado de la **NUEVA E.P.S.**, cursando con un diagnóstico principal de “*Demencia no especificada*” y secundarios de “*incontinencia urinaria no especificada, incontinencia fecal, hipertensión esencial (primaria), otras cataratas seniles, otras enfermedades vasculares periféricas especificadas, embolia y trombosis de arterias de los miembros inferiores, aneurisma de otras arterias especificadas, úlcera crónica de la piel no clasificada en otra parte, delirio no*”

¹ Escrito de tutela y anexos visible como documento orden No. 3 del expediente digitalizado de primera instancia a folios 3-34 de su índice electrónico

especificado, trastornos del inicio y del mantenimiento del sueño [insomnios], dolor en miembro, desnutrición proteico calórica no especificada”.

1.2. En consulta médica domiciliaria del 6 de mayo de 2023, el doctor JUAN JOSÉ RANGEL de MEDICUC, le recetó a la agenciada, entre otras cosas, el servicio de cuidador domiciliario 12 horas, añadiendo a la histórica clínica índice de Barthel con un puntaje de 0/100.

1.3. Para la autorización del servicio en cita, la actora indicó que *“realiza el cargue de la solicitud de cuidador por 12 horas con radicación 258639723 para los meses de MAYO a DICIEMBRE 2023 ante la NUEVA EPS, donde responden “NUEVA EPS S.A. Le informa que esta solicitud ha sido devuelta por -EL SERVICIO SOLICITADO CORRESPONDE A PRESTACIONES Devuelto-no tramitable/ no corresponden al ámbito de la salud. No hay mandato judicial que brinde ordenamiento al servicio solicitado, cuidador, por lo anterior no es posible autorización resolución 5928 de 2016 (...)”.*

1.4. Se alegó la imposibilidad económica de la agenciada y de sus parientes próximos para sufragar el servicio de cuidador domiciliario ordenado por el galeno tratante.

2. Pretensiones.

Tutelar los derechos fundamentales a la salud, igualdad, integridad física y a una vida digna; y en consecuencia se ordene a la **NUEVA E.P.S.** y/o a quien corresponda: **i)** *“(...) garantice y autorice de manera permanente (es decir que no haya dilación alguna) según formulario médico emitido por la MEDICUC con radicado 258639723 CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS DIURNAS PARA LOS MESES DE MAYO a DICIEMBRE 2023. De igual manera, solicito que dicho proceso se garantice de forma eficaz, ágil y oportuna para todas las veces que el médico tratante lo ordene, en la cantidad y tiempo estipulado en las historias médicas”, ii)* *“ENTREGAR PAÑALES DESECHABLES TENA SLIP TALLA L, autorizado bajo el numero 258408243 radicados el 17 de mayo en la farmacia INSERCOOP”, iii)* *“AUTORIZAR SERVICIO DE TRASLADO REDONDO EN AMBULANCIA para toda CONSULTA, EXAMEN, PROCEDIMIENTO que le sea ordenado a ANA LEONOR BASTO DE ROZO”, iv)* *“ORDENE QUE LA ATENCIÓN SE PRESTE EN FORMA INTEGRAL es decir todo lo que requiera en relación a su diagnóstico actual, se preste en forma PERMANENTE y OPORTUNA, según como lo ordene el médico*

tratante”, y v) “Prevenir (...) que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones que dieron mérito a iniciar esta tutela y que si lo hacen serán sancionados conforme lo dispone el Art. 52 del Decreto 2591/91 (arresto, multa, sanciones penales)”.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Admisión

El 21 de junio 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 respecto de los hechos y pretensiones planteadas en la queja constitucional; el 28 de julio siguiente el juzgado instructor emitió auto de pruebas³ por medio del cual requirió al médico JUAN JOSÉ RANGEL, y a la agenciante para que rindiera declaración de parte.

2. Contestación de la tutela en lo relevante

NUEVA E.P.S.⁴

Su apoderada especial confirmó que la señora BASTO DE ROZO se encuentra activa en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado, 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

² Documento orden No. 4 del expediente digitalizado de primera instancia a folio 35 de su índice electrónico

³ Documento orden No. 8 ibidem a folio 77 ibidem

⁴ Documento orden No. 7 del expediente digitalizado de primera instancia a folios 41-76 de su índice electrónico

ajenos a su calidad de autoridad judicial, que, por la materia, están sujetos a la lex artis.

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 de acuerdo a sus condiciones actuales de salud de la paciente, avanzada edad y situación de discapacidad y dependencia total severa, razones por las cuales el médico tratante dispone la necesidad de un cuidador para la realización de actividades básicas relacionadas con su cuidado personal, la estabilidad de su estado de salud y sobrellevar sus afecciones en condiciones dignas.

Respecto al segundo requisito, “imposibilidad material” (...) se verifica que la agenciada sólo cuenta con el cuidado que le procura Pedro Rozo de 58 años, debido a que sus otros hijos residen fuera del municipio de Pamplona, éste labora en un supermercado, su señora madre no tiene ingresos, no posee propiedades, sobreviven con los recursos que obtienen de su trabajo y la poca ayuda que percibe de algunos de sus hermanos. (...).

Se observa que la atención de la paciente recae en uno de sus hijos, sin embargo, se observa que es una carga desproporcionada al punto de que él también debe trabajar a fin de obtener los recursos para proveerse su propia subsistencia, no tiene otro familiar en quien pueda apoyarse y pueda compartir la responsabilidad de cuidar a su ser querido, pues tal es el grado de dependencia de la progenitora que se le imposibilita proporcionarle el cuidado que requiere de manera permanente.

Bajo este contexto, el despacho considera que se encuentra acreditada la imposibilidad que le asiste al hijo de la paciente para que asuma de manera permanente y continua el cuidado de su señora madre, pues el alcance del deber de solidaridad no puede afectar su posibilidad de trabajar o desempeñar una

⁵ Documento orden No. 15 del expediente digitalizado de primera instancia a folios 89-104 de su índice electrónico

actividad que le genere los ingresos económicos para su sostenimiento, aunado a que, no se trata de suplir el apoyo y cuidados que le proporciona a diario sino de sobrellevar de manera parcial la carga que implican las tareas de cuidador.

De otro lado, la demandante arguye carencia de recursos económicos por parte de la agenciada y su familia para contratar los servicios de un tercero, en ese sentido le corresponde a la EPS desvirtuar esa afirmación, luego entonces, en el presente asunto, se invierte la carga de la prueba correspondiéndole a la demandada demostrar la capacidad económica de la tutelante, actuación que no adelantó al momento de contestar la acción de tutela, sin embargo, cabe resaltar que la misma pertenece al régimen subsidiado y su clasificación en el Sisbén es A4 “pobreza extrema (...)”.

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

V. LA IMPUGNACIÓN⁶

La apoderada 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 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

⁶ Documento orden No. 17 del expediente digitalizado de primera instancia a folios 109-124 de su índice electrónico

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 en favor de la paciente 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 recordar 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*

⁷ T-533 de 1992

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

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.

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 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 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

¹² Corte Constitucional T-015 de 2021.

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 de la agenciada 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 el 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 una paciente con 98 años con diagnóstico principal¹³ de *“Demencia, no especificada (confirmado repetido), y secundarios consistentes en “incontinencia urinaria, no especificada (confirmado repetido”, “incontinencia fecal (confirmado repetido”, “hipertensión esencial (confirmado repetido”, “otras cataratas seniles (confirmado repetido”, “otras enfermedades vasculares periféricas especificadas (impresión diagnóstica”, “embolia y trombosis de arterias de los miembros inferiores (impresión diagnóstica”, “aneurisma de otras arterias especificadas (impresión diagnóstica”, “úlceras crónicas de la piel, no clasificadas en otra parte (confirmado nuevo”, “delirio no especificado (impresión diagnóstica”, “trastorno del inicio y del mantenimiento del sueño (insomnios) (confirmado nuevo”, “dolor en miembro (confirmado nuevo)” y “desnutrición proteicoenergética, no especificada (confirmado nuevo)”;* condiciones de edad y salud que la 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

¹³ Historia clínica MEDICUC del 06 de mayo de 2023, allegada como anexo del escrito de tutela visible como documento orden No. 03 del expediente de tutela primera instancia a folios 3-34 de su índice electrónico

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*”¹⁴.

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

El caso que nos convoca, se reitera, involucra los derechos de una paciente de la tercera edad con un estado de salud grave; de ahí que en la historia clínica¹⁵ del 06 de mayo de los corrientes el médico JUAN JOSÉ RANGEL de la IPS MEDICUC, frente a los diagnósticos de la agenciada, le ordenó, entre otras cosas, el servicio de “*cuidador 12 (...) frecuencia 7 meses (...) cuidador domiciliario para los meses mayo a diciembre 2023*”.

En el mismo soporte consta la aplicación de escala de Barthel con una puntuación de 0 correspondiente a dependencia total; escala de evaluación para la capacidad de marcha con resultado de “*marcha nula o con ayuda física de 2 personas: 0*”; así como el análisis efectuado por el galeno en el que se aduce que “*(...) paciente en POP mediato de amputación supracondílea derecha, frágil, edad avanzada con riesgos de complicaciones agudas, requiere curaciones diarias en úlceras por presión por enfermería, dado Barthel 0 puntos, postrada en cama, requiere asistencia para aseo, alimentación, cambio de posición cada 2 horas, se solicita junta para cuidador (...) se explica a hijos de la paciente que está muy frágil con riesgo de complicaciones agudas (...)*”.

Además, obra en el expediente certificado¹⁶ de dependencia funcional adiado del 6 de mayo de 2023 y signado por el doctor RANGEL, en el que se registra que a la señora BASTO DE ROZO “*(...) le fue aplicado el índice de Barthel dando como resultado 0. Que dichos diagnósticos le generaron al paciente efectos, consecuencias y/o secuelas a nivel que la llevaron a necesitar ayuda por un tercero para la realización de las siguientes actividades: alimentación, micción, control vesical, vestirse/desvestirse, aseo personal, traslado silla-cama, deposiciones-control anal, actividades en baño, subir o bajar escalones, manejo de inodoro o retrete, deambulaci3n-traslado-acompañamiento. De acuerdo a lo mencionado*

¹⁴ Corte Constitucional, T-015 de 2021

¹⁵ Véase cita 13.

¹⁶ Allegada como anexo del escrito de tutela visible como documento orden No. 03 del expediente de tutela primera instancia a folios 3-34 de su índice electrónico.

anteriormente, se certifica que el/la paciente presenta una Dependencia Total”.

Alejándose de la postura defensiva de la entidad recurrente, de los elementos de juicio analizados se desprende claramente que el servicio de cuidador por 12 horas tiene su causa en una orden emitida por el profesional de la salud que valoró la patología de la interesada, cuya idoneidad al ser aceptada por el órgano de cierre constitucional¹⁷ permite fundar certeza respecto del criterio médico que considera necesaria la asistencia permanente de la agenciada 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 recursos¹⁸ para costear esa clase de servicios.

En ese contexto, en el escrito primigenio¹⁹, así como en la declaración²⁰ por activa recaudada por la falladora, se indica que la señora ANA LEONOR BASTO DE ROZO, tiene 98 años y 6 hijos, empero solamente vive con su hijo PEDRO ROZO, quien asume su manutención permanente.

La agenciante e hija de la paciente, aclara que 4 de sus 6 hermanos residen fuera de Pamplona y tienen edades que superan los 50 años, siendo su hermano PEDRO ROZO de aproximadamente 58 años quien a través de su trabajo en un supermercado se ocupa de proveerle alimentación y techo a su progenitora, mientras que ella tiene 72 años y vive en una finca la cual trabaja para su propia subsistencia.

En ese orden de ideas, esta Sala encuentra que de las condiciones fácticas narradas deriva la imposibilidad de la descendencia de la señora BASTO DE ROZO,

¹⁷La 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.

¹⁸ 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 insostenible.

¹⁹ Documento orden No. 3 expediente tutela primera instancia a folios 3-34 de su índice electrónico.

²⁰ Documento orden No. 14 ibidem a folio 88 ibidem.

para que en virtud del principio de solidaridad asuman su cuidado, por cuanto su edad torna injustificable endilgarles una carga que requiere de esfuerzos físicos importantes y que eventualmente podría poner en riesgo la salud propia e incluso la de la accionante.

Lo anterior deviene reforzado a razón de que la mayoría de los hijos de la agenciada residen fuera de Pamplona, comportando ello una imposibilidad física para encarar los cuidados que la paciente requiere, en las condiciones de permanencia y continuidad reseñadas por el médico tratante (recuérdese el grado de dependencia total que registra la paciente); pues dicha tarea trae consigo un cambio abrupto en la dinámica laboral, social y familiar de quienes no comparten el mismo domicilio y que sumado al deber de asumir paralelamente las obligaciones propias, connota una carga excesiva.

En el caso del señor PEDRO ROZO, aunado a lo previamente advertido, se hace evidente su imposibilidad para encarar el cuidado de su madre en las condiciones recetadas por el médico tratante, en tanto implicaría poner en riesgo el sostenimiento propio y el de la agenciada, siendo él quien trabaja para asumir los gastos que requiere el hogar.

Si bien la señora ANA DOLORES, deja entrever que esporádicamente presta colaboración en lo que requiere su progenitora, lo cierto es que debe permanecer en su finca en aras de proveerse su propia subsistencia, lo que obstaculiza la dedicación de tiempo que demanda el cuidado de la salud de su madre.

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 tampoco cuentan con una estabilidad que así se los permita.

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 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.

Sumado a lo anterior y en aras de verificar el último de los requisitos establecidos en torno a la asistencia domiciliaria (ateniente a la existencia de recursos económicos de la paciente o sus familiares), se informa en el escrito genitor que:

“(…) ANA LEONOR BASTO DE ROZO, es una persona en condición de vulnerabilidad, donde su situación económica y la de su grupo familiar no nos permiten garantizar de manera particular los servicios que ella requiere y su acceso a ellos. Es aquí donde me permito recurrir a esta instancia judicial para solicitar amparo y salvaguarda de los derechos a la salud, vida, dignidad humana.

OCTAVO: Por lo anterior me permito hacer mención del vínculo familiar de mi madre, el cual está conformado por (6) hijos, quienes somos y realizamos lo siguiente:

✓ PEDRO ROZO: Tiene 61 años, vive en la casa con Ana Leonor, en una casa propiedad de él, con 3 hijos independientes y su esposa Carmen Villamizar.

✓ ANA DOLORES ROZO: Tengo 72 años de edad, ocasionalmente ejerzo los cuidados de mi madre ANA LEONOR, pues vivo en una finca en la vereda San Josecito, con mis 2 hijos.

✓ FELIPE: Vive en Arauca, tiene 2 hijos independiente, 68 años, cuenta con discapacidad física y por lo tanto no realiza trabajo alguno.

✓ OMAIRA ROZO: Vive en Bogotá, no trabaja y depende de lo que el esposo logre reunir para la subsistencia.

✓ JOSEFINA: tiene 64 años de edad, vive en Venezuela, no está trabajando actualmente y tiene 5 hijos.

✓ CIRO: Vive en Arauca, trabaja como jornalero y tiene 3 hijos.

Mi madre vive con mi hermano Pedro, de quien depende económicamente pues ella no recibe subsidio, bonos u otras ayudas, ha sido desde hace 5 años que se encuentra postrada en cama y por el paso de los años se ha deteriorado más su salud, razón por la que los médicos han visto la necesidad de ordenar el servicio de CUIDADOR, SUPLEMENTO NUTRICIONAL, PAÑALES Y TRASLADO REDONDO EN AMBULANCIA.

Pedro devenga como independiente, aproximadamente un salario mínimo, dinero destinado para cubrir los gastos tales como:

- Servicios públicos (\$150.000)*
- Alimentación: (\$700.000).*

Respecto a los demás integrantes del núcleo familiar no contamos con los recursos económicos para sufragar de forma particular con CUIDADOR, SUPLEMENTO NUTRICIONAL, PAÑALES Y TRASLADO REDONDO EN AMBULANCIA, debido nuestra condición económica y/o ubicación para ejercer los cuidados²¹.

La información que precede fue ratificada por la agente oficiosa en la declaración²² de parte rendida ante la *A quo*, en la cual agrega que sus ingresos mensuales ascienden a \$200.000 provenientes de sus hijos y de su trabajo en la finca donde reside. Aunando a ello la condición de “Pobreza extrema” que se registra en la afiliación al régimen subsidiado de la accionante.

²¹ Documento orden No. 3 expediente tutela primera instancia a folios 3-34 de su índice electrónico.

²² Documento orden No. 14 ibidem a folios 88 ibidem.

Frente a la afirmación de carencia de recursos para asumir el servicio deprecado en favor de la accionante, la EPS guardó silencio, desatendiendo el deber que en ese sentido le asistía en virtud de la inversión de la carga probatoria. 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 (...)"*²³.

Así las cosas, se halla demostrada la incapacidad económica de la afectada y su núcleo familiar para proveerse el servicio requerido con cargo a sus propios recursos, tal como se desprende del relato fáctico planteado por la parte activa y que no fue desvirtuado por la entidad accionante.

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 por el médico (...)"*²⁴. (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 de la paciente.

²³ Corte Constitucional T 220 de 2016.

²⁴ Corte Constitucional, T-160 de 2022.

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 dependencia total y frente al cual 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 este aparte 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 marras²⁵.

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 (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

²⁵ 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

con los requisitos legales pertinentes, decisión que no le corresponde adoptar al Juez en este escenario (...)²⁶.

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 impugnación²⁷, 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:

PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA IMPUGNADA por el apoderado de la NUEVA EPS, proferida por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad el 5 de julio 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

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

²⁷ Concretamente lo relacionado con la entrega de pañales, el tratamiento integral y el traslado redondo en ambulancia

NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS
(En compensatorios)

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: **6c56460d01d228e8cf6c146fef8f3fd7662790d7a494dbd1fc436fd7d71b5d97**
Documento generado en 10/08/2023 11:34:29 AM

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