



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA

SALA ÚNICA DE DECISIÓN

IMPUGNACIÓN DE TUTELA

Pamplona, nueve (09) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Magistrado Ponente

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Aprobado por Acta No 020

Radicado: 54-518-31-84-001-2023-00253-01

**Accionante: NUBIA YANETH VERA BOLÍVAR agente oficiosa de ANA
MATILDE BOLÍVAR GÓMEZ**

**Accionada: UNIÓN TEMPORAL UT RED INTEGRADA FOSCAL-CUB
Y OTROS**

I. ASUNTO

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante contra la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2023 por el JUZGADO PRIMERO PROMISCUO DE FAMILIA 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.** Su madre, la señora ANA MATILDE BOLÍVAR GÓMEZ, tiene 83 años y se encuentra afiliada como su beneficiaria al régimen contributivo, exceptuado de salud del Magisterio.

¹ Escrito de tutela visible como documento orden No. 2 del expediente digitalizado de primera instancia a folios 2-8 de su índice electrónico.

- 1.2. La paciente padece de *“secuelas de ACV Isquémico con afasia de Broca y pérdida del control de esfínteres (Urinario y Anal) • Disfagia Neurogénica • Insuficiencia Renal Crónica estadio IV • Fibrilación Auricular • Insuficiencia Mitral y Aórtica • Atrofia Cortical Severa • Alzheimer • Cáncer de Colón Rectosigmoide infiltrado”*; encontrándose imposibilitada para valerse por sí misma y realizar funciones básicas.
- 1.3. En consulta domiciliaria del 31 de octubre de 2023, se le solicitó al doctor MIGUEL ANTONIO IGLESIAS ARIZA el suministro de pañales, pañitos, cremas, cuidador, cama hospitalaria y los insumos necesarios para el mantenimiento y cambio de bolsas de drenaje urinario, sondas vesicales y de gastrostomía, sin embargo, la solicitud fue denegada argumentándose que *“no se encuentran dentro del contrato de FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA CÚCUTA I.P.S., no ofrece este tipo de beneficios a sus adscritos o beneficiarios”*.
- 1.4. Se encuentra impedida para asumir los cuidados de su progenitora porque debe trabajar para obtener recursos económicos, los cuales en todo caso no permiten asumir los servicios e insumos suplicados en el trámite tutelar.

2. Pretensiones.

Se amparen los derechos a la salud, vida y seguridad social y en consecuencia, se ordene a la *“UNIÓN TEMPORAL UT RED INTEGRADORA FOSCAL – CUB; CLÍNICA MÉDICO QUIRÚRGICA y FIDUPREVISORA S.A., SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD RÉGIMEN CONTRIBUTIVO, que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo o el término que Usted señor (a) Juez Constitucional considere pertinente para la protección efectiva de los derechos fundamentales vulnerados, proceda a pronunciarse sobre los suministros para el tratamiento de la enfermedad de mi señora madre ANA MATILDE BOLIVAR GÓMEZ, como lo son PAÑALES,*

PAÑITOS, CREMAS, CUIDADORA (enfermera), CAMA HOSPITALARIA, y los insumos necesarios para el mantenimiento y cambio de bolsas de drenaje urinario, sondas vesicales y bolsas suficientes para la alimentación por sonda de gastrostomía y demás que se requieran de manera integral, teniendo en cuenta que su condición de salud le impide cualquier movimiento, por tanto para sus citas médicas se autorice el traslado en ambulancia ya que por su condición ella no se puede movilizar por sus propios medios y es difícil sentarla por su problema de Columna”.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Admisión

El 24 de noviembre de 2023 se admitió la tutela² en contra de la **UNIÓN TEMPORAL UT RED INTEGRADORA FOSCAL-CUB, CLÍNICA MÉDICO QUIRÚRGICA** y la **FIDUPREVISORA S.A.**, además se vinculó al **INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD** y a la **SUPERINTENDENCIA DE SALUD**. En la misma providencia se concedieron dos (2) días a los accionados y vinculados para que se pronunciaran respecto de los hechos y pretensiones planteadas en la queja constitucional.

2. Contestación de la tutela en lo relevante

2.1. CLÍNICA MÉDICO QUIRÚRGICA³.

Su apoderado especial refiere que hasta la fecha la paciente carece de órdenes médicas para insumos de aseo como pañales y crema, así como para la provisión de una cama hospitalaria. Resaltó que la IPS no puede proporcionar servicios o insumos que no hayan sido debidamente ordenados por profesionales médicos de la red. Es evidente que la CMQ no ha denegado ni omitido los servicios médicos solicitados por los médicos de la red.

² Documento orden No. 5 del expediente digitalizado de primera instancia a folio 195-196 de su índice electrónico.

³ Documento orden No. 7 del expediente digitalizado de primera instancia a folios 205-237 de su índice electrónico.

2.2. La UT RED INTEGRADA FOSCAL-CUB⁴.

La respuesta del Coordinador Regional señaló que ANA MATILDE BOLÍVAR GÓMEZ está afiliada al Sistema General de Seguridad Social Régimen Excepción, siendo usuaria de la EPS FIDUPREVISORA, con la UT RED INTEGRADA FOSCAL CUB actuando como IPS contratada. Aclara que la UT no funge como EPS y que su responsabilidad es temporal hasta el 30 de abril de 2024.

Destacó que la paciente recibe atención a través del programa extramural, que comprende un equipo multidisciplinario y busca impactar positivamente la salud desde el entorno familiar. El programa opera en horarios específicos y ofrece diversos servicios, como consultas domiciliarias y terapias.

En cuanto a la solicitud de servicios adicionales como pañales, cama hospitalaria y cuidadora (enfermera), expuso que la UT RED INTEGRADA FOSCAL – CUB tiene una responsabilidad temporal y no puede atender peticiones que excedan su contrato. Además, enfatizó que la FIDUPREVISORA es la entidad permanente encargada de velar por los intereses de los docentes y sus beneficiarios.

Argumentó que el servicio de cuidador permanente no forma parte del Plan de Beneficios en Salud y responde al principio de solidaridad, para lo cual invocó la normativa legal y jurisprudencial que llama a la improcedencia de la acción de tutela, más cuando a la afiliada no se le ha negado ningún servicio y ha recibido un tratamiento integral para sus patologías.

2.3. FIDUPREVISORA⁵.

La coordinadora de Tutelas y Vicepresidenta Jurídica de la entidad, informó que la supervisión de obligaciones contractuales con Uniones Temporales es responsabilidad del Gerente de Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG).

⁴ Documento orden No. 08 del expediente digitalizado de tutela primera instancia a folios 238-301 de su índice electrónico.

⁵ Documento orden No. 9 del expediente digitalizado de tutela primera instancia a folios 302-422 de su índice electrónico.

Aclaró que la FIDUPREVISORA ostenta naturaleza jurídica mixta y carece de competencia para expedir actos administrativos, limitando su accionar a operaciones autorizadas a sociedades fiduciarias. En cuanto a servicios de salud, negó la capacidad para realizar actividades de una entidad promotora de salud, pues su función se centra en la administración de recursos del FOMAG y la contratación de los servicios médico-asistenciales en diferentes regiones.

Finalmente, alegó la ausencia de vulneración de derechos fundamentales, sugiriendo que la Unión Temporal RED INTEGRADA FOSCAL - CUB es la entidad legitimada para garantizar el servicio de salud.

2.4. EL INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER⁶.

Después de emitido el fallo de primera instancia alegó pronunciamiento manifestando que el Instituto Departamental de Salud N. de S. no presta servicios médicos, y en virtud de la ley 1955 de 2019, la ADRES está jurídicamente obligada a sufragar los costos derivados de servicios médicos NO POS a partir del 1 de enero de 2020, según las pautas emanadas del Ministerio de Salud y Protección Social.

IV. LA DECISIÓN EN LO RELEVANTE⁷

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

“De conformidad con el precedente constitucional transcrito y el acervo probatorio obrante en el expediente, resulta claro para el Despacho que en la presente solicitud de amparo constitucional las entidades accionadas no han, ni están vulnerando los derechos fundamentales de la agenciada, toda vez que del caudal probatorio arrojado al expediente no se puede extraer o deducir que el médico tratante haya prescrito los insumos de pañales, pañitos, cremas, cama hospitalaria y servicio de cuidadora (enfermera); tal y como sí lo hizo con los insumos necesarios para el

⁶ Documento orden No. 16 ibidem a folios 479-485 de su índice electrónico.

⁷ Documento orden No. 12 del expediente digitalizado de primera instancia a folios 429-446 de su índice electrónico.

cambio de bolsas de drenaje urinario, sondas vesicales y bolsas suficientes para la alimentación por sonda gastrostomica (sic), los cuales ya fueron suministrados como se puede verificar las ordenes de servicio allegadas por la U.T. RED INTEGRADA FOSCAL CUB visibles en el PDF-008 del folio 15 al 19, en consecuencia, el despacho así lo declarará.

(...)

En este contexto, es crucial abordar que, si bien se ordena como plan de manejo la valoración por enfermería para entrenar a familiar para el manejo de sonda gastrostomía, no se puede entender esto como una orden de cuidadora (enfermera) pues, como ya se indicó deben estar presentes y además cumplidos los requisitos establecidos de manera jurisprudencial por el máximo órgano de cierre, por lo tanto, es necesario señalar que dicha medida no puede ser autorizada, ya que no cumple con los requisitos jurisprudenciales necesarios. Se entiende que la hija de la paciente, al ser su núcleo familiar más cercano, sí puede satisfacer esa necesidad; además que su hija se encuentra afiliada al régimen contributivo en salud, estando vinculada al Fomag.

En torno al tratamiento integral sostiene que no puede el juez de tutela exceder los lineamientos de la normatividad vigente, siendo necesario que se evalúe la procedencia de concederlo, dado que no puede emitirse orden para la protección de derechos que no han sido amenazados o violados.

En consecuencia, se ha de negar la presente acción de tutela, al no existir vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de la señora Ana Matilde Bolívar Gómez, conforme lo antes motivado”.

V. LA IMPUGNACIÓN⁸

La accionante impugnó el fallo de primera instancia encaminado a que se revoque, argumentando que no se consideraron las afectaciones de la agenciada, quien funge como una persona de la tercera edad con diversas patologías incapacitantes, enfatizando su dependencia total, respaldada por evaluaciones médicas (escala de Barthel) que indican nula movilidad y necesidad de asistencia para todas las actividades diarias. Señaló que pesar de su salario y afiliación al régimen contributivo, carece de la capacidad física para atender a su progenitora, pues debe trabajar para el sustento del hogar.

VI. CONSIDERACIONES

⁸ Documento orden No. 15 del expediente digitalizado de primera instancia a folios 472-478 de su índice electrónico.

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 de 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. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la decisión de primera instancia que denegó el servicio de cuidador domiciliario, desconoce los requisitos establecidos legal y jurisprudencialmente para esos efectos, en concordancia con las particularidades del caso concreto.

3. Solución al problema jurídico

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 familiar⁹, 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 querido¹⁰. Ello, sin perjuicio de la subsistencia de las obligaciones familiares de auxilio, según las cuales “(...) *la familia no puede desligarse completamente del cuidado y protección que demanda el enfermo, ya que ella debe seguir el proceso de acompañamiento en el tratamiento que requiera el paciente. En efecto, los parientes más cercanos del enfermo guardan la obligación de participar activamente del proceso de recuperación o estabilización, lo que constituye una manifestación del deber de solidaridad y responde fundamentalmente a la necesidad de asegurar que el paciente cuente con todas las condiciones necesarias para recuperar o mantener estable su estado de salud mental. De manera que, aun en caso de que el Estado o la sociedad asuman directamente el cuidado del enfermo, sus familiares deben participar del proceso de alivio como elemento fundamental del tratamiento de la enfermedad, para lo cual es necesaria la coordinación de esfuerzos en aras de que ellos cuenten con la asesoría e información necesarias que les permitan contribuir eficazmente a la mejora o estabilidad de su pariente*”¹¹.

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*

⁹ T-533 de 1992.

¹⁰ Sentencias T-851 de 1999, T-398 de 2000 y T-867 de 2008.

¹¹ Corte Constitucional, T-867 de 2008.

situaciones, la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado”¹².

La sentencia T-414 de 2016¹³ 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”*.

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

¹² Sentencia T-096 de 2016-096.

¹³ Según se advierte en sentencia T-423 de 2019.

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 (...)¹⁴. (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 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 el examen de procedibilidad efectuado por la juez *A quo* se halla acorde a los parámetros establecidos por la autoridad en la

¹⁴ Corte Constitucional T-015 de 2021.

materia, de modo que no amerita ningún pronunciamiento adicional en gracia de evitar innecesarias repeticiones.

Así pues, la censura por activa se dirige en exclusivo sobre la determinación que en primer nivel denegó el reconocimiento por del servicio de cuidador domiciliario en favor de la agenciada.

3.2.1. En esa línea, la falladora sustentó su decisión en que *“si bien se ordena como plan de manejo la valoración por enfermería para entrenar a familiar para el manejo de sonda gastrostomía, no se puede entender esto como una orden de cuidadora (enfermera) pues, como ya se indicó deben estar presentes y además cumplidos los requisitos establecidos de manera jurisprudencial por el máximo órgano de cierre, por lo tanto, es necesario señalar que dicha medida no puede ser autorizada, ya que no cumple con los requisitos jurisprudenciales necesarios. Se entiende que la hija de la paciente, al ser su núcleo familiar más cercano, sí puede satisfacer esa necesidad; además que su hija se encuentra afiliada al régimen contributivo en salud, estando vinculada al Fomag”*.

Bajo tal panorama, revisado el historial clínico¹⁵ de la paciente se observa que se trata de una persona de 83 años, diagnosticada con *“Insuficiencia renal crónica”*¹⁶, *“fibrilación auricular crónica”*, *“secuelas de enfermedad cerebrovascular, no especificada como hemorrágica y oclusiva”*, *“otras anormalidades de la marcha y de la movilidad y la no especificadas”*, y *“Disfagia”*, con una descripción de su estado de salud consistente en *“paciente en CMQ hospitalaria cama con DX de ACV, perdida de control de esfínteres portadora de sonda de gastrostomía y sonda vesical FA control trastorno bipolar, tumor de colón sigmoide, insuficiencia renal crónica y fibrilación auricular crónica (...) paciente postrada en cama, consciente, alerta, desorientada en tiempo y espacio, reconoce a la hija y obedece órdenes, paciente*

¹⁵ Anexos escrito de tutela inicial visibles como documento orden No. 3 del expediente digitalizado de tutela primera instancia a folios 9-193 de su índice electrónico.

¹⁶ Historia Clínica CMQ del 31 de octubre de 2023

con sonda de gastrostomía, problemas de habla con pérdida de esfínteres, portadora de sonda vesical con limitación a la marcha, se evidencian flictenas y alteración de la marcha por lo cual paciente candidata a ser parte del programa extramural con apoyo de las terapias para mejorar su calidad de vida (...)”.

Igualmente, consta que la paciente ingresó por UCI a LA CLÍNICA MEDICO QUIRÚRGICA el 13 de octubre de 2023 y permaneció en valoración hasta el 3 de noviembre siguiente¹⁷, con diagnósticos de “1.INFECCIÓN RESPIRATORIA AGUDA DE VÍAS INFERIORES, 2.NEUMONIA MULTILobar ADQUIRIDA EN COMUNIDAD SUPERADA, 3.INFECCIÓN DE VIAS URINARIAS COMPLICADA, 4.INSUFICIENCIA CARDIACA FEVI DESCONOCIDA, 5.FIBRILACIÓN AURICULAR DE RESPUESTA VENTRICULAR CONTROLADA, 6.TRANSTORNO HIDRO – ELETROLÍTICO, 7.HIPONATREMIA LEVE, 8. ENFERMEDAD RENAL CRÓNICA, 9.SECUELAS DE ACV ISQUÉMICO MAYO 2022 CON AFASIA DE BROCA, 10. TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR, 11. CA DE COLÓN, 12. GASTROSTOMÍA 25/10/2023”.

También obra en el expediente historia clínica del 27 de noviembre de 2023 de la Clínica Medico Quirúrgica en la que el galeno tratante anotó “*Al momento paciente estable, en compañía de familiares, postrada en cama, signos vitales normales, sonda transuretral y de gastrostomía funcionales. Con limitación total para la marcha, con dependencia funcional total calculado objetivamente con escala de Barthel con 0 puntos*”¹⁸.

De lo anterior se desprende que el particular involucra a un sujeto de especial protección constitucional no solo por su avanzada edad que la posicionan como de la tercera edad, sino además por la gravedad de las patologías que afectan su bienestar.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Anexo contestación Red Foscal visible como documento orden No. 8 del expediente de tutela primera instancia a folios 238-301 de su índice electrónico.

Condiciones que demandan un trato preferencial del Estado, pues como claramente lo ha precisado la Corte Constitucional, el derecho a la salud tiene mayor relevancia *“cuando los afectados sean sujetos de especial protección constitucional, como aquellos que padecen enfermedades degenerativas, catastróficas, de alto costo y crónicas como podría ser, en algunos casos, la insuficiencia renal. Este trato diferenciado tiene fundamento en el inciso 3º, del artículo 13 de la Constitución Política que establece la protección por parte del Estado a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*¹⁹.

Si bien no se discute que la salud es un derecho fundamental que debe protegerse y ser garantizado a los usuarios del SSS, no es menos cierto que el suministro de los servicios, procedimientos, medicamentos e insumos médicos está sujeto al criterio del galeno tratante para que mediante orden médica autorice el mismo. *“Tal criterio debe estar basado en información científica, el conocimiento certero de la historia clínica del paciente y en la mejor evidencia con que se cuente en ese momento. En efecto, cuando una persona acude a su EPS para que esta le suministre un servicio que requiere, o requiere con necesidad, el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad, es que exista orden médica autorizando el servicio”*²⁰.

Sobre el tópico la Corte Constitucional²¹ ha señalado que:

“(…) el profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona, y el tratamiento que se debe seguir, es el médico tratante. Es su decisión el criterio esencial para 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. Es deber de la entidad contar con todos los elementos de pertinencia médica

¹⁹ T-736 de 2016.

²⁰ T-260 de 2020.

²¹ Ídem.

*necesarios para fundamentar adecuadamente la decisión de autorizar o no el servicio. Decisión que debe ser, además, comunicada al usuario*²².

Supuesto que en el presente evento deviene ausente, pues como quedó visto en líneas arriba, el historial clínico de la paciente no arroja que se le hubiere prescrito por parte de sus médicos tratantes el servicio de cuidador domiciliario.

A pesar de lo anterior esta Sala no puede desconocer el deteriorado estado de salud de la agenciada que incluso bajo valoración objetiva de escala de Barthel arrojó un resultado de 0 puntos correspondiente a completa dependencia, siendo menester ante tal circunstancia la intervención del juez tutelar no en el sentido de suplir el concepto de los profesionales de la salud, sino allanando el escenario para que sean éstos los que valoren la necesidad del servicio deprecado de cara al derecho a la salud en todas sus fases.

Es así que la jurisprudencia constitucional llama a la garantía del derecho al diagnóstico, cuyo objetivo consiste en *“establecer el acceso a tratamientos, medicamentos, exámenes e insumos que se requieren con necesidad para restablecer la salud del paciente. Por tanto, aunque un juez de tutela no podría abarcar la órbita de acción que le compete a un profesional de la salud para ordenar directamente el reconocimiento de un servicio o tratamiento que no ha sido previamente diagnosticado, lo que excepcionalmente sí podría hacer, en caso de existir un indicio razonable de la afectación de salud, es ordenar un amparo en la faceta de diagnóstico. Es decir, el juez constitucional excepcionalmente podría resolver en sede de tutela que la Empresa Promotora de Salud correspondiente, por medio de los profesionales pertinentes, emita un diagnóstico efectivo, con el cual se garantice una valoración oportuna sobre las dolencias que aquejan al paciente, la determinación de la enfermedad que padece y el establecimiento de un procedimiento médico específico a seguir para lograr el restablecimiento de su*

²² Sentencias T-543 de 2014, reiterado en T-132 de 2016 y T-120 de 2017.

salud. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corte ha evidenciado que el derecho a un diagnóstico efectivo es vulnerado, entre otros casos, cuando las EPS o sus médicos adscritos demoran o se rehúsan a establecer un diagnóstico para el paciente, así como la prescripción de un tratamiento para superar una enfermedad”²³.

De conformidad con lo expuesto y dado que en el expediente no obra prescripción médica del servicio de cuidador domiciliario en favor de la señora ANA MATILDE BOLÍVAR GÓMEZ, tampoco su modalidad y tiempo requerido, no se considera apropiado acceder por esta vía a la citada pretensión.

Sin embargo, atendiendo las manifestaciones de la accionante y el cuadro clínico que presenta, lo procedente será conceder el amparo en la faceta de diagnóstico, con el fin de que sea el médico tratante quien a partir de las patologías que aquejan a la señora BOLÍVAR GÓMEZ determine la necesidad del servicio de cuidador y el tiempo por el cual se requiere, ello, sin anteponer cuestiones administrativas, estructurales o contractuales ajenas a la garantía del derecho aquí litigado.

3.2.2. Ahora bien, la efectividad material de la anterior determinación ostenta vínculo inescindible con la necesidad de examinar el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por la jurisprudencia patria para trasladar la carga del cuidado domiciliario de los pacientes a las entidades prestadoras de salud.

Para los efectos rememórense las exigencias que en materia constitucional se exigen para que la EPS sufrague los gastos de la asistencia domiciliaria, veamos: *“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”²⁴.*

²³ Sentencia T 245 de 2020.

²⁴ Corte Constitucional, T-015 de 2021.

Siendo que el primero de los supuestos precitados yace amparado bajo la presente acción de tutela por las razones y en las condiciones pretéritamente expuestas, resta apuntalar lo relacionado con la capacidad del núcleo familiar del paciente para asumir su cuidado.

i) 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 recursos para costear esa clase de servicios.

En ese contexto, estando en curso esta instancia, la agenciante dio respuesta²⁵ al requerimiento²⁶ efectuado por el Despacho del Magistrado Sustanciador informando que ella y su hermana conforman el núcleo familiar de la paciente en calidad de hijas, siendo la segunda la que hasta el momento se ha ocupado del cuidado de su progenitora. Sin embargo, alegó la dificultad para seguir atendiendo las necesidades de su madre dado que su hermana también tiene una hija en condición de discapacidad que demanda su atento cuidado, mientras que ella debe trabajar para proporcionar el sostenimiento del hogar.

Por consiguiente, esta Sala encuentra que las condiciones fácticas narradas derivan la imposibilidad física de la descendencia de la agenciada para que en virtud del principio de solidaridad asuman su cuidado, la señora NUBIA YANETH VERA por encontrarse supliendo las obligaciones económicas de la familia a través de su labor como docente, y su hermana por cuanto también ostenta compromiso de asistencia con su hija con discapacidad. Además, no puede desconocerse que el cuidado de la afectada, según lo consignado en las historias clínicas, sugiere la necesidad de atención constante, así como un esfuerzo físico importante.

²⁵ Folio 15 expediente tutela segunda instancia.

²⁶ Folio 11-12 ibidem.

En ese orden de ideas, 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, se estructura a partir de un criterio de proporcionalidad²⁷ 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 jurisprudenciales establecidos en torno a la asistencia domiciliaria (ateniente a la existencia de recursos económicos de la paciente o sus familiares), se informa que los ingresos del hogar de la señora BOLÍVAR GÓMEZ ascienden a \$3.000.000 con ocasión de la actividad docente desarrollada por la agenciante, sin embargo la misma aduce hallarse imposibilitada para asumir con sus propios recursos el servicio deprecado, en la medida en que tiene a su cargo la subsistencia total de su madre quien demanda el gasto de un \$1.400.000 mensuales por concepto de insumos que no son proporcionados por la EPS, su hermana tampoco genera ingresos en tanto debe cuidar a su hija y además no cuentan con ningún apoyo estatal o pensional.

Nótese que las aseveraciones en cita no devienen desvirtuadas por el restante material probatorio acopiado al plenario, y si bien la agenciante cuenta con un salario mensual superior al mínimo, no es menos cierto que por lo menos la mitad del mismo se destina únicamente al cuidado médico de la paciente, dejando solo la restante porción para sufragar la subsistencia básica del núcleo familiar²⁸.

²⁷ Advierte la corte que: *“En el caso de los familiares, la Corte ha destacado que se trata de un cuidado y función, que debe ser brindado en primer lugar por estos actores, salvo que estas cargas resulten desproporcionadas para la garantía del mínimo vital de los integrantes de la familia. Es decir, el deber de cuidado a cargo de los familiares de quien padece graves afecciones de salud no puede atribuirse un alcance tal “que obligue a sus integrantes a abstenerse de trabajar y desempeñar las actividades que generen los ingresos económicos para el auto sostenimiento del núcleo familiar, pues esto a su vez comprometería el cuidado básico que requiere el paciente” T-423 de 2019.*

²⁸ Ilustra la Corte que *“el juez constitucional debe hacer un ejercicio de ponderación que informe sobre la forma en el modo de vida del solicitante puede verse afectado en la medida en que asuma la carga de la prestación que pidió. || Tal tesis fue desarrollada ampliamente en la sentencia T-760 de 2008, que reiteró la necesidad de determinar esa capacidad económica en cada caso concreto, en función del concepto de carga soportable. Al respecto, el fallo recordó que el hecho de que el mínimo vital sea de carácter cualitativo, y no cuantitativo, permite tutelar el derecho a la salud de personas con un ingreso anual y un patrimonio no insignificante, “siempre y cuando el costo del servicio de salud requerido afecte*

Así las cosas, considera esta Sala desproporcionado para la señora NUBIA YANETH VERA BOLÍVAR contratar un cuidador particular por el tiempo total en que lo requiera la paciente con cargo a sus propios recursos (en últimas sería esta quien tendría que costear dicho gasto, como quiera que su madre y hermana no pueden generar ingresos), de manera que en virtud del principio de proporcionalidad se dispondrá que si el médico tratante determina viable la necesidad del servicio de cuidador domiciliario en favor de la señora ANA MATILDE BOLÍVAR GÓMEZ, el mismo sea asumido la mitad de tiempo por la EPS y la otra por la familia de la paciente (la agente oficiosa indicó que su hermana ayuda en la asistencia a la progenitora, y pese a tener una hija con discapacidad se resalta por la Sala que en razón a que no trabaja puede dedicar parte del tiempo al cuidado de su señora madre).

En suma y con fundamento en lo previamente expuesto, se revocará la decisión impugnada para en primer lugar ordenar a LA UNIÓN TEMPORAL UT RED INTEGRADA FOSCAL- CUB (o quien haga sus veces o quien asuma la condición que ahora ostenta), a la FIDUPREVISORA S.A., al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG y a la CLÍNICA MÉDICO QUIRÚRGICA (o quien haga sus veces o quien asuma la condición que ahora ostenta), para que de acuerdo a sus competencias, gestionen lo pertinente a fin de que el médico tratante de la señora ANA MATILDE BOLÍVAR GÓMEZ valore sus condiciones de salud y establezca si requiere el servicio de cuidador domiciliario y por cuánto tiempo. En caso afirmativo, por hallarse cumplido los demás requisitos jurisprudenciales, suminístresele inmediatamente el servicio solo por la mitad del tiempo prescrito por el profesional de la salud.

En lo que no fue objeto de impugnación²⁹, esta Sala no abordará su estudio en tanto se erigen como aspectos que se entienden aceptados por las partes que intervienen

desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona". También permite exigir que quienes no estén en capacidad de pagar un servicio cuyo costo es elevado asuman, por ejemplo, el valor de los medicamentos, aun siendo sujetos de especial protección constitucional, si es claro que cuentan con la capacidad para hacerlo". Extractado de T-096 de 2016.

²⁹ Concretamente lo relacionado con la negación de pañitos, cama hospitalaria, pañales y cremas.

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: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de esta ciudad el 7 de diciembre de 2023, solo en lo concerniente al servicio de cuidador domiciliario. **CONFÍRMESE** en todo lo demás.

SEGUNDO: ORDENAR a **LA UNIÓN TEMPORAL UT RED INTEGRADA FOSCAL- CUB** (o quien haga sus veces o quien asuma la condición que ahora ostenta), a la **FIDUPREVISORA S.A.**, al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG** y a la **CLÍNICA MÉDICO QUIRÚRGICA** (o quien haga sus veces o quien asuma la condición que ahora ostenta), para que de acuerdo a sus competencias y en un término no superior a quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, se gestione lo pertinente para que el médico tratante de la señora ANA MATILDE BOLÍVAR GÓMEZ valore sus condiciones de salud y establezca si requiere el servicio de cuidador domiciliario y por cuánto tiempo. En caso afirmativo, por hallarse cumplido los demás requisitos jurisprudenciales, suminístresele **INMEDIATAMENTE** el servicio solo por la mitad del tiempo ordenado por el galeno.

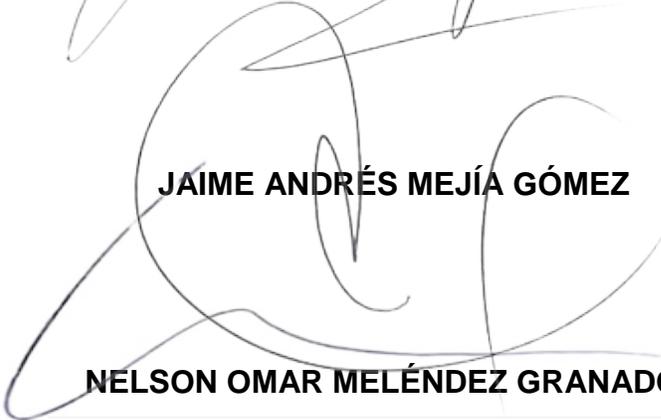
TERCERO: REMITIR la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión de conformidad con el reglamento expedido para ese efecto por el Consejo Superior de la Judicatura.

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: **65a3f06266aea54e428146aace4aaa7298050cf3181e8b71df12d6d7caacf4a**

Documento generado en 09/02/2024 05:09:42 PM

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