



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona
Sala Única de Decisión

-ACCIÓN DE TUTELA-

Pamplona, 7 de marzo de 2023

Magistrado Ponente: DR. NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Aprobado Mediante Acta N° 28

Radicado	54-518-22-08-000-2023-00004-00
Accionante	HILDA SOCORRO RUBIO GARCÍA agente oficioso de MARÍA DEL CARMEN GARCÍA DE RUBIO
Accionado	JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO CON CONOCIMIENTO EN ASUNTOS LABORALES DE PAMPLONA
Vinculada	NUEVA EPS

ASUNTO

Decide la Sala la acción de tutela promovida por HILDA SOCORRO RUBIO GARCÍA en calidad de agente oficiosa de MARÍA DEL CARMEN GARCÍA DE RUBIO contra EL JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO CON CONOCIMIENTO EN ASUNTOS LABORALES DE PAMPLONA, por la presunta vulneración de los derechos a la SALUD, VIDA DIGNA y SEGURIDAD SOCIAL.

ANTECEDENTES

Hechos¹.-

Relató que el 15 de febrero de 2021 dentro de la acción de tutela radicado 2021-00013 el Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Pamplona profirió sentencia negando la solicitud de protección de los derechos fundamentales allí involucrados.

¹ Folios 3 a 6, cuaderno primera instancia.

El 18 de febrero de 2021 se presentó impugnación contra tal determinación, alzada que fue desatada por esta Corporación en sentencia del 16 de marzo de 2021 en la que se resolvió:

PRIMERO: REVOCAR el fallo de fallo de primera instancia, para en su lugar: “CONCEDER la protección constitucional de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora MARÍA DEL CARMEN GARCÍA DE RUBIO, ORDENÁNDOSE a la NUEVA EPS S.A. que, en virtud de lo expuesto en esta sentencia, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y suministre lo ordenado por el médico tratante el 07 de diciembre de 2020; esto es, “cuidador (auxiliar de enfermería), 12 horas diarias para 6 meses”, a fin de atender todas las necesidades básicas que la agenciada no puede satisfacer autónomamente debido a su avanzada edad y a las enfermedades que la aquejan.

SEGUNDO: DISPONER que, en adelante, la NUEVA EPS S.A. deberá brindar el tratamiento integral que el adulto mayor requiere para el manejo adecuado de las enfermedades que padece, para lo cual deberá autorizar sin dilaciones, el suministro de todos los medicamentos, tratamientos, procedimientos y, en general, cualquier servicio PBS o no PBS, que prescriba su médico tratante y que contribuya al mejoramiento de su calidad de vida, conforme se dispuso en la parte motiva.

Seguidamente, narró que el 22 de octubre de 2022, el doctor GUSTAVO ADOLFO ALFONSO FIGUEROA le ordenó a MARÍA DEL CARMEN el servicio de “*CUIDADOR 24 HORAS DIARIAS DESDE ENERO A DICIEMBRE DEL AÑO 2023*” orden médica que fue radicada ante la NUEVA EPS de donde los direccionaron al prestador del servicio, que para el caso es la IPS MEDICUC LTDA.

No obstante, indicó la Petente, el 19 de enero de 2023 remitió “*incidente de desacato*” al Juzgado Primero Civil del Circuito, que fue reiterado en otras 5 ocasiones los días 23 de enero y 7, 14, 15, 16 y 20 de febrero de los corrientes al correo electrónico del citado Despacho j01cctopam@cendoj.ramajudicial.gov.co con copia del mismo al correo secj01cctopamplona@cendoj.ramajudicial.gov.co, y “*transcurridos 22 días desde que se radicó la petición de Incidente de Desacato, el Juzgado*” le notificó el auto de fecha 20 de febrero de 2023, en el que decidió:

PRIMERO: ABSTENERSE de imponer sanción por desacato a la Dra. JOHANNA CAROLINA GUERRERO FRANCO en su calidad de Gerente Regional Nororiente de NUEVA EPS, identificada con la cédula de ciudadanía No 37.277.168 y, a la Dra. SANDRA MILENA VEGA GÓMEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No 37.512.117 en su calidad de Gerente de Zonal Norte de Santander de NUEVA EPS.

SEGUNDO: EXHORTAR a la NUEVA EPS a continuar brindando atención integral en salud a la señora MARÍA DEL CARMEN GARCÍA DE RUBIO de acuerdo a lo previsto en el fallo de tutela de fecha 16 de marzo de 2020.

(...)

Lo anterior, con fundamento en que la NUEVA EPS no había incumplido la orden médica emitida por el médico adscrito a tal entidad.

Peticiones².-

Reclamó el amparo de los derechos fundamentales a la “salud”, “vida digna” y a la “seguridad social,” y en consecuencia:

se cumpla con el TRATAMIENTO INTEGRAL sin dilaciones, el suministro de todos los medicamentos, tratamientos, procedimientos y, en general, cualquier servicio PBS o no PBS, que prescriba su médico tratante y que contribuya al mejoramiento de su calidad de vida, y se ORDENE a NUEVA EPS SA. Autorice el cambio de cuidador de 12 horas a 24 horas de manera inmediata.

Segundo: ordene al JUZGADO PRIMERO DEL CIRCUITO CON CONOCIMIENTO EN ASUNTOS LABORALES MUNICIPIO DE PAMPLONA; que se dé trámite de INCIDENTE DE DESACATO en contra de la ENTIDAD NUEVA EPS SA y la entidad prestadora del servicio MEDICUC IPS LTDA, solicitar la vigilancia ante el procedimiento que se le dio a la presente, motivo el cual se solicita Acción de Tutela.

Tercero: Solicitarle al Honorable Tribunal indicar si se debe presentar una nueva ACCIÓN DE TUTELA por el cambio en la Orden médica de cuidador de 12 horas a 24 horas desde el mes de enero de 2023 a diciembre 2023 o creer en la Buena fe de la Nueva Eps como lo manifiesta la Juez de Primera Instancia.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Se admitió la acción de amparo por reunir los requisitos mínimos legales³, se vinculó a la NUEVA EPS, se ordenó la notificación tanto del Despacho accionado como de la entidad vinculada, a quienes se les corrió traslado del escrito de tutela junto con sus anexos por el término de (2) días para pronunciarse sobre los hechos que originaron la presente queja constitucional, se tuvo como pruebas los anexos aportados con el escrito de tutela, se requirió al juzgado accionado para que allegara en copia digital el expediente del proceso radicado 54 518 31 04 001 2021 00013 00

² Folio 5 ibidem.

³ Folios 95 a 97.

que corresponde a una acción de tutela adelantada por la señora HILDA SOCORRO RUBIO GARCÍA en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL CARMEN GARCÍA DE RUBIO en contra de la NUEVA EPS, junto con los incidentes de desacato que se tramitaron con fundamento en lo resuelto en la citada acción constitucional, para efectos de realizarle inspección.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN. –

Nueva EPS⁴.-

Por medio de apoderado especial indicó que verificado *“el sistema integral de NUEVA EPS, se evidencia que la accionante está en estado activa para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO CATEGORÍA A”* y que *“LE HA BRINDADO A LA PACIENTE LOS SERVICIOS REQUERIDOS DENTRO DE NUESTRA COMPETENCIA Y CONFORME A SUS PRESCRIPCIONES MEDICAS DENTRO DE LA RED DE SERVICIO CONTRATADA”*, resaltando que *“GARANTIZA LA ATENCIÓN A SUS AFILIADOS A TRAVÉS DE LOS MÉDICOS Y ESPECIALISTAS ADSCRITOS A LA RED PARA CADA ESPECIALIDAD, y acorde con las necesidades de estos, teniendo en cuenta el modelo de atención y lo dispuesto en la normatividad vigente; buscando siempre agilizar la asignación de citas y atenciones direccionándolas a la red de prestadores con las cuales se cuenta con oportunidad, eficiencia y calidad”*.

También destacó que de los hechos de la tutela no logra observarse *“la supuesta vulneración o amenaza al Accionante se produzca por alguna actuación u omisión exigible a Nueva EPS”*, y a su vez, que con el escrito de la tutela no se allegó prueba siquiera sumaria que acredite *“algún incumplimiento por parte de Nueva EPS frente a la Accionante en cuanto a cuidador domiciliario 24 horas”*, que destaca que en virtud del principio de solidaridad es una tarea que debe ser realizada por los familiares, quienes son los que tienen la *“obligación moral, legal y constitucional”* de velar por el cuidado de la paciente.

Seguidamente advirtió que *“la Acción de Tutela impetrada por la Accionante para solicitar un servicio de auxiliar de enfermería o cuidador 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”*.

⁴ Folios 108 a

En esa línea, señaló que no se cumple con los requisitos generales y especiales⁵ para la procedencia de una acción de tutela dirigida contra una providencia judicial, debido a que *“NO EXISTE VULNERACIÓN ALGUNA AL DEBIDO PROCESO DEL ACCIONANTE, se han garantizado los límites Constitucionales y Legales que deben regir los procesos de tutela por parte de los despachos de conocimiento en primera y segunda instancia, ni mucho menos se han desconocido las garantías fundamentales del Derecho a la Defensa, Contradicción y Debido Proceso que le asisten a los actores involucrados en cualquier trámite de esa naturaleza”*, destacando que por tratarse de una sentencia de tutela, la acción es indudablemente improcedente.

Posteriormente enlistó las circunstancias en las cuales advirtió el Juez constitucional puede ordenar la entrega de prestaciones no cubiertas por el PBS⁶.

Además, precisó que *“la integralidad es un principio general, obligación del estado colombiano”* y que esa entidad *“garantiza la integralidad del servicio de salud de acuerdo con las necesidades médicas del afiliado, según prescripción médica por el profesional de la salud adscrito a la red de servicios”*, reiterando que *“acceder a la solicitud de atención integral frente a servicios aun no prescritos excedería el alcance de la acción de tutela ya que se trataría de una protección de derechos a futuro, no causados”*.

Finalmente, como pretensiones, solicitó que se deniegue la acción de tutela *“respecto a servicio de auxiliar de enfermería o cuidador 24 horas permanente porque es deber familiar”*, y a su vez, SE *“DENIEGUE LA SOLICITUD DE ATENCION INTEGRAL”*.

Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Pamplona.-

Compartió el vínculo para el acceso al expediente electrónico de la acción de tutela radicado 54 518 31 04 001 2021 00013 00 y a los incidentes de desacato que se tramitaron con fundamento en lo resuelto en la citada acción constitucional⁷.

⁵ Sentencia C-590/05:

⁶ *“cuando el suministro: (i) sea imprescindible para garantizar la supervivencia o la dignidad del paciente; (ii) sea insustituible por lo cubierto en el PBS; (iii) sea prescrito por los médicos adscritos a la EPS de afiliación del paciente; y (iv) no pueda ser cubierto con la capacidad económica del paciente”... no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares”*.

⁷ Folio 209.

CONSIDERACIONES

Competencia. -

Esta Corporación es competente para conocer de la presente acción de tutela según lo establecido por el artículo 86 de la constitución Política de Colombia, artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y por lo dispuesto en el numeral 5⁸ del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 333 de 2021, por cuanto el procedimiento involucra al Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Pamplona de quien este Tribunal es superior funcional.

Procedencia Excepcional de la Acción de Tutela Contra Providencias Judiciales.-

Con el fin de proteger los contenidos constitucionales de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica y naturaleza subsidiaria que caracteriza la acción de tutela, el ordenamiento jurídico habilita el uso de la acción de amparo contra providencias judiciales en un escenario **excepcional**, ya que, en esencia, descarta su carácter de fallo de instancia⁹, canalizándola hacia un control de errores o excesos constitucionalmente inadmisibles.

En ese orden, la tarea del Juez constitucional no es examinar la correlación legal del binomio pretensión-decisión, analizando la atendibilidad particular de lo deprecado, sino, en otro contexto, verificar que la decisión judicial no se haya desbordado hacia escenarios contrarios a la constitución. Conviene recordar que la tutela:

i).- no está dispuesta para desarrollar el debate que corresponde a la causa ordinaria; ii).- no constituye una instancia adicional o paralela a la de los funcionarios competentes; y iii).- no es el escenario para imponerle al juez natural adoptar uno u otro criterio ni obligarlo a fallar de una determinada forma, pues «el juez de tutela debe privilegiar los principios de autonomía e independencia judicial, por lo que debe considerar que, en principio, la valoración de las pruebas realizadas por el juez natural es razonable y legítima¹⁰.

⁸ Las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada.

⁹ «El Juez de tutela, a pretexto de examinar si existió vulneración de un determinado derecho fundamental, [no puede revisar] nuevamente la decisión de los jueces ordinarios que conocieron del trámite y los recursos, como si esta acción hubiere sido concedida como un medio de impugnación -paralelo - que se pueda adicionar a las actuaciones adelantadas, ... por regla general no es posible auscultar, ora para restarles vigencia, ora para otorgárselas, dado que dicha labor le corresponde, per se, es al juez natural, es decir al juez del proceso. De allí que toda consideración en torno a esa tarea escapa al examen del Juez del amparo, quien en la esfera que ocupa la atención de la Sala, tiene una competencia limitada y también residual. Tanto, que en concepto configuración de una de las apellidadas vías de hecho, es de suyo restricto a la vez que excepcional, como reiteradamente lo ha puesto de presente la jurisprudencia patria» (CSJ STC, 14 mayo de 2003, rad. 00113-01, reiterada en STC16240-2015, STC16948-2015, STC014-2017 y STC1227-2017, 3 feb. rad. 02126-01).

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T 221 de 2018, citada en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia STP577-2022.

Al respecto ha manifestado nuestra Corte Constitucional:

La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales surge de la necesidad de encontrar un equilibrio razonable entre la función constitucional de proteger los derechos fundamentales de las personas y el respeto por la autonomía judicial y la seguridad jurídica esenciales en un Estado de derecho. En este sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que esta acción procede cuando el funcionario judicial **viola de forma flagrante y grosera la Constitución y se cumplen los requisitos generales y especiales de procedibilidad**¹¹. (Negrilla fuera de texto).

Más recientemente, en sentencia STC 10039 de 2022 indicó la Corte Suprema de Justicia:

«el mecanismo de amparo constitucional no está previsto para desquiciar [los veredictos] judiciales con apoyo en la diferencia de opinión de aquéllos a quienes fueron adversas, obrar en contrario equivaldría al desconocimiento de los principios de autonomía e independencia que inspiran la función pública de administrar justicia y conllevaría a erosionar el régimen de jurisdicción y competencias previstas en el ordenamiento jurídico a través del ejercicio espurio de una facultad constitucional, al que exhorta el promotor de este amparo» (CSJ STC, 15 feb. 2011, rad. 01404-01, reiterado, entre otras, en STC, 24. sep. 2013, Rad. 02137-00).

En la misma decisión concluyó la Alta Corte:

Conforme a lo discurrido, se revocará el fallo estimatorio de primer grado, en tanto que la determinación cuestionada se advierte **razonable**¹², puesto que no es resultado de un subjetivo criterio que conlleve la manifiesta desviación del ordenamiento jurídico, y, por ende, tenga aptitud para lesionar las prerrogativas superiores suplicadas.

Queda así planteado el contexto en el que se desenvuelve la presente acción.

Cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.-

En el aspecto procedimental, la decantada y reiterada jurisprudencia constitucional ha acrisolado los **requisitos generales** de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales¹³, los que se encuentran cumplidos en el presente trámite por cuanto: *i*).- el asunto sometido a consideración ostenta relevancia constitucional ya que se denuncia la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social por parte del Despacho

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T 479 de 2017.

¹² Negrilla en el original.

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2019.

accionado en el ejercicio propio de sus funciones de la administración de justicia; *ii*).- la parte accionante no cuenta con otra herramienta jurídica que le permita salvaguardar los derechos fundamentales que considera le están siendo vulnerados, por cuanto la decisión que resuelve un incidente de desacato no es susceptible de ningún recurso¹⁴ y adicionalmente reúne las condiciones adicionales que exige la jurisprudencia para considerar cumplido el requisito de la subsidiariedad en esta clase de asuntos, que es que *“los argumentos con los que se refuta lo decidido en el incidente de desacato fueron alegados oportunamente en dicho trámite, se refiere al problema que en este se planteó, y no se funda en pruebas que no fueron solicitadas”*¹⁵; *iii*).- la solicitud de amparo se instauró dentro de un margen temporal razonable al haber presentado la queja constitucional el 21 de febrero de 2023, esto es, tan solo 4 días después de que el Juzgado demandado profiriera la providencia en la que se abstuvo de imponer la sanción por desacato a la Gerente Zonal y a la Gerente Regional de la NUEVA EPS; *iv*).- en el escrito de tutela se identificaron los hechos generadores de la presunta vulneración, así como los derechos fundamentales afectados, y *v*).- el ataque constitucional no se dirige contra una sentencia de tutela, sino contra la decisión que le pone fin al incidente de desacato¹⁶.

Una vez verificado el cumplimiento integral de los requisitos generales, debe tenerse en cuenta que la procedencia del amparo contra una decisión judicial depende además que ésta haya incurrido en al menos una de las causales específicas de procedibilidad¹⁷.

¹⁴ Como se establece en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, la decisión que decide el desacato únicamente es objeto de grado de consulta y no se prevé ningún recurso adicional contra las providencias que sean emitidas en este trámite. Corte Constitucional Auto A055-2020.

¹⁵ Sin perjuicio de lo anterior, esta Corporación ha referido la necesidad de que tales acciones de tutela cumplan las demás condiciones que dan por cumplido el requisito de subsidiariedad, esto es, (i) que los argumentos de la tutela sean consistentes con los alegados en el incidente de desacato; (ii) que no se planteen asuntos que debieron alegarse en el incidente de desacato y (iii) que no soliciten pruebas que no fueron originalmente solicitadas y que el juez no debía practicar de oficio. En cuanto al examen de procedencia material, se debe constatar la estructuración de alguno de los defectos que pueda presentar la decisión que puso fin al incidente de desacato (fáctico, sustantivo, procedimental, etc.). (Corte Constitucional sentencia T 424 de 2020).

¹⁶ La Corte ha construido una sólida línea jurisprudencial sobre la procedibilidad excepcional de las acciones de tutela que cuestionan providencias proferidas en el trámite del incidente de desacato. Específicamente, frente al requisito de subsidiariedad, ha definido la satisfacción de este, a partir de una sola regla, “aquella según la cual el amparo constitucional solo puede dirigirse contra la decisión que le pone fin al incidente de desacato, esto es, contra aquella que se abstiene de imponer la sanción o contra aquella que ratifica la sanción, en grado de consulta. En síntesis, es necesario que el incidente haya finalizado, mediante decisión ejecutoriada. (Corte Constitucional sentencia T 424 de 2020).

¹⁷ “a.- Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. b.- Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. c.- Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. d.- Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. f.- (sic.) Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. g.- Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. h.- Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. i.- Violación directa de la Constitución”. Corte Constitucional, sentencia C 590 de 2005, citada en T 367 de 2018, entre otras.

En este caso, la demandante discrepa de la decisión que adoptó el estrado demandado en la providencia del pasado 17 de febrero¹⁸, en la que se abstuvo de sancionar por desacato a las doctoras JOHANNA CAROLINA GUERRERO FRANCO y SANDRA MILENA VEGA GÓMEZ, en su condición de Gerente regional y Gerente zonal de la NUEVA EPS.

SOLUCIÓN DEL CASO

1.- El 19 de enero de 2023 la agente oficiosa presentó *“tercer incidente de desacato”* aduciendo que el 16 de marzo de 2021 el Tribunal de Pamplona ordenó a la NUEVA EPS *“autorice y suministre lo ordenado por el médico tratante el 07 de diciembre de 2020; esto es, “cuidador (auxiliar de enfermería), 12 horas diarias para 6 meses” y “DISPONER que, en adelante, la NUEVA EPS S.A. deberá brindar el tratamiento integral que el adulto mayor requiere para el manejo adecuado de las enfermedades que padece”*¹⁹.

En concreto, el desacato procedía de que el médico tratante de CARMEN GARCÍA había ordenado cuidador 24 horas el 22 de octubre de 2022, señalando que *“Se ha tramitado esta **orden de cambio de cuidador de 12 horas a 24 horas ante la Nueva Eps**, y cuya respuesta dada por el área de autorizaciones, es que todo debe ser radicado ante el prestador de servicios de la Eps que en este caso es MEDICUC IPS LTDA oficina Pamplona, hemos reiterado en más de 5 oportunidades esta orden y no hay respuesta de parte de ninguna de las dos entidades”*²⁰.

La orden cuyo cumplimiento se solicita es la de *“CUIDADOR 24 HORAS DIARIAS DESDE ENERO A DICIEMBRE DEL AÑO 2023”*²¹.

Al respecto, la concernida nueva EPS expresó:

Lo primero que debo manifestar, es que NUEVA EPS, siempre ha tenido la voluntad de cumplir con lo solicitado por los usuarios, de conformidad con las diferentes prescripciones médicas, teniendo en cuenta lo establecido en las normas especiales que regulan lo concerniente con el Sistema de Seguridad Social en Salud. Adicionalmente, como es lógico y sin ningún tipo de reparo, se le da cumplimiento a lo ordenado en los fallos de tutela, con el objetivo primordial de evitar cualquier perjuicio a nuestros usuarios.

¹⁸ Firmado electrónicamente el 20 de febrero de 2023.

¹⁹ Enlace obrante a folio 209 del expediente de primera instancia, carpeta CARPETA “C04Incidente...”.

²⁰ Negrilla fuera de texto.

²¹ Archivo “02EscritoDesacato”, CARPETA “C04Incidente...”, folio 4.

El hecho de expresar el presunto incumplimiento, a lo ordenado por el fallo de tutela, sin probarlo, vulnera el principio constitucional DE LA BUENA FE DE NUEVA EPS, toda vez que todas nuestras actuaciones están basadas en este principio constitucional, y actuamos conforme a lo establecido en la ley.

Se solicita respetuosamente a su Señoría, tener en cuenta que el área de salud se encuentra realizando las acciones positivas internamente con la IPS asignada de la prestación del servicio de cuidador. Una vez se obtenga el resultado de las gestiones que adelanta el área de salud, se pondrá en su conocimiento a través de respuesta complementaria²².

Después del trámite de rigor, el despacho accionado resolvió negativamente el incidente 17 de febrero de 2023, y en lo que interesa a este trámite, motivó.

Ahora bien, frente al hecho que le dio origen al presente trámite procesal y que consiste en el suministro del servicio auxiliar de enfermería domiciliaria de 24 horas desde el mes de enero a diciembre del año 2023, se considera que si bien constituye una modalidad de prestación de salud incluida en la cobertura de beneficios del POS, no es objeto de la imposición de una sanción en el trámite de desacato, **pues en lo atinente al fallo de impugnación de tutela resuelto por el Tribunal Superior de Pamplona se estableció que dicha prestación se suministraría por 12 horas diarias durante 6 meses, ante lo cual no puede imponerse la obligación por incumplimiento de NUEVA EPS dado que las condiciones plasmadas en el trámite constitucional en segunda instancia cambiaron a las establecidas en el escrito de incidente de desacato por incumplimiento de la Entidad accionada, esto es, precisamente, el cambio en el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria de 12 horas a 24 horas, máxime cuando dicha Entidad está efectuando los trámites necesarios para satisfacer tal servicio.**

No obstante, con el fin de garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales que ya le fueron amparados a la actora, se le reitera a NUEVA EPS que sigue obligada a acatar las órdenes que le fueron impuestas en el fallo de tutela del 16 de marzo de 2020, que consisten en que le brinde a la incidentante una atención integral en salud respecto de las enfermedades que padece²³.

La sentencia de 16 de marzo de 2021 del Tribunal de Pamplona, que impuso *ex novo* el cuidador por 12 horas caracterizó así a la tributaria de la prestación:

La señora María del Carmen García de Rubio, de 92 años, con "ANTECEDENTES DE HTA ESENCIAL, HIPOTIROIDISMO, INSUFICIENCIA REAL CRÓNICA, OSTEOARTROSIS GENERALIZADA, CARCINOMA UTERINO", es beneficiaria en el régimen contributivo del Sistema General de Salud, siendo la entidad

²² 08RespuestaNuevaEPS.

²³ Archivo "25AutoDecide", CARPETA "C04Incidente...", folio 8. Negrilla fuera de texto.

que le presta el servicio la NUEVA EPS. La accionante, hija de la agenciada, con 68 años de edad, indica que “no se vale por sí misma, está postrada en cama, para los desplazamientos se le debe ayudar a subir a una silla de ruedas (...)”, motivo por el cual el médico tratante le ha ordenado “Cuidador (AUXILIAR DE ENFERMERÍA), 12 HORAS DIARIAS, PARA SEIS MESES”. No obstante, afirma, la EPS accionada no ha cumplido con lo dispuesto por el galeno. Así mismo, la accionante manifiesta que de sus 9 hermanos sólo 3 ayudan económicamente a su señora madre, los demás “no tienen empleos estables y viven de la informalidad”²⁴.

Tenemos, pues, que la hoy Incidentante cuenta con 9 hijos, poniéndose allí de presente que sólo algunos de ellos aportaban económicamente en su sostenimiento, lo que a la sazón fue un insumo determinante a efectos de establecer la necesidad de cuidador externo.

Si bien la orden primigenia de tutela impuso la modalidad de tratamiento integral a CARMEN GARCÍA, y con base en ésta se le ha venido prestando el servicio de cuidador 12 horas, debe considerarse, en miras al aumento horario de tal apoyo, que el cuidador es una prestación *sui generis*, por cuanto constituye una actividad que primordialmente debe ser realizada por la familia:

Dado principalmente su carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud, la Corte ha dicho que en términos generales el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que viven con ella, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad. Así, compete en primer lugar a la familia solidarizarse y brindar la atención y cuidado que necesita el pariente en situación de indefensión. En virtud de sus estrechos lazos, la obligación moral descansa en primer lugar en el núcleo familiar, especialmente de los miembros con quien aquél convive. **Con todo, si estos no se encuentran tampoco, principalmente, en la capacidad física o económica de garantizar ese soporte, el servicio de cuidador a domicilio, cuya prestación compromete la vida digna de quien lo necesita, debe ser proporcionado por el Estado.** (negritas fuera de texto original)²⁵.

Se destaca entonces que tanto la Ley como la jurisprudencia en principio han fijado la responsabilidad de asistencia y cuidado de los pacientes que no puedan hacerlo por sí mismos y lo requieran, en los parientes o familiares que viven o están cerca de ellos en virtud de los lazos de afecto y del principio constitucional de

²⁴ Folio 32, Archivo 02EscritoDesacato”.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-096 de 2016.

solidaridad²⁶, siempre y cuando sus miembros estén en capacidad física y económica para garantizar la asistencia, estableciéndose por la Corte Constitucional los presupuestos en los que el deber de asistencia y cuidado de los pacientes permanece en cabeza de los familiares del afectado, así:

(i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que sí debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia²⁷.

No obstante, ser la familia el primer obligado en atender y cuidar al paciente, se han admitido excepciones en la que dicha ayuda no puede ser asumida por los parientes, al respecto se dijo:

Es así como se ha reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que (i) existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado

Se subraya que para efectos de consolidar la “imposibilidad material” referida 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 asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio”. (Subrayado por la Sala)²⁸.

En la Sentencia T-065 de 2018, la misma Corporación reconoció la existencia de eventos excepcionales en los que: (i) es evidente y clara la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) el principal obligado,-la familia del paciente,

²⁶ Dentro de la familia, entendida como núcleo esencial de la sociedad, se imponen una serie de deberes especiales de protección y socorro recíproco, que no existen respecto de los restantes sujetos que forman parte de la comunidad. En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir más allá de las desavenencias personales (T-220 de 2016).

²⁷ T-336 de 2018

²⁸ Corte Constitucional, sentencia T 065 de 2018.

está *“imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga a la sociedad y al Estado”*²⁹, quien deberá asumir solidariamente la obligación de cuidado que recae principalmente en la familia.

Dijo esa providencia que la *“imposibilidad material”* del núcleo familiar del paciente que requiere el servicio³⁰, ocurre cuando éste: *“(i) no cuenta 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 asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio”*³¹.

Así, bajo la premisa de que lo que se solicitó en el desacato fue extender la tarea del cuidador de 12 a 24 horas (que no la prestación en sí del servicio de cuidador que debe seguirse prestando), debe concluirse que la postura condensada en la confutada providencia judicial no es irrazonable ni caprichosa, en la medida en que, a pesar de su lacónica motivación, expresó que no es suficiente que el médico tratante haya dado la orden para que automáticamente la cobertura del cuidador aumente, pues como se vio, primero debe establecerse judicialmente con audiencia de la NUEVA EPS si el núcleo familiar compuesto por 9 hijos padece la imposibilidad material de atender a su madre las 12 horas restantes.

Así las cosas, y dado que la providencia cuestionada fue emitida en la ponderada órbita de la autonomía judicial que le es inherente, no le es dable a este juez constitucional imponer su entendimiento, lo que acarrea ineludiblemente que la acción de tutela deba ser negada.

En mérito de 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: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales invocados por MARÍA DEL CARMEN GARCÍA DE RUBIO.

²⁹ Sentencia T-065 de 2018

³⁰ Ver, entre otras, las Sentencias T-782 de 2013, T-154 y T-568 de 2014, T-096 y T-414 de 2016, así como la T-208 de 2017.

³¹ Sentencia T-065 de 2018

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

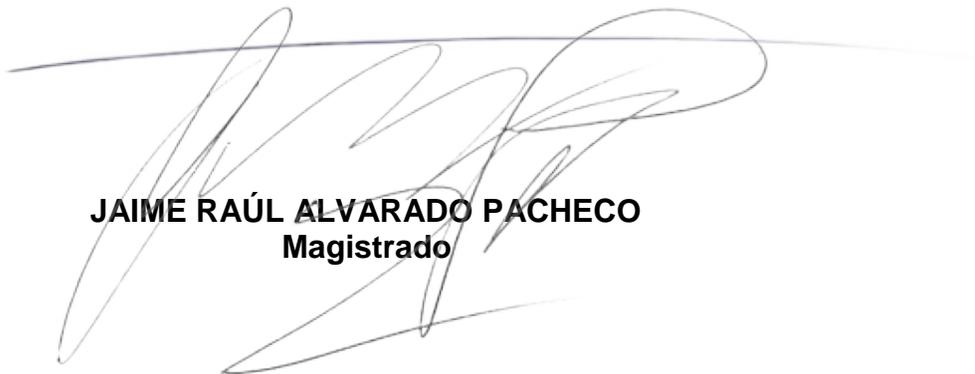
TERCERO: De no ser impugnada la presente decisión, remitir la actuación procesal a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La presente decisión fue discutida y aprobada en Sala virtual el día 7 de marzo de 2023.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS
Magistrado



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO
Magistrado

JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
Magistrado
(En permiso)

Firmado Por:
Nelson Omar Melendez Granados
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Juzgado De Circuito

Promiscuo 1 De Familia
Cucuta - 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: **71630aa801a30babe17b86184c3f3cb9e6abb76c92053be3b0cbc315c0fb1b19**

Documento generado en 07/03/2023 05:02:06 PM

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