El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / DERECHO A LA SALUD / ATENCIÓN DOMICILIARIA CON CUIDADOR / CORRESPONDE, EN PRINCIPIO, A LA FAMILIA / Y EXCEPCIONALMENTE A LAS EPS / REQUISITOS.**

Corresponde definir en esta instancia, de acuerdo con las precisas inconformidades de la recurrente, si resulta procedente la intervención del juez de tutela para ordenar que la Nueva EPS asuma la atención domiciliaria con cuidador que solicita la accionante para su hijo en condición de discapacidad…

Sobre similar controversia se pronunció la Corte Constitucional en estos términos:

“No obstante, es necesario estudiar la posibilidad de que exista otro servicio o atención que pueda ser prestado a la menor…, en cuanto efectivamente requiere de atenciones especiales que, si bien no demandan de los servicios de un profesional de la salud, no tiene la posibilidad de recibir como producto de sus condiciones de vida y de las de su núcleo familiar. …

Se destaca que, si bien se trata de cuidados que no requieren de los servicios de un profesional de la enfermería, sí se trata de unos que concuerdan perfectamente con lo que se ha definido como el servicio de “cuidador”; servicio respecto del cual, en virtud del principio de solidaridad, se ha entendido que se constituye en una obligación que debe ser asumida por el núcleo familiar del afiliado…

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corte también ha evidenciado la existencia de eventos excepcionales en los que, a pesar de que la carga de prestar este tipo de atenciones radica, en principio, en la familia, ella puede llegar a trasladarse e imponerse en cabeza del Estado, esto es, cuando (i) existe certeza sobre la necesidad de las atenciones y (ii) el primer obligado a asumirlas (el núcleo familiar) se encuentra imposibilitado para otorgarlas…”

En aplicación de este precedente, considera la Colegiatura que en el caso concreto la orden respecto de la prestación del servicio de cuidador a favor del accionante fue acertada.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**

Magistrado Ponente: **CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

Pereira, veintidós (22) de junio de dos mil veintiuno (2021)

 Acta N° 292 de 22-06-2021

 Sentencia: TSP. ST2-0196-2021

 Referencia: 66682310300120210012501

**ASUNTO**

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el extremo accionado contra la sentencia del **29 de abril de 2021** proferida por el **Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal,** dentro de la presente acción de tutela promovida por LILIA ÁLVAREZ DE VICENTE, como agente oficiosa de su hijo JUAN CARLOS VICENTE ÁLVAREZ, en contra de la NUEVA EPS, trámite al que fueron vinculados el VICEPRESIDENTE DE SALUD y la GERENTE REGIONAL DE RISARALDA de esa misma entidad.

**ANTECEDENTES**

**1. Tutela:** Expresó la promotora de la acción que su hijo padece de parálisis cerebral, retraso mental severo con discapacitada motora sensitiva y de habla y trastorno del inicio y del mantenimiento del sueño, padecimientos que le impiden movilizarse por sus propios medios, lo hacen sujeto de cuidados personalizados constantes y le imposibilitan contralar esfínteres.

Debido a lo anterior requiere el uso permanente de pañales desechables, y aunque estos son suministrados por la EPS, no se autoriza la entrega de pañitos húmedos y crema antiescaras. Además, por motivo de la dificultad en su desplazamiento, el médico ordenó atención domiciliaria, la cual tampoco ha sido brindada.

Su cónyuge y ella están en edad avanzada y por ello carecen de las habilidades necesarias para brindarle la atención permanente que requiere su hijo, tales como ducharlo, vestirlo, cambiarle el pañal y darle las medicinas, es por ello por lo que requieren del apoyo de enfermera por medio tiempo.

Su esposo es pensionado y recibe una mesada neta de $1.749.257 la cual debe destinar para los gastos propios del hogar que ascienden a similar valor, de manera que sus ingresos no alcanzan paracubrir otras necesidades del hogar, incluyendo los implementos que su hijo para llevar una vida digna.

Todos esos servicios e insumos fueron solicitados a la EPS accionada, entidad que los negó al no estar cubiertos por el plan de salud.

Como consecuencia pide se protejan los derechos a la salud, la vida, la integridad personal, vida digna y la seguridad social de que es titular su hijo y se ordene a la Nueva EPS suministrarle pañitos húmedos, cremas antiescaras, servicio de enfermería de medio tiempo y visitas médicas domiciliarias[[1]](#footnote-1).

**2. Trámite:** El despacho *a quo* admitió el conocimiento de la acción y vinculó a los funcionarios inicialmente mencionados.

La Nueva EPS refirió que los pañitos húmedos, la crema antiescaras y el servicio de enfermería no cuentan con orden médica, requisito esencial para su aprobación. Así mismo los dos primeros insumos no están cubiertos “por el mecanismo de protección colectiva y no pueden ser entendidos como parte de un *“tratamiento integral”* en salud máxime si se considera que según el registro conferido por el máximo organismo deinspección, vigilancia y control (INVIMA) su naturaleza no es de salud.”

Frente al cuidado del paciente, considera que este deber reside exclusivamente en su familia, en virtud del principio de solidaridad y que de todas formas la orden médica de atención domiciliaria se expidió el 14 de marzo del 2020, razón por lo cual se incumple el presupuesto de la inmediatez. Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda o en subsidio se disponga el reembolso de todos aquellos gastos en que incurra la EPS en cumplimiento del eventual fallo que se dicte y “que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios”[[2]](#footnote-2).

**3. Sentencia impugnada:** En providencia del veintinueve (29) de abril de los corrientes el juzgado de primera instancia accedió a la tutela de los derechos invocados y ordenó al Vicepresidente de Salud y a la Gerente Zonal de Risaralda de la Nueva EPS, adelantar las gestiones necesarias para suministrar al accionante la atención médica domiciliaria, los pañales talla M y el servicio de cuidador a domicilio.

Para adoptar esas decisiones consideró, primero que en este caso se cumplen los presupuestos de procedencia del amparo, concretamente respecto al de la inmediatez, se indicó que el accionante se encuentra actualmente en tratamiento de salud para sus patologías y aunque la orden de atención médica domiciliaria data del 14 de marzo de 2020, la EPS accionada no ha garantizado el servicio pretendido, por lo que la vulneración de los derechos fundamentales del actor ha permanecido en el tiempo. Frente a dicha orden médica, así como con relación a los pañales y el cuidador, se colman las exigencias jurisprudenciales para ordenar su entrega pues según se informó en la demanda el núcleo familiar del accionante carece de medios económicos para acceder a esas prestaciones de forma particular, afirmación que dejó de ser desvirtuada por la accionante. También que sus padres no están en condiciones físicas para atender a su hijo de manera permanente ya que ellos cuentan con 81 y 73 años de edad y padecen diferentes enfermedades.

En cambio, frente a los pañitos y cremas antiescaras también pretendidos no se evidencia prescripción médica alguna y en la demanda no se especifica de qué clase o componente se requieren y en ese sentido no le es propio al juez de tutela suplir el concepto del médico tratante, razón por la cual se negó la súplica elevada para obtener la entrega de tales insumos.

Finalmente denegó la orden de reintegro solicitada al tratarse de “una actividad eminentemente administrativa que ha sido reconocida como facultad de las E.P.S por la ley, para garantizarles el equilibrio económico y financiero.”[[3]](#footnote-3)

**4. Impugnación:** El argumento impugnaticio lo centró la recurrente en el mandato judicial dirigido a la prestación del servicio de cuidador domiciliario y por tanto pide se revoque o en subsidio se le conceda la posibilidad de repetir ante la Subcuenta de Salud correspondiente por los gastos en que incurra respecto del incumplimiento de esa disposición. Alegó que tal prestación domiciliara se encuentra excluida del plan de beneficios de salud, que asumir tal servicio significaría una afectación a los recursos públicos que esa E.P.S. administra, que el cuidado casero del paciente es una obligación que deben asumir sus familiares y que no se demostró el estado económico de su núcleo familiar[[4]](#footnote-4).

**CONSIDERACIONES**

**1.** El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable. La eficacia de esos medios debe analizarse en concreto (art. 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991).

**2.** Corresponde definir en esta instancia, de acuerdo con las precisas inconformidades de la recurrente, si resulta procedente la intervención del juez de tutela para ordenar que la Nueva EPS asuma la atención domiciliaria con cuidador que solicita la accionante para su hijo en condición de discapacidad, atendiendo las condiciones particulares del grupo familiar.

**3.** Se precisa, para comenzar, que no existe discusión sobre la legitimación en la causa. En efecto, está acreditado que el señor Juan Carlos Vicente Álvarez, directo afectado en sus derechos por la falta de prestación de los servicios de salud requeridos, padece síndrome de inmovilidad[[5]](#footnote-5) y según la demanda también padece de parálisis cerebral y retraso mental, condiciones que por obvias razones le impiden acudir en su propia defensa judicial y que, por consiguiente, habilitan a su progenitora para formular en su nombre la tutela. Por pasiva está legitimada la Nueva E.P.S., entidad a la que se encuentra afiliado el accionante y que, en consecuencia, es la responsable de la prestación del servicio de salud.

**4.** Se reitera que la impugnante elevó oposición exclusivamente respecto de la orden impuesta para que preste el servicio de cuidador domiciliario al actor, bajo los supuestos de que esa disposición no atiende a las exclusiones del plan de beneficios de salud y desconoce los principios de estabilidad financiera y solidaridad, este último respecto de la familia del accionante, la cual no demostró su capacidad económica para asumir aquel gasto por sus propios medios.

**5.** Sobre similar controversia se pronunció la Corte Constitucional en estos términos:

*“1.2. No obstante, es necesario estudiar la posibilidad de que exista otro servicio o atención que pueda ser prestado a la menor Gabriela Linares Robayo, en cuanto efectivamente requiere de atenciones especiales que, si bien no demandan de los servicios de un profesional de la salud, no tiene la posibilidad de recibir como producto de sus condiciones de vida y de las de su núcleo familiar.*

*…*

*Para la Sala es claro que la accionante se encuentra en una evidente condición de dependencia y requiere de atenciones que, si bien no se encuentran directamente relacionadas con el tratamiento de sus patologías (aseo personal, alimentación, vestido, terapias de fisiatría, cambio de posición, soporte de desplazamiento, y cuidados para evitar escaras, entre muchas otras), siguen siendo indispensables y pueden llegar a tener injerencia no solo en su efectiva recuperación o en la estabilidad de su condición de salud, sino en su dignidad misma como ser humano.*

*Se destaca que, si bien se trata de cuidados que no requieren de los servicios de un profesional de la enfermería, sí se trata de unos que concuerdan perfectamente con lo que se ha definido como el servicio de “cuidador”; servicio respecto del cual, en virtud del principio de solidaridad, se ha entendido que se constituye en una obligación que debe ser asumida por el núcleo familiar del afiliado y respecto de la cual no es posible éste se desentienda.*

*Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corte también ha evidenciado la existencia de eventos excepcionales en los que, a pesar de que la carga de prestar este tipo de atenciones radica, en principio, en la familia, ella puede llegar a trasladarse e imponerse en cabeza del Estado, esto es, cuando (i) existe certeza sobre la necesidad de las atenciones y (ii) el primer obligado a asumirlas (el núcleo familiar) se encuentra imposibilitado para otorgarlas.*

*En el presente caso, se estima clara la acreditación del primer requisito en cuanto las especiales condiciones de salud de la menor implican que requiere de estos cuidados pues le resulta imposible garantizárselos por sí misma.*

*En relación con el segundo de los requisitos, se evidencia que en la parte considerativa de esta providencia se fijaron unos factores para poder entender que existe esa “imposibilidad material”, los cuales serán verificados a continuación.*

*La Sala considera acreditada tanto la incapacidad física, como la imposibilidad de recibir el entrenamiento o capacitación requerida de los miembros del núcleo familiar de la menor, el cual se encuentra compuesto por el hermano de la paciente, su abuela y su señora madre.*

*Esa conclusión que se sustenta en que: (i) el hermano menor de la accionante, por su edad (11 años), no puede responsabilizarse de asumir la totalidad de cuidados requeridos. Además, no le es exigible que deba suspender su proceso educativo para el efecto; (ii) la abuela de la actora tiene actualmente 73 años de edad y, como producto de ésta, no tiene las facultades físicas para estar alzando y moviendo a una menor de 17 años, cuyo tamaño y peso no puede ser subestimado; y (iii) la ciudadana Martiza Robayo Criollo, madre de la menor accionante, tiene la condición de “madre cabeza de familia” y debe trabajar informalmente para procurar los recursos económicos del resto de su núcleo familiar, así como velar por los cuidados de todos, motivo por el cual resulta insostenible exigirle que deje de proveer económicamente a su familia para dedicarse a garantizar la totalidad de cuidados que su hija requiere.”[[6]](#footnote-6)*

**6.** En aplicación de este precedente, considera la Colegiatura que en el caso concreto la orden respecto de la prestación del servicio de cuidador a favor del accionante fue acertada.

En efecto, queda claro que al estar involucrado el derecho a la salud y tratarse de una persona de especial protección debido a su estado de invalidez, la tutela resulta procedente para obtener la protección rogada.

Así mismo, los presupuestos exigidos para acceder a ese tipo de prestación domiciliaria se entienden cumplidos porque el actor ha sido diagnosticado con síndrome de inmovilidad e incontinencia urinaria[[7]](#footnote-7), de modo que fácil se concluye que requiere ayuda de terceros para poder realizar sus rutinas de alimentación y aseo.

También se encuentra acreditado que su padre cuenta con 73 años y que ha sido diagnosticado con disminución de visión y escucha[[8]](#footnote-8), mientras que su progenitora tiene 81 años, se encuentra en tratamiento de melanoma maligno y tiene antecedentes de hipertensión, diabetes, hipotiroidismo y dislipidemia[[9]](#footnote-9). Significa lo anterior que ninguno de los dos está en condiciones de edad y de salud para atender de manera permanente a su hijo, respecto de sus tareas cotidianas.

Finalmente, en cuanto a la situación económica del núcleo familiar del actor, en la demanda se indicó que el único ingreso que perciben no alcanza para satisfacer todas las necesidades del hogar, menos para asumir la carga económica que implica el pago de un cuidador. Ello dejó de ser desvirtuado por parte de la demandada, a pesar de que tenía esa carga de hacerlo al tratarse de una afirmación indefinida, figura aplicable a los casos de amparo del derecho a la salud por vía jurisprudencial[[10]](#footnote-10), y por ello se considera acreditada dicha carencia económica.

En estas condiciones al acreditarse el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales para conceder vía tutela la atención de cuidador a domicilio del actor, el fallo que así lo dispuso será confirmado.

**7.** Frente a la petición subsidiaria de recobro que eleva la recurrente, baste decir que se trata de una cuestión interadministrativa que debe ser resuelta entre las entidades involucradas y que de manera alguna puede perjudicar la prestación del servicio de salud, como lo ha sostenido con anterioridad esta Corporación[[11]](#footnote-11), motivo por el que, tal como lo dedujo la primera instancia, no se puede acceder a solicitud en ese sentido.

**DECISIÓN**

Con fundamento en lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA- SALA CIVIL – FAMILIA, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 29 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal,dentro de la presente acción de tutela promovida por Lilia Álvarez de Vicente, como agente oficiosa de su hijo Juan Carlos Vicente Álvarez, en contra de la Nueva E.P.S.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes lo aquí resuelto en la forma más expedita y eficaz posible. Comuníquese de igual forma al Juzgado de primera instancia.

**TERCERO: ENVIAR** oportunamente, el presente expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

SIN NECESIDAD DE FIRMA*.*

*(Arts.7º, Ley 527 de 1999, 2° Decreto 806 de 2020 y 28 del Acuerdo PCJA20-11567 del C.S.J*)

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Ausencia con causa justificada

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Documento 02 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Documento 03 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-2)
3. Documento 07 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-3)
4. Documento 09 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 44 del archivo 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T-065 de 2018 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 44 y 45 del archivo 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 20, 38 y 39 del archivo 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 22 a 33 del archivo 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia T-171 de 2016 [↑](#footnote-ref-10)
11. Ver sentencia ST2-0077-2021 del 25 de marzo de 2021, expediente: 66001-31-10-003-2021-00028-01 M.P. Edder Jimmy Sánchez Calambás. [↑](#footnote-ref-11)