



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

<u>Radicación Nro.:</u>	66170-31-05-001-2023-00150-01
<u>Referencia:</u>	Impugnación de tutela
<u>Accionante:</u>	Isabel Cristina Aránzazu Cardona
<u>Accionados:</u>	Nueva EPS
<u>Providencia:</u>	Sentencia de segunda instancia
<u>Tema a Tratar:</u>	Salud – cuidador 24 horas

Pereira, Risaralda, quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Acta número 55 de 15-06-2023

Decide la Sala la impugnación presentada por la accionada contra la sentencia de tutela proferida el 27 de abril de 2023 por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, Risaralda, acción constitucional instaurada por Isabel Cristina Aránzazu Cardona contra la Nueva E.P.S.

ANTECEDENTES

1. Derechos fundamentales invocados, pretensión y hechos relevantes en los que se funda

Isabel Cristina Aránzazu Cardona, a través de su agente oficioso, pretende la protección de su derecho fundamental a la vida, a la salud, seguridad social, dignidad humana, mínimo vital, calidad de vida e integridad personal, para lo cual solicita que se ordene a la Nueva E.P.S. se asigne un cuidador 24 horas.

Como fundamento de su petición narró que *i)* tiene 55 años de edad y desde los 20 días de nacida fue diagnosticada con “*retraso mental profundo: deterioro del*

comportamiento significativo, que requiere atención o tratamiento” (fl. 1, archivo 1, exp. Digital); *ii*) el 08/02/2023 el médico tratante ordenó un cuidador por 24 horas; *iii*) que solicitó dicho servicio a la EPS, que le exigió el “*mipress*”, pero que este servicio complementario no está disponible en dicho aplicativo; *iv*) que su madre – agente oficiosa – tiene 76 años de edad con diferentes afecciones de salud que imposibilitan su cuidado debido y oportuno.

2. Pronunciamiento de la Nueva E.P.S.

Al contestar la acción constitucional argumentó que no se aportó la orden médica del servicio de cuidador, y que es obligación de los particulares cuidar y atender a los miembros del núcleo familia (archivo 12, exp. Digital).

3. Sentencia impugnada

La Jueza de instancia tuteló el derecho a la salud y vida digna de la accionante, por lo cual ordenó a la Nueva EPS que “*autorice y suministre, sin demoras ni trabas de carácter administrativo el servicio de cuidador por 24 horas a la accionante*” (fl. 7, archivo 15, exp. Digital).

Para llegar a la anterior determinación, argumentó que bajo los requisitos jurisprudenciales se había acreditado que la accionante tiene 55 años de edad y un diagnóstico de “*retraso mental profundo*”, además de que el servicio fue ordenado por el médico tratante y el grupo familiar de la accionante carece de capacidad tanto física como económica para atender su cuidado; de ahí la procedencia del servicio ordenado.

4. Impugnación

La accionada impugnó la decisión porque es improcedente el servicio de cuidado, en la medida que el cuidador primario de la accionante es su familia, bajo el principio de solidaridad que impone a los particulares, en este caso, al núcleo familiar el deber de cuidar a sus integrantes. Además, adujo que el servicio de cuidador solo se otorga en casos excepcionales.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción, al ser superior funcional del Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, Risaralda, quien profirió la decisión.

2. Problemas jurídicos

En atención a lo expuesto por el accionante, la Sala se formula los siguientes interrogantes:

(i) ¿La accionante cumple con los requisitos para acceder al servicio de cuidador 24 horas?

Previo a abordar los interrogantes planteados, debe decirse que en el presente asunto se tienen cumplidos los requisitos de procedencia de la acción de tutela de legitimación, inmediatez y subsidiariedad.

3. Solución a los interrogantes planteados

3.1 Fundamento jurídico

3.1.1 Servicio de cuidador 24 horas y prescripciones médicas

La jurisprudencia constitucional¹ se ha referido a la salud como un derecho y, por el otro, como un servicio público, respecto del primero ha dicho que este debe ser prestado de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, como servicio público, la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política.

De otro lado, conforme al artículo 13 de la C.N. corresponde al Estado proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en situaciones de debilidad manifiesta, y por ende el Estado tiene el deber de proteger de manera reforzada a los sujetos de especial protección

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-121 de 26-03-2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

constitucional, esto es, a aquellas que se encuentren en condición de discapacidad al tenor de los artículos 47 y 54 ibidem.

Y por ello, bajo la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – Ley 1346/2009 -, artículo 25 todas las personas en situación de discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel de salud, de ahí que el Estado debe proporcionar los servicios de salud pertinentes.

En ese sentido, en la decisión T-120 de 2017 entre otras, se señaló que es obligación de las EPS:

“e) Eliminar cualquier medida, acción o procedimiento administrativo o de otro tipo, que directa o indirectamente dificulte el acceso a los servicios de salud para las personas con discapacidad (...).”

Ahora bien, conforme al artículo 8° de la Ley Estatutaria de Salud los servicios de salud deben responder al principio de integralidad, que implica la prestación del servicio de manera eficiente, con calidad y oportuna, durante y después de la recuperación de la salud del paciente.

El principio de integralidad ha sido analizado por la Corte Constitucional para concretar que este corresponde a la prestación de los servicios de salud, atención y tratamiento completo al que tienen derechos los usuarios del sistema general de seguridad social en salud *“de acuerdo con las disposiciones prescritas por el médico tratante”* (T-260-2020).

De forma tal que cuando los usuarios requieren un suministro de un servicio:

*“(...) están sujetos al criterio del médico tratante mediante orden médica que autorice el mencionado servicio. 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**”* (T-260-2020).

En ese sentido corresponde al profesional médico – médico tratante - determinar las condiciones de salud de una persona y el tratamiento que debe seguir; por lo que, es la decisión del médico tratante el *“criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema General de Seguridad Social”*; de ahí que al juez de tutela no puede abarcar la órbita de acción que le compete al profesional de la salud para ordenar directamente el reconocimiento de un servicio o tratamiento médico.

Finalmente, conforme al artículo 15 de la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015 se establece que ***“todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido, se entiende incluido y, por ende, debe prestarse. Así, se tiene que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no se encuentra expresamente excluida en el listado previsto en la Resolución 244 de 2019, pero tampoco es reconocida en el PBS, Resolución 3512 de 2019”*** (T-260-2020), esto es los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC.

Por su parte, el artículo 3, numeral 3° de la Resolución No. 1885 de 2018, mediante la cual se definió el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro de servicios complementarios no financiado con la UPC, entre otros, establece que el cuidador es:

“(...) aquel que brinda apoyo 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 (...)”.

Ahora bien, en cuanto al acompañamiento de pacientes, la Corte Constitucional ha enseñado en las decisiones T-414/2016, T-065/2018, T-423/2019, T-527/2019, T-260/2020 y recientemente en la sentencia T-017 de 2021, que la atención domiciliaria se puede dar a través de auxiliares de enfermería o cuidadores.

Respecto al auxiliar de enfermería la corte indicó que corresponde a un apoyo en algunos procedimientos calificados en salud, que en caso de ser ordenado por el médico tratante adscrito a la EPS, entonces *“este deberá ser garantizado sin reparos por parte de la EPS”*.

Frente a los cuidadores definió que consiste en:

“(...) en 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 estado de salud no puede ejecutar de manera autónoma.”

Por lo que, el cuidador no requiere conocimiento profesional en salud, de ahí que en principio, el cuidador es un servicio que debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado, pues la finalidad del cuidador es garantizar atención ordinaria que requiere el paciente debido a que está imposibilitado de procurárselas por sí mismo.

En consecuencia, la Corte Constitucional fijó 2 reglas que deben cumplirse para que, excepcionalmente sea la EPS, quien suministre el servicio de cuidador, a saber:

“(i) que exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador”.

“(ii) que la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo”.

Del anterior derrotero normativo se desprende que las personas en situación de discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel de salud y corresponde al estado proporcionar los servicios de salud pertinentes; servicios de salud que debe definir, establecer y prescribir el médico tratante, único profesional que conoce la situación particular del paciente y por ello, en garantía del principio de integralidad que rige el derecho a la salud, los usuarios tiene derecho a acceder a las disposiciones prescritas por el médico tratante, pues la orden médica es el fundamento sobre el descansa el criterio de necesidad que salvaguarda el sistema de seguridad social en salud.

Finalmente, el servicio de cuidador no se encuentra expresamente prohibido conforme al artículo 15 de la Ley Estatuaria de Salud, y las interpretaciones de la Corte Constitucional, y conforme a esta solo en la medida que no exista orden médica pero se tenga certeza de la necesidad del paciente de recibir el servicio del cuidador es que se hace necesario dar rienda suelta a las 2 reglas fijadas por la Corte Constitucional para conceder dicho servicio, pese a que no se encuentre prescrito por el médico tratante.

3.2 Fundamento fáctico

Se confirmará la decisión de primer grado pues la accionante es una persona en situación de discapacidad profunda a quien le fue prescrito el servicio de cuidador.

Conforme al documento de identificación y la historia clínica de la accionante Isabel Cristina Aránzazu Cardona se advierte que cuenta con 55 años de edad (fl. 2, archivo 02, exp. digital) y que tiene como diagnóstico principal “*F731- retraso mental profundo: deterioro del comportamiento significativo, que requiere atención o tratamiento*” (fl. 5, archivo 02, exp. Digital). Además, que el 08/02/2023 fue atendida por el profesional en Neurología quien describió que la accionante padece de “*retardo mental neonatal posterior a meningoencefalitis*”, asimismo padece epilepsia, y asistió a la consulta en silla de ruedas.

Médico que al realizar la “*valoración de discapacidad – índice de Barthel*”, asignó 0 puntos alcanzados a la accionante, puesto que es “*incapaz*”, “*no se mantiene sentado*”, “*necesita ayuda con el aseo personal*”, “*dependiente*”, “*inmóvil*” para desplazarse, “*incapaz de subir y bajar escaleras*”, “*incontinente*” en el “*control de heces*” (fl. 8, archivo 02).

En la valoración de escala de “*Karnofsky*” obtuvo como puntuación 20, equivalente a “*gravemente enfermo. Tratamiento activo necesario*” debido a que es “*incapaz de satisfacer sus necesidades, necesita asistencia equivalente a la de un hospital. La enfermedad puede agravarse rápidamente*” (ibidem).

Historia clínica de la que se desprende que la accionante se encuentra en la adultez con una grave situación de discapacidad que se remonta a época cercana a su nacimiento, de ahí que no puede valerse por sí misma y requiere la atención y cuidado permanente de un tercero para su sobrevivencia; **por lo que, al amparo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene derecho a gozar del más alto nivel de salud y corresponde al estado proporcionar los servicios de salud pertinentes.**

Ahora bien, también se encuentra acreditado que la accionante requiere de un cuidador pues se encuentra en una situación total de dependencia, esto es, de un tercero que supla su cuidado, pues Isabel Cristina Aránzazu Cardona sufre de una enfermedad grave – retraso mental profundo – y depende totalmente de un tercero, en tanto que no puede satisfacer por sí misma sus necesidades, en la medida que,

entre otras deficiencias, no controla sus esfínteres y ni siquiera puede moverse por su propia cuenta.

De ahí que dicho servicio fue prescrito por su médico tratante y por ende se cumple tanto el requisito de integralidad como de necesidad, pues conforme a la historia clínica el 08/02/2023 por el médico de especialidad neurología al indicar describir la enfermedad actual de la accionante “*se necesita ayudar al paciente con cuidador las 24 hrs.*” (fl. 5, archivo 02, exp. Digital), y el 17/11/2022 indicó en “*conducta (...) se autoriza a med gral solicitar cuidador las 24 hrs.*” (fl. 6 y 7, ibidem), sin que dicho servicio haya sido otorgado por la EPS.

Al punto es preciso acotar que conforme a la jurisprudencia constitucional es conocido que la atención primaria de las personas o cuidado debe ser brindada por su núcleo familiar, pues la finalidad perseguida es la atención ordinaria del paciente, y por ello, es que excepcionalmente se traslada dicha carga a la EPS, y para su orden se requiere el cumplimiento de las citadas 2 reglas.

No obstante, en el evento de ahora se prescinde del análisis de las citadas reglas en la medida que el servicio de cuidador fue ordenado por el médico tratante; profesional que tiene un conocimiento certero de la historia clínica y estado del paciente, y por ello es quien está en posibilidad de determinar el tratamiento que debe seguir o cuidados que necesita, por ende es la decisión del médico tratante el “*criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema General de Seguridad Social*”; y por ende, está vedado al juez constitucional inmiscuirse en dicha órbita de acción, máxime que conforme a la Ley Estatutaria de Salud “*todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido, se entiende incluido y, por ende, debe prestarse. Así, se tiene que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no se encuentra expresamente excluida en el listado previsto en la Resolución 244 de 2019*” (T-260-2020).

No obstante, para la Sala es importante advertir que conforme a las pruebas aportadas al expediente el cuidado de Isabel Cristina Aránzazu Cardona ha sido prodigado por su madre – agente oficiosa – Rosa Adela Cardona Carmona que cuenta con 76 años de edad (fl. 4, archivo 02, exp. Digital), que además es quien acompaña a la accionante a las citas médicas (fl. 5, ibidem); progenitora que padece de “*rotoescoliosis lumbar severa*” (fl. 10, ibidem) y dolor crónico de espalda, además

de “hipertensión arterial/fibrilación auricular permanente/ hipotiriodismo/trastorno mixto de ansiedad y depresión/ síndrome miofascial cervical crónico” (fl. 9, ibidem) y finalmente, la agente oficiosa contestó que tiene una cirugía de corazón abierto y marcapasos (archivo 09, exp. Digital).

De lo que se desprende que su progenitora, en quien ha recaído el cuidado de la accionante, no cuenta con la capacidad física para prestar la atención requerida por su hija, producto de su edad avanzada y las enfermedades que padece; además de carecer de los recursos económicos para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio de forma particular, pues sus recursos provienen únicamente de una pensión de salario mínimo de la que deriva el pago de la comida, servicios públicos, transporte, etc...(archivo 09, exp. Digital).

Puestas de este modo las cosas, en tanto se acreditó que la accionante se encuentra en una situación severa de discapacidad, y su médico tratante ordenó el servicio de cuidador 24 horas, entonces se confirmará la decisión de primer grado que ordenó a la accionada la dispensa del servicio de cuidador 24 horas.

CONCLUSIÓN

A tono con lo expuesto se confirmará la decisión de primer grado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda - Sala de Decisión**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela proferida el 27 de abril de 2023 por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, Risaralda, acción constitucional instaurada por Isabel Cristina Aránzazu Cardona contra la Nueva E.P.S.

SEGUNDO: COMUNICAR esta decisión a las partes e intervinientes en el término de Ley y al juzgado de origen.

TERCERO: REMITIR el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada Ponente

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Magistrado

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada

Firmado Por:

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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: **ea881c3090af1178b7d5e02e6f0e404f3df8895d6ed850bbcb87c2feb97c1475**

Documento generado en 15/06/2023 10:57:07 AM

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