



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EPS POR NO PROPORCIONAR UN CUIDADOR A PERSONA DE LA TERCERA EDAD DE ESPECIAL PROTECCIÓN – SE ENCUENTRA DEMOSTRADA LA INCAPACIDAD DE LA FAMILIA PARA CUIDARLO Y LA IMPOSIBILIDAD DE SUFRAGAR LOS GASTOS DERIVADOS DEL CUIDADOR: Es claro que estamos en presencia de uno de tales eventos excepcionales que obligan al Estado a concurrir al suministro de un cuidador, en los términos requeridos por el paciente.

Sobre la responsabilidad de dicho cuidador, como fue referido en precedencia, el primer llamado a cumplir con la carga que ello implica es la familia del paciente; sin embargo, de la lectura de la demanda se evidencia con suficiencia la imposibilidad de que los familiares más cercanos del señor AVELLA, como son sus hijos, puedan asumir dicha obligación, en tanto, como se afirma en el escrito y no fue desvirtuado por la EPS accionada, ninguno de los hijos reside en la misma vivienda de su progenitor y todos cuenta con obligaciones personales, laborales y familiares que les impide asumir el cuidado en la forma en que lo requiere el actor. Asimismo, se indicó que la única persona que reside con el paciente es su cónyuge, quien también es una persona de la tercera edad y que, por ende, no podría asumir tal obligación. Ahora bien, indica la recurrente, que en virtud del principio de solidaridad que gobierna el sistema de seguridad social, si el accionante cuenta con recursos económicos, este debe proveerse el servicio de cuidador requerido, advirtiendo que se trata de una persona cotizante del sistema en el régimen contributivo y como tal, con capacidad económica para asumirlo; no obstante, basta tan solo con evidenciar los registros allegados por la EPS para advertir que, aunque es cierto que MARCO TULIO AVELLA es una persona pensionada que cotiza al sistema de salud, este lo hace en la categoría A, es decir, se encuentra vinculado en la categoría más baja que corresponde a los usuarios con ingresos entre 1 y 2 SMLMV, y en este caso el actor, apenas si percibe un salario mínimo mensual, lo que impide considerar que cuenta con capacidad económica para sufragar un cuidador particular las 24 horas del día, en tanto, el monto de dinero percibido en razón de su pensión, apenas si le permite cubrir necesidades básicas como lo son vivienda y alimentación.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EPS POR NO PROPORCIONAR UN CUIDADOR A PERSONA DE LA TERCERA EDAD DE ESPECIAL PROTECCIÓN – DISTINCIÓN ENTRE CUIDADOR Y AUXILIAR DE ENFERMERÍA: Prevalece la orden médica que establece que requiere de cuidador, al menos que la disposición médica cambie.

Por otra parte, el segundo punto de inconformidad lo constituye el hecho de que en la sentencia de primer grado se hubiera consignado que el cuidador debía ser prestado por una auxiliar de enfermería, aspecto sobre el cual le asiste razón al recurrente, pues, como quedó plenamente establecido el servicio de enfermería únicamente procede cuando existe orden médica debidamente prescrita para ello, ya que se trata tanto como un procedimiento de hospitalización en casa; no obstante, como ya quedó dicho, de la verificación de los medios de prueba se observa que la única orden que existe está dispuesta para cuidador y no para enfermera, por lo que, en términos de la Corte Constitucional, no es posible que el juez sustituya el criterio médico, y si este estima que lo que se requiere es una cuidador, así deberá ser ordenado, salvo que eventualmente la disposición médica cambie.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento de Boyacá
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE SANTA ROSA DE VITERBO**
“Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación”
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

ACTA DE DISCUSIÓN DE PROYECTOS No. 113

En Santa Rosa de Viterbo, a los nueve (09) días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020), se reunieron los suscritos Magistrados integrantes de la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial, LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO, JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL y EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA, quien preside el acto como Magistrado Ponente, con el fin de discutir el siguiente proyecto:

1.- ACCIÓN DE TUTELA No 15759318400320200013201 de MARCO TULIO AVELLA contra NUEVA EPS. Abierta la discusión, se dio lectura al mencionado proyecto, el cual fue aprobado por unanimidad.

En constancia se firma por los intervinientes.



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SANTA ROSA DE VITERBO

“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2.007

SALA ÚNICA

CLASE DE PROCESO	:	ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
RADICACIÓN	:	15759318400320200013201
ACCIONANTE	:	SANDY ENRIQUE AVELLA agente oficioso de MARCO TULIO AVELLA
ACCIONADO	:	NUEVA EPS
DECISIÓN	:	CONFIRMA
APROBACIÓN	:	ACTA DISCUSIÓN No. 113
MAGISTRADO PONENTE	:	EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, Boyacá, nueve (09) de noviembre de dos mil veinte (2020)

ASUNTO A DECIDIR:

La impugnación formulada por el apoderado especial de la NUEVA E.P.S. S.A. contra la sentencia del 02 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Sogamoso dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES Y HECHOS DE LA DEMANDA DE TUTELA:

SANDY ENRIQUE AVELLA, actuado como agente oficioso de su señor padre MARCO TULIO AVELLA, presentó demanda de tutela en contra de la NUEVA E.P.S. S.A., pretendiendo el amparo y protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, en conexidad con la vida, dignidad humana y al mínimo vital.

Funda la demanda en los siguientes **HECHOS**:

- 1.- MARCO TULIO AVELLA nació el 6 de octubre de 1942, tiene 78 años, es pensionado y se encuentra afiliado a la NUEVA E.P.S.
- 2.- A partir del año 2012, presentó síntomas de osteoporosis y dislipidemia asociada

a concentraciones plasmáticas de colesterol y triglicéridos. El avance en la enfermedad de osteoporosis le empezó a afectar la cadera que paulatinamente fue empeorando, lo que generó que le efectuaran reemplazo de cadera izquierda. La artrosis le afectó el nervio ciático lo que origina agudos dolores, por los daños severos de la médula espinal, rodilla y la parte inferior de la pierna, y que según la ciencia médica desencadenan en mononeuropatía múltiple sensitivo-motora, que se caracteriza por el dolor permanente, debilidad y parestesias en el nervio afectado, además de que padece de trastorno neurocognitivo asociado a la enfermedad de Alzheimer.

3.- Conforme a la historia clínica del 2020, presenta: Artrosis de cadera, rotoescoliosis, discopatía cervical y lumbar, además presenta hernias discales en L4-L5, demencia, ha perdido la audición que ha afectado su oído por lo cual usa audífonos. La medicina que debe tomar diariamente para sus múltiples dolores le ha generado gastritis, y sufre de una hernia inguinal, así como problemas de estreñimiento.

4.- En el último semestre, ha tenido que ser hospitalizado alrededor de 6 oportunidades debido a sus problemas de salud.

5.- El 26 de junio de 2020 le fue practicada la prueba de Barthel que dio como resultado una calificación 30/100. Esto quiere decir que no puede hacer el 70% de sus actividades básicas por sí solo, puntaje que lo clasifica con DEPENDENCIA SEVERA, que exige cuidador durante 24 horas al día, tal y como lo diagnosticó la Dr. Sandra Jurado, especialista en Neurología, quien le practico este examen.

6.- A pesar del estado de salud que presenta por las patologías que sufre y las complicaciones derivadas de las mismas, el servicio no ha sido otorgado por parte de la EPS accionada.

7.- Aunado a lo anterior, en historia clínica de atención domiciliaria de fecha 01/06/2020, la Dra. Karen Tatiana Gamba, diagnosticó que el agenciado presenta: (i) marcha con gran ayuda física de una persona; (ii) alteración neurológica; (iii) padece de desnutrición severa, (iv) tiene alteraciones auditivas, (v) su estado mental es confuso, en deambulación es inseguro y no puede hacerlo sin ayuda y frente al estado funcional o desempeño físico según KARFNOSKY.

9.- El señor AVELLA tiene tres hijos, pero que a pesar del afecto que los une, no

cuentan con los recursos físicos ni materiales para brindarle una atención adecuada a su padre, ya que los mismos tienen familias, por las cuales deben responder, viven en residencias separadas y el estado de salud del accionante requiere cuidados especiales que ellos no le pueden brindar.

10.- El 31 de agosto de 2020, su padre MARCO TULIO AVELLA sufrió una caída en el baño, razón por la cual tuvieron que acudir a urgencias en la Clínica de especialistas, donde se determina que sufre varios traumatismos y fracturas.

11. Conforme a lo anterior la NUEVA EPS debe proporcionar un cuidador, obligación que no se ha cumplido, negándose a brindar los recursos necesarios y que requiere el agenciado para su atención adecuada y digna conforme a la gravedad de su estado de salud y conforme a las patologías que este padece.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1.- El Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Sogamoso, mediante providencia del 18 de septiembre de 2020, admitió la demanda de tutela y ordenó a la NUEVA EPS que en el término de 24 horas siguientes a la notificación de la providencia, asignara cuidador con capacidad para el manejo y cuidado del paciente según los diagnósticos que presenta, durante 24 horas, de lunes a domingo, sin interrupción alguna, con el fin de salvaguardar las prerrogativas fundamentales invocadas en la tutela. De igual manera, ordenó vincular a la presente actuación a la Clínica Chía S.A; Clínica de Especialistas L.T.D.A, y AVANCEMOS Centro de Rehabilitación Integral.

2.- Notificada la demanda, tanto accionada como vinculadas dieron respuesta oponiéndose a las pretensiones, la primera, por considerar que no se cumplen los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para el efecto, y las segundas, por estimar que carecen de legitimidad por pasiva.

SENTENCIA IMPUGNADA:

Mediante sentencia del 2 de octubre de 2020, el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Sogamoso, resolvió entre otras disposiciones: “(i) *TUTELAR los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, a la seguridad social, a la integridad personal y a la dignidad humana del señor MARCO TULIO AVELLA (...) derechos vulnerados por la NUEVA EPS y por AVANCEMOS CENTRO DE REHABILITACIÓN INTEGRAL IPS; (ii) ORDENAR a la NUEVA EPS que en coordinación con AVANCEMOS Centro de Rehabilitación*

Integral IPS, cumplan con lo siguiente: i) En el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, procedan dentro del marco de sus competencias a AUTORIZAR, ASIGNAR Y GARANTIZAR un cuidador personal auxiliar de enfermería ... durante las veinticuatro (24) horas del día, de lunes a domingo, esto es, todos los días de la semana, sin interrupción alguna, ii) Prevenir a la Nueva EPS para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en las omisiones; (iii) NEGAR las pretensiones de: (1) Cama para enfermos con Artrosis de cadera, rotoescoliosis, discopatía cervical y lumbar, hernia inguinal, (2) Colchón y cojín anti escaras, (3) Silla de ruedas para WC, y (4) Silla de ducha para persona con movilidad reducida, conforme con lo expuesto en la parte motiva de este fallo; (iv) ABSOLVER de toda responsabilidad en el presente caso a la Clínica de Especialistas L.T.D.A. de Sogamoso y a la Clínica Chía S.A. Sede Sogamoso, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”

Para el juzgado, una vez verificada la historia Clínica del accionante, se puede establecer que el señor MARCO TULIO AVELLA es un sujeto de especial protección constitucional y que en virtud de sus múltiples diagnósticos médicos, se hace evidente la necesidad de que cuente con un cuidador 24 horas al día, los siete días a la semana, puesto que además de ser ordenado por su médico tratante es evidente que presenta un estado de salud crítico. Igualmente consideró que el cuidador necesariamente debe ser un(a) auxiliar de enfermería, ya que sus diferentes diagnósticos son de gravedad y el estado crítico de salud hace menester la asignación de una persona de amplios conocimientos que le permita mantener una vida digna.

En cuanto a las pretensiones relacionadas con el suministro de: (i) Cama para enfermos con Artrosis de cadera, rotoescoliosis, discopatía cervical y lumbar, hernia inguinal, (ii) Colchón y cojín anti escaras, (iii) Silla de ruedas para WC, y (iv) Silla de ducha para persona con movilidad reducida, el a quo indicó que por no ser prescritos por el médico tratante, ser de alto costo y estar excluidos del Plan Básico de Salud, no es procedente su orden.

DE LA IMPUGNACIÓN:

Inconforme con la anterior sentencia, la NUEVA E.P.S., por medio de su apoderado formuló contra ella impugnación por las siguientes razones:

1.- Indica que el despacho al ordenar que el cuidador sea un auxiliar de enfermería, confunde dos términos completamente disimiles. Asimismo, asegura que este servicio no hace parte integral del sistema de seguridad social de salud y no se tiene en cuenta

que el accionante presenta capacidad de pago, que le obliga con su deber de solidaridad y corresponsabilidad a asumir los costos derivados del cuidador.

2.- En cuanto a la autorización de los servicios requeridos se deben analizar los parámetros que estudia el médico tratante para ordenar la prestación del servicio de cuidador, enfermera o auxiliar de enfermería. Aquí se explica la complejidad de la prueba, se puntúa la capacidad o no de realizar actividades cotidianas satisfactoriamente en un grado de 0 a 10. Los casos en los que el paciente necesite ayuda o se encuentre en condición de dependencia puede ser asistido por un “cuidador” servicio que en primera medida debe ser prestado por la familia. Se indica que cuando por orden judicial se señale la prestación debe ser especificado si el servicio de cuidador debe ser prestado por un auxiliar de enfermería.

3.- Frente a los requisitos excepcionales para la procedencia del servicio de cuidador y de la prueba respecto de la capacidad económica y deber de solidaridad familiar, hizo referencia al contenido propio de la sentencia T- 760 de 2008, precisando que para el reconocimiento de suministros, medicamentos, servicios o tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios, debe demostrarse una afectación desproporcionada de la capacidad económica de la persona.

4.- Finalmente, en cuanto al servicio de enfermería, indica la NUEVA EPS que, a pesar de que este servicio se encuentra dentro de los servicios y tecnologías de salud, financiados con los recursos de la UPC, para que se de esta prestación, debe encontrarse autorizada por el médico tratante.

LA SALA CONSIDERA:

1. De la acción de Tutela:

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció la tutela como una acción que tiene toda persona para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos establecidos en la ley; pero que solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

A partir de la anterior definición constitucional se deducen las características o requisitos esenciales de procedencia de la protección de un derecho en sede de este procedimiento, a saber, (i) que se trate de un derecho fundamental, (ii) que ese derecho esté siendo vulnerado o amenazado, (iii) que no exista otro mecanismo de defensa judicial, o principio de la subsidiariedad y, (iv) que en caso de existencia de otro medio, deba ser utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En cualquier caso, con mayor o menor profundidad según las necesidades, deberán ser tratados los anteriores aspectos.

2.- El problema jurídico

Atendiendo a la impugnación realizada por la accionada NUEVA E.P.S., corresponde a la Sala establecer si en este asunto es procedente la prestación del servicio del cuidador 24 horas, siete días a la semana, para el señor MARCO TULIO AVELLA.

3.- Del derecho fundamental a la salud

El derecho a la salud, previsto en el artículo 49 de la Constitución Política, posee una doble connotación, tanto de derecho constitucional como de servicio público esencial; desde su consagración en la Carta Mayor fue diferenciado, como solían serlo todos los derechos, de aquellos denominados fundamentales; en tal sentido, el derecho a la salud hacía parte de los derechos sociales, económicos y culturales, cuya protección, por vía de tutela, dependía de su conexidad con alguno de los derechos fundamentales; no obstante, ha sido el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional el que, desde el año 2008, ha considerado el derecho a la salud como un derecho autónomo, de carácter fundamental, que debe ser protegido de forma directa, pues resulta evidente que su quebrantamiento deviene en un atentado contra la subsistencia de cualquier ser humano;¹ es así como la Ley Estatutaria 1751 de 2015 elevó a rango de derecho fundamental el derecho a la salud, estableciendo los elementos y principios que lo componen y que han de servir de guía para su aplicación.

Así, la referida Ley estableció que el derecho fundamental a la salud debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con alto grado de calidad, de suerte que el paciente tenga plena garantía de que, en circunstancias de enfermedad, va a contar con plena

¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-780 del 2010, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

garantía de acceso a todos los servicios de salud sin ningún tipo de barrera burocrática o administrativa.

Precisamente, en desarrollo de tal derecho fundamental, la referida Ley 1751 de 2015, estableció como principio rector del derecho a la salud la integralidad, entendida esta como la posibilidad de que los servicios y tecnologías de salud sean suministrados de *manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador.*

Implica lo anterior, que las entidades que conforman el sistema general de seguridad social en salud, están llamadas a suministrar todos aquellos tratamientos, medicamentos y procedimientos médicos con el objeto de que el paciente se recupere plenamente de la enfermedad que padece sin que pueda existir limitación alguna, como lo es que los servicios se encuentren incluidos o no en el plan de beneficios en salud.

4.- Del servicio domiciliario de cuidador y enfermera

El artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 que, como se refirió, reconoció a la salud como derecho fundamental, dispuso que el Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud de todos los connacionales a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud. Precisamente, en derecho de tal garantía fundamental, la Resolución N° 5269 de 2017, que estableció el ahora denominado Plan de Beneficios en Salud en el cual se contempla la atención médica domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la UPC, modalidad prevista como una alternativa a la atención hospitalaria, que debe ser brindada por un profesional en servicios de salud, previa orden del médico tratante.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de otro tipo de apoyos domiciliarios, como el caso del cuidador, que aunque no constituyen estrictamente atención médica, refieren una garantía de asistencia física y emocional para aquellos pacientes que, en virtud de su estado de salud, requieren acompañamiento directo de una persona, teniendo en cuenta su estado de dependencia.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado las diferencias de las dos figuras

referidas, así:

Esta Corporación ha destacado que, en específico, el auxilio que se presta por concepto de “servicio de enfermería” constituye una especie o clase de “atención domiciliaria” que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente.

De conformidad con esto, debe entenderse que se trata de un servicio médico que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado y que su suministro depende de unos criterios técnicos-científicos propios de la profesión que no pueden ser obviados por el juez constitucional, por tratarse de una función que le resulta completamente ajena.

4.3. *En relación con la atención de cuidador, es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud.*

Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico, esta Corte ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado. (...) No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia el afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud”.

A pesar de lo anterior, también ha precisado la alta Corporación que, eventualmente, cuando la familia del paciente no esté en condiciones de brindar el apoyo de cuidador requerido, se hace procedente que dicha carga la asuma el estado, y entonces, para que brinde la asistencia requerida.

“No obstante, se considera que a la luz del tratamiento que esta Corte ha otorgado a la atención de cuidador, resulta necesario concluir que, antes de tratarse de una obligación o carga que deba asumir el Estado, se trata de atenciones que son exigibles, en primer lugar, a los familiares de quienes las requieren. Ello, no solo en virtud de los lazos de afecto que los unen sino también como producto de las obligaciones que el principio de solidaridad conlleva e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculos.

La familia, entendida como institución básica de la sociedad, conlleva implícitas obligaciones y deberes especiales de protección y socorro recíproco entre sus miembros, los cuales no pueden pretender desconocerlos por motivos de conveniencia o practicidad.

*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.

Por ello, se ha considerado que, en los casos excepcionales en que se evidencia la configuración de los requisitos descritos, es posible que el juez constitucional, al no tratarse de un servicio en estricto sentido médico, traslade la obligación que, en principio, corresponde a la familia, de manera que sea el Estado quien deba asumir la prestación de dicho servicio”

4.- Del caso en concreto

En el presente asunto, la accionada NUEVA E.P.S. disiente de la decisión del juzgado de primera instancia, referente a la orden de cuidador, pues estima, primero que no se cumple con los presupuestos esenciales para su procedencia y, segundo, que el juzgado concede el servicio de auxiliar de enfermería, desconociendo las amplias diferencias que existen entre ambas figuras.

1.- No se discute en este asunto que el señor MARCO TULIO AVELLA es una persona perteneciente a la población que requiere especial atención, no solo por pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad, sino porque presenta diferentes patologías que hacen necesaria atención especial, en tanto, presenta dependencia severa ya que su movilidad se encuentra limitada en un 70%; por ello, su médico tratante dispuso, mediante orden medica del 27 de junio de 2020, que debía contar con un cuidador durante las 24 horas del día.

Sobre la responsabilidad de dicho cuidador, como fue referido en precedencia, el primer llamado a cumplir con la carga que ello implica es la familia del paciente; sin embargo, de la lectura de la demanda se evidencia con suficiencia la imposibilidad de que los familiares más cercanos del señor AVELLA, como son sus hijos, puedan asumir dicha obligación, en tanto, como se afirma en el escrito y no fue desvirtuado por la EPS accionada, ninguno de los hijos reside en la misma vivienda de su progenitor y todos cuenta con obligaciones personales, laborales y familiares que les impide asumir el cuidado en la forma en que lo requiere el actor. Asimismo, se indicó que la única persona que reside con el paciente es su cónyuge, quien también es una persona de la tercera edad y que, por ende, no podría asumir tal obligación.

Ahora bien, indica la recurrente, que en virtud del principio de solidaridad que gobierna el sistema de seguridad social, si el accionante cuenta con recursos económicos, este debe proveerse el servicio de cuidador requerido, advirtiendo que se trata de una persona cotizante del sistema en el régimen contributivo y como tal, con capacidad económica para asumirlo; no obstante, basta tan solo con evidenciar los registros

allegados por la EPS para advertir que, aunque es cierto que MARCO TULIO AVELLA es una persona pensionada que cotiza al sistema de salud, este lo hace en la categoría A, es decir, se encuentra vinculado en la categoría más baja que corresponde a los usuarios con ingresos entre 1 y 2 SMLMV, y en este caso el actor, apenas si percibe un salario mínimo mensual, lo que impide considerar que cuenta con capacidad económica para sufragar un cuidador particular las 24 horas del día, en tanto, el monto de dinero percibido en razón de su pensión, apenas si le permite cubrir necesidades básicas como lo son vivienda y alimentación.

En ese escenario, como ese encuentra demostrada la incapacidad de la familia para cuidar a MARCO TULIO AVELLA y la imposibilidad de sufragar los gastos derivados del cuidador, circunstancias que en modo alguno fueron desestimadas por la accionada, es claro que estamos en presencia de uno de tales eventos excepcionales que obligan al Estado a concurrir al suministro de un cuidador, en los términos requeridos por el paciente, por lo que el recurso de apelación interpuesto en tal sentido no presenta vocación de prosperidad.

2.- Por otra parte, el segundo punto de inconformidad lo constituye el hecho de que en la sentencia de primer grado se hubiera consignado que el cuidador debía ser prestado por una auxiliar de enfermería, aspecto sobre el cual le asiste razón al recurrente, pues, como quedó plenamente establecido el servicio de enfermería únicamente procede cuando existe orden médica debidamente prescrita para ello, ya que se trata tanto como un procedimiento de hospitalización en casa; no obstante, como ya quedó dicho, de la verificación de los medios de prueba se observa que la única orden que existe está dispuesta para cuidador y no para enfermera, por lo que, en términos de la Corte Constitucional, no es posible que el juez sustituya el criterio médico, y si este estima que lo que se requiere es un cuidador, así deberá ser ordenado, salvo que eventualmente la disposición médica cambie.

En consecuencia, se modificará la sentencia en tal sentido para advertir que la orden dada a la EPS lo es para asumir el servicio de cuidador y no de auxiliar de enfermería, como allí se estimó.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la SALA CUARTA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, BOYACÁ, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por

autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el literal i) de la sentencia recurrida el cual quedará del siguiente tenor:

i) En el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, procedan dentro del marco de sus competencias a AUTORIZAR, ASIGNAR Y GARANTIZAR un cuidador personal con la capacitación idónea y adecuada para el manejo de un paciente con los diagnósticos clínicos del señor Marco Tulio Avella, cuidador que deberá prestar los servicios de cuidado personales y asistencia en sus actividades cotidianas al citado paciente, de manera permanente, en su residencia ubicada en la Carrera 9 No. 20A-16 de la ciudad de Sogamoso, durante las veinticuatro (24) horas del día, de lunes a domingo, esto es, todos los días de la semana, sin interrupción alguna, en procura de salvaguardar las prerrogativas fundamentales por él invocadas en su escrito de tutela.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE ésta determinación a las partes, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

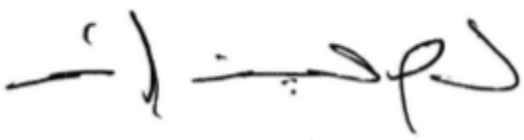
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado