



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ (TOLIMA)

Ibagué, treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

RADICACIÓN: 73001-33-33-007-2024-00088-00
ACCIÓN: TUTELA
ACCIONANTE: MARTHA CECILIA CASTAÑO CRUZ, en calidad de agente oficioso de su hermana BERNARDINA CASTAÑO CRUZ.
ACCIONADOS: EPS SANITAS y OTROS.

SENTENCIA

Sin que se avizore circunstancia alguna que invalide lo actuado, procede el Despacho a dictar pronunciamiento de fondo que en derecho corresponde, dentro de la presente Acción Constitucional de Tutela formulada por la señora **MARTHA CECILIA CASTAÑO CRUZ**, en calidad de agente oficioso de su hermana **BERNARDINA CASTAÑO CRUZ**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 38.215.760 de Ibagué, contra la **EPS SANITAS, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES)** y **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**.

I. ANTECEDENTES

La señora **MARTHA CECILIA CASTAÑO CRUZ**, en calidad de agente oficioso de su hermana **BERNARDINA CASTAÑO CRUZ**, formuló acción de tutela con el fin de obtener protección a los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, vida en condiciones dignas e igualdad de la agenciada, con sustento en las siguientes premisas fácticas:

- 1.1. Que la agenciada se encuentra afiliada a EPS SANITAS en calidad de cotizante, y presenta los diagnósticos de vasculitis ulcerativa, alzhéimer, trastorno depresivo mayor a episodio moderado, trastorno neurocognitivo, incontinencia urinaria y fecal, trastorno mental no especificado, disfunción cerebral y, discopatía lumbar.
- 1.2. Que el 27 de febrero de 2024 la agenciada fue valorada por psiquiatría en la IPS Centro Médico Ibagué, a quien solicitó ordenar el servicio de enfermería o cuidador por las enfermedades que padece y dependencia de terceros que requiere; petición que le fue negada, al señalarse que la coordinación médica no lo permitía.
- 1.3. Que, al exponer la situación de la agenciada ante el área administrativa de la IPS Centro Médico Ibagué, tomaron sus datos y refirieron esperar visita médica domiciliaria para evaluar el estado de salud del paciente.
- 1.4. Que el 01 de marzo de 2024 se llevó a cabo valoración médica domiciliaria en la que se determinó que la agenciada no requería el servicio de enfermería sino el de cuidador, el cual estaba siendo suministrado por la familia.
- 1.5. Que el agente oficioso labora en casas de familia y debido a los cuidados especiales que requiere la afiliada por su condición de salud, se vio obligada a dejar su trabajo para estar pendiente de ella, pese a ser el único medio para subsistir.
- 1.6. Que bajo los radicados No. 24 – 03077731 y 20242100003955662 presentó PQR ante la EPS Sanitas y Superintendencia Nacional de Salud, respectivamente, solicitando la prestación del servicio de cuidador o enfermería.
- 1.7. Que el 01 de abril de 2024 EPS Sanitas informó que la agenciada no cumplía con los criterios para el servicio de enfermería domiciliaria y que además no tiene orden médica y ostenta cuidador, sin embargo, pasó por alto que en varias oportunidades han solicitado la prescripción del servicio al médico especialista, quien no ha accedido a ello bajo al argumento de no permitirlo la IPS y

corresponder al médico domiciliario la prescripción del servicio, no obstante, en consulta practicada el 01 de marzo no se ordenó el mismo, bajo fundamentos que no atienden a la realidad.

- 1.8. Que la agenciada se encuentra totalmente postrada en cama con pérdida progresiva de peso y depende de un tercero para la satisfacción de sus necesidades básicas.

II. PRETENSIONES

Dentro del escrito introductorio, se plantean como pretensiones, las siguientes:

PRIMERO: RUEGO señor Juez, se ampare y tutele los derechos fundamentales de mi hermana debido a las enfermedades catastróficas que padece **Vasculitis Ulcerativa. Enfermedad de Alzheimer - Trastorno depresivo mayor a episodio moderado - Trastorno neurocognoscitivo mayor demencia - No control de esfínter urinario ni fecal - trastorno mental no especificado debido a lesión y disfunción cerebral - Discopatía Lumbar - Movilidad reducida - Cardiopatía isquémica.**

SEGUNDO: Se **ORDENE** a la **EPS SANITAS. ADRES. Y MINISTERIO DE SALUD Y PRTECCION SOCIAL** autorizar y prestar el servicio de enfermera y/o cuidador domiciliario las 24 horas, atendiendo a que por las enfermedades que padece es muy difícil el control y manejo para la accionante, y más cuando los médicos tratantes se han negado a ordenar el servicio en referencia por barreras administrativas, de la Eps, y que para la suscrita es muy difícil estar pendiente de mi hermana, ya que también tengo que trabajar para mi subsistencia.

TERCERO: Se, oficie y requiera a la **Secretaría de Salud Municipal. Personería Municipal de esta ciudad** para que ejerza Vigilancia y Control a la EPS SANITAS, ya que en varias ocasiones se le ha solicitado al médico tratante adscrito a la EPS SANITAS el servicio de cuidador y/o enfermera las 24 horas para mi hermana, pero los galenos manifiestan que no pueden ordenar el servicio por barreras administrativas de la EPS.

CUARTO: Se, ordene prestar el servicio de transporte especial dentro y fuera de la ciudad de Ibagué Tolima, atendiendo al delicado estado de salud en el que se encuentra mi hermana por las enfermedades que padece, ya que cada vez que debo de llevarla a las citas médicas, toma de exámenes o todo lo que se deriva del servicio en salud es muy complejo por su desorden mental, y su estado físico de su salud por el tema de la columna."

III. PRUEBAS

Junto con el escrito de tutela, la parte accionante aportó el siguiente material probatorio:

- 3.1. Copia de la historia clínica de atención domiciliaria practicada el 01 de marzo de 2024 a la señora Bernardina Castaño Cruz¹.
- 3.2. Copia de la orden médica de terapia física domiciliaria².
- 3.3. Copia de la orden médica para consulta de nutrición y terapia ocupacional domiciliaria³.
- 3.4. Copia de la historia clínica de atención por ortopedia practicada el 04 de marzo de 2024 a la señora Bernardina Castaño Cruz⁴.
- 3.5. Formato MIPRES para Ensure⁵.
- 3.6. Copia de la respuesta a PQR No. 24-04094323-20242100003955662, generada por EPS SANITAS⁶.
- 3.7. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Bernardina Castaño Cruz⁷.
- 3.8. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Martha Cecilia Castaño Cruz⁸.
- 3.9. Fotografía de úlcera en miembro inferior⁹.

IV. TRÁMITE PROCESAL

Presentada y asignada la acción judicial a este Despacho, mediante auto del 17 de abril de 2024¹⁰ se dispuso su admisión en contra de la **EPS SANITAS**, la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL**

¹ Folios 12 al 16 del archivo "3ED_3ACCIONTUTELAPDF(.pdf)" – Índice 3 SAMAI.

² Folio 17 ibídem

³ Folio 18 ibídem

⁴ Folio 19 ibídem

⁵ Folio 20 ibídem

⁶ Folio 21 ibídem

⁷ Folio 22 ibídem

⁸ Folio 13 ibídem.

⁹ Folio 24 ibídem

¹⁰ Índice 5 SAMAI.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES) y el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, corriéndoles traslado por el término de dos (2) días para que contestaran la acción, solicitaran y aportaran las pruebas que pretendieran hacer valer e informaran cual había sido el trámite adelantado frente a lo petitionado por el extremo accionante y que solución existía a los hechos.

Surtido el término de traslado para contestar, se tiene que únicamente la ADRES emitió pronunciamiento, mientras que las demás entidades, **guardaron silencio**:

4.1. ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES)¹¹.

El apoderado judicial de la ADRES sostuvo corresponder a las Entidades Promotoras de Salud y no a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la obligación de garantizar la prestación del servicio de salud a su población afiliada, sin que en ningún caso pueda dejar de suministrar o retrasarla la misma, de tal forma que pongan en riesgo su vida o salud, máxime que el sistema contempla varios mecanismos de financiación para los servicios.

Argumentó que la ADRES no ostenta funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, de manera que, la presunta vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a la Entidad y por ende, se genera falta de legitimación en la causa por pasiva para la Entidad.

Así entonces, solicitó negar el amparo solicitado; en lo que concierne a la entidad que representa y, en consecuencia, desvincularle del asunto.

En consonancia con las normas constitucionales y legales, así como los antecedentes narrados, se procede al estudio de la presente acción, previas las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

5.1. De la competencia: En los términos de los artículos 86 de la Carta Política, 37 del Decreto-Ley 2591 de 1991, 1º del Decreto Reglamentario 1382 de 2000, modificado por el Decreto 1983 de 2017, compilados en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 333 de 2021, es competente este Juzgado para conocer de la presente acción de tutela.

5.2. De la Fisonomía Jurídica de la Acción de Tutela: Sin ánimo de soslayar el estudio de fondo de la presente acción de tutela, huelga consultar por la fisonomía jurídica de la misma para con ello arribar a que, sin discriminación alguna, toda persona –entiéndase natural y jurídica- es titular del derecho a reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar –con inclusión en los Estados de Excepción-, mediante un procedimiento preferencial y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. En todo caso, bajo la exaltación del carácter residual de la acción, pues por regla general, sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

5.3. Del Problema Jurídico:

Corresponde al Despacho determinar si las entidades accionadas vulneran los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, vida en condiciones dignas e igualdad de la señora **BERNARDINA CASTAÑO CRUZ**, al no suministrarle el servicio de enfermería o cuidador que demanda.

Para realizar análisis del problema jurídico señalado, es necesario efectuar estudio de temas tales como: i) Del derecho fundamental a la vida, la salud y seguridad social, ii) De la atención de enfermero o cuidador en casa, iii) La Agencia oficiosa, para finalmente entrar a analizar, iv) El caso concreto.

5.3.1. Del derecho Fundamental a la vida, la salud y seguridad social.

¹¹ Índice 9 SAMAI.

De acuerdo con los artículos 11 y 85 de la Constitución Política, el derecho a la vida es fundamental y de protección inmediata, además de estar consagrado como derecho fundamental autónomo a través de la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, los que inclusive prevalecen en el orden interno al tenor del artículo 93 ibídem.

Los derechos fundamentales, su respeto, garantía y vigencia marcan el sendero de una organización libre y democrática, dentro de la integración de los pueblos (preámbulo) y la solidaridad de los asociados (artículo 1º ídem)

Por su parte, el derecho fundamental a la salud, considerado un derecho de primera generación, busca garantizar la prestación del servicio de salud a todos los ciudadanos de una manera integral, pues con ello se procura el bienestar y se salvaguardan los derechos a la vida e integridad personal.

En este sentido, la sentencia T-010 de 2019 afirma:

“(...) El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

Por su parte, el artículo 48 de la Constitución Nacional contempla la seguridad social como un público de carácter obligatorio y cuya prestación está a cargo del Estado en observancia a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, que en armonía con lo dispuesto en el artículo 46 ibídem, adquiere mayor relevancia cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, tal como ocurre con las personas de la tercera edad.

La Corte Constitucional advierte que el derecho a la salud es de carácter autónomo e irrenunciable, como quiera que actualmente la Ley Estatutaria de Salud, claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho, dada su inescindible relación con la dignidad humana.

Así mismo, en sentencia T-014 del 20 de enero de 2017 la Corte Constitucional determinó el alcance de este derecho fundamental que, teniendo como soporte el principio de integralidad, abarca no sólo el fin técnico de curación sino todos los elementos necesarios para garantizar al paciente una calidad de vida digna:

“En virtud del principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce a obtener la curación. Este, debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, por tal razón, se deben orientar los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible.”

Más adelante, la misma Corporación indicó:

*“En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de esta Corporación y concretamente **la Ley Estatutaria 1751 de 2015 le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho** donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares el “(...) trato a la persona conforme con su humana condición(...)*

*Respecto de lo anterior, es preciso señalar que referida Ley Estatutaria 1751 de 2015 fue objeto de control constitucional por parte de esta Corporación que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que “la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano”. Bajo la misma línea, **la Corte resaltó que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía “pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente”***

En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual,

los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados¹². (Negrilla y subraya fuera del texto original)

5.3.2. De la atención de enfermero o cuidador en casa:

Sobre el servicio de auxiliar de enfermería y cuidador permanente, se pronunció la H. Corte Constitucional mediante Sentencia T-154 del 14 de marzo de 2015 con ponencia del magistrado Luís Guillermo Guerrero Pérez, en donde precisó:

“4. El suministro domiciliario del servicio auxiliar de enfermería y de cuidador permanente en el Régimen de Seguridad Social en Salud. Conforme esta corporación lo ha manifestado, todos los usuarios del Sistema de Salud tienen derecho a exigir el suministro y acceso a las tecnologías en salud que estén incluidas en aquel plan: (...)”

Ahora bien, en lo que respecta al servicio domiciliario de enfermería, esta Sala encuentra que, en lineamiento con lo dispuesto por la Resolución 5521 de 2013, constituye una modalidad de prestación de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia. Además de ello, también se evidencia que dicho servicio está incluido en la cobertura de beneficios del POS, y por tanto debe ser garantizado por las Entidades Promotoras de Salud con cargo a los recursos que perciben para tal fin, en todas las fases de la atención, para todas las patologías y condiciones clínicas del afiliado.

En este orden de ideas, para que un afiliado pueda acceder al servicio de salud en comento, simplemente bastaría que la experticia y los conocimientos técnicos y científicos de un profesional de la salud que haya conocido y estudiado de primera mano las condiciones del usuario, determine con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología, la necesidad de la tecnología en salud pretendida, que buscaría asegurar un estado de salud aceptable a la persona, ya que sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso, pues el juez constitucional no puede arrogarse estas facultades para el ejercicio de funciones que le resultan por completo ajenas en su calidad de autoridad judicial.

Por otro lado, en lo que concierne al servicio de cuidador de personas en situación de dependencia, resulta necesario realizar las siguientes menciones: (i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala encuentra, primero, que el servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación calificada que atienda directamente al restablecimiento de la salud, motivo por el cual, en principio, no tendría que ser asumida por el sistema de salud, y segundo, en concordancia con lo anterior, dicho servicio responde simplemente al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho y que impone al poder público y a los particulares determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos.

En este sentido, se entiende que los deberes que se desprenden del principio de la solidaridad son considerablemente más exigentes, urgentes y relevantes cuando se trata de asistir o salvaguardar los derechos de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (como por ejemplo la población de la tercera edad, los enfermos dependientes, los discapacitados, entre otros).

Cabe aclarar que tales deberes de solidaridad no obligan a sacrificar el goce de las garantías fundamentales de aquellos familiares cercanos (cuidadores) en nombre de los derechos de las personas a quienes deban socorrer. No obstante, sí los obligan a no tomar decisiones que, con pleno desconocimiento del principio de solidaridad social y familiar, comprometan sin un motivo suficiente y proporcionado los derechos fundamentales de los sujetos objeto de protección.

En resumen, el principio de solidaridad atribuye a los miembros de una sociedad el deber de ayudar, proteger y socorrer a sus parientes cuando se trata del goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Deber que a su vez contiene un mayor grado de fuerza

¹² Sentencia T-196 de 2018

y compromiso cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, debido a los padecimientos propios de su edad o a las enfermedades que los agobian, y que por tanto no están en capacidad de proveer su propio cuidado, requiriendo de alguien más que les brinde dicho cuidado permanente y principal, lo cual, al no constituir una prestación de salud, no puede ser una carga trasladada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues ello en principio constituye una función familiar, y subsidiariamente un deber en cabeza de la sociedad y el Estado, quienes deberán concurrir a su ayuda y protección cuando la competencia familiar sea de imposible observancia.

Así pues, siempre que se presenten las circunstancias a continuación expuestas, una Entidad Prestadora de Salud (EPS), en principio, no es la llamada a garantizar el servicio de cuidador permanente a una persona que se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta: (i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que si debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.

En este orden de ideas, de no mediar las circunstancias enunciadas anteriormente, el deber de suministrar el servicio de cuidador permanente o principal, como ya se dijo, radica en cabeza del Estado, quien es el encargado de proteger y asistir especialmente a los sujetos que, por su condición física, económica o mental, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta”.

De los anteriores extractos jurisprudenciales, es del caso concluir que, tanto el servicio de auxiliar de enfermería como la atención médica domiciliaria, se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, siempre que tengan como finalidad atender necesidades de índole médica.

No obstante, el servicio de cuidador domiciliario, busca satisfacer necesidades básicas, cotidianas y de afecto necesarias para el desarrollo de una vida digna, el cual es prestado por sujetos no profesionales en el área de la salud, en la mayoría de los casos, familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, por lo que los servicios que prestan son asistencia física necesaria para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria, y un soporte emocional y espiritual al afectado.

Por su parte, la enfermería domiciliaria busca asegurar un estado de salud aceptable para el paciente, mediante la prestación de servicios propios del ámbito de la salud extra- hospitalarios, brindada por sujetos con conocimientos en el área de la salud, ya sea a nivel técnico o profesional, como lo son auxiliares de enfermería y/o enfermeras profesionales; sin embargo, dentro de los servicios que prestan están la aplicación de medicamentos, acompañamiento y seguimiento de control, administración de inyectables, curaciones y demás servicios que tienen relación con las funciones de enfermería y exigen un conocimiento calificado.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha señalado que si bien el servicio de cuidador debe ser brindado principalmente por el núcleo familiar del paciente, en virtud del principio de solidaridad, lo cierto es que, “*excepcionalmente, una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidador 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*”¹³

En tal sentido, la referida Corporación ha establecido que las EPS deberán prestar el servicio de cuidador a un afiliado, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: “(i) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (ii) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente. Esto último, cuando se compruebe que los familiares: (a) no cuentan con la capacidad física para prestar las atenciones requeridas por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque deben suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (b) resulta imposible poder brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente; y (c) carecen de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio”¹⁴. De manera que, si el paciente

¹³ Sentencias T-015 de 2021, T-423 de 2019, T-458 de 2018 y T-414 de 2016.

¹⁴ Sentencia T-200 de 2023.

requiere del servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar; al encontrarse acreditado los anteriores presupuestos, la EPS deberá suministrar el servicio.

5.3.3. De la Agencia Oficiosa:

El artículo 86 de la Constitución Política, al consagrar la Acción de Tutela, señala en su inciso primero que:

*“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma **o por quien actúe a su nombre**, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...)”.*

En cumplimiento de este mandato constitucional, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*”, prevé en cuanto a la legitimidad e interés de quien interpone el amparo que “*la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (...) **También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.***” (negrilla y subrayado fuera de texto)

Ahora bien, la jurisprudencia de nuestra Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este tópico para precisar que, la agencia oficiosa se predica exclusivamente de los eventos en los cuales el titular del derecho se encuentra imposibilitado para ejercer su propia defensa y opta, en ejercicio de su autonomía individual, por delegar su promoción en una persona distinta a un apoderado judicial; no obstante lo anterior, esta figura se caracteriza por las siguientes particularidades: i) la manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal; ii) la circunstancia real que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa; iii) la existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y el agenciado titular de los derechos¹⁵.

Frente al primer requisito, esto es, la manifestación del agente oficioso de actuar en tal calidad, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el mismo no se exige de forma estricta, y en tal sentido, ha admitido la legitimación del agente siempre que de los hechos y pretensiones se evidencie que actual de tal forma, correspondiendo al Juez Constitucional analizar el cumplimiento de la siguiente exigencia, relacionada con las circunstancias que impiden al titular de los derechos presuntamente conculcados, actuar por sí mismo¹⁶.

Conforme a lo anterior, es del caso señalar que en sub lite se cumple a cabalidad las condiciones exigidas legal y jurisprudencialmente para que se configure la agencia oficiosa, pues si bien la señora MARTHA CECILIA CASTAÑO CRUZ refirió actuar en representación de su hermana BERNARDINA CASTAÑO CRUZ, lo cierto es que, además de ser improcedente el uso de esa figura; en tratándose la accionante de una persona mayor de edad respecto de la cual no se encuentra probada su declaratoria su incapacidad, lo cierto es que, de los hechos y circunstancias que rodean la solicitud de amparo, se infiere que la titular de los derechos fundamentales no se encuentra en condiciones físicas de promover por sí misma la defensa de sus garantías, en razón a los padecimientos en salud que actualmente presenta y que le generan dependencia total de terceros, por lo que es claro que la tutela pueda formularse por intermedio de tercera persona, ya que la titular de los derechos fundamentales no lo puede realizar de manera directa.

5.3.4. Caso en concreto:

Descendiendo al caso bajo estudio, se entrevé que la señora Martha Cecilia Castaño Cruz solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, vida en condiciones dignas e igualdad de la señora **BERNARDINA CASTAÑO CRUZ**, al considerarlos vulnerados por parte de las entidades accionadas, al no garantizar el acceso al servicio de enfermería o cuidador que requiere.

¹⁵ Sentencia T-160 de 2011

¹⁶ Sentencia T-072 de 2019

Conforme lo anterior, el Despacho habrá de dilucidar el problema jurídico planteado en el asunto, acorde con lo probado en el plenario, así:

Se encuentra acreditado que la señora Bernardina Castaño Cruz cuenta con 76 años de edad (v. núm. 3.7), y de acuerdo a consulta realizada en la Base de Datos Única de Afiliados – BDUA, se observa que registra actualmente afiliada al sistema de salud a través EPS Sanitas, en calidad de cotizante en el régimen contributivo:

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES					
Información de afiliación en la Base de Datos Única de Afiliados – BDUA en el Sistema General de Seguridad Social en Salud					
Resultados de la consulta					
Información Básica del Afiliado :					
COLUMNAS	DATOS				
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	CC				
NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN	38215760				
NOMBRES	BERNARDINA				
APELLIDOS	CASTAÑO CRUZ				
FECHA DE NACIMIENTO	**/**/**				
DEPARTAMENTO	TOLIMA				
MUNICIPIO	IBAGUE				
Datos de afiliación :					
ESTADO	ENTIDAD	REGIMEN	FECHA DE AFILIACIÓN EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACIÓN DE AFILIACIÓN	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S.	CONTRIBUTIVO	01/08/2019	31/12/2999	COTIZANTE

Del historial clínico aportado al expediente digital, se advierte que la señora Bernardina Castaño Cruz presenta los diagnósticos de: Trastorno neurocognitivo – mayor demencia, discopatía lumbar, cardiopatía isquémica, depresión mayor, úlcera varicosa en miembro inferior izquierdo, gastritis crónica, síndrome de colon irritable y movilidad reducida, respecto de los cuales recibió valoración médica domiciliaria el 01 de marzo de 2024 (v. núm. 3.1), en la que se le practicaron diferentes escalas de evaluación que arrojaron los resultados que a continuación se transcriben:

Índice	Resultado	Interpretación
Barthel	20/100	Dependencia funcional total
Valoración Funcional de la Marcha (F.A.C.)	Nivel 1	Marcha con ayuda
Downton	3	Riesgo de caídas
Braden	15	Bajo riesgo – úlceras por presión

En ese sentido, se consideró que la afiliada cumplía con los criterios de ingreso al programa de atención domiciliaria, por lo que se estableció como plan de manejo domiciliar: valoración médica en dos meses y valoración por clínica de heridas.

Así mismo, se observa que la parte actora fue valorada el 04 de marzo de 2024 por el médico ortopedista de la IPC Centro Médico Colsanitas SAS (v. núm. 3.4) quien, de acuerdo a las condiciones clínicas de la paciente, prescribió los servicios domiciliarios de terapia física integral y ocupacional cantidad 10, y valoración por nutrición.

Establecidas las pretensiones y el marco probatorio que dirige el presente asunto, corresponde entonces al Despacho determinar si el extremo accionado vulnera las garantías fundamentales invocadas por la parte actora, al no suministrar el servicio de enfermera o cuidador que reclama y transporte especial para el cumplimiento de citas dentro y fuera de la ciudad en la que reside.

Así entonces, es del caso señalar que, en lo que concierne al servicio de **enfermería o cuidador** que se pretende sin orden médica y para la satisfacción de actividades básicas de la vida diaria de la agenciada y no para el ejercicio funciones propias de un profesional de la salud, se entrevé que este puede ser garantizado por personas que no sean profesionales de la salud, tales como familiares, amigos o personas cercanas a la accionante.

Al respecto, la Corte Constitucional ha decantado en diferentes oportunidades que el servicio de cuidador debe ser brindado principalmente por el núcleo familiar del paciente, no solo en virtud a los lazos de afecto que los unen, sino también en atención a las obligaciones que el principio de solidaridad contempla e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculos; sin embargo, excepcionalmente ha reconocido que las EPS pueden estar obligada a garantizar el mismo, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: *“(i) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (ii) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente. Esto último, cuando se compruebe que los familiares: (a) no cuentan con la capacidad física para prestar las atenciones requeridas por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque deben suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (b) resulta imposible poder brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente; y (c) carecen de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio”*¹⁷.

Conforme lo anterior, debe analizarse si en el caso bajo estudio se cumplen a cabalidad las condiciones fijadas por la jurisprudencia constitucional, para atribuir a la EPS accionada la obligación de suministrar el servicio de cuidador que demanda el extremo activo.

En ese orden, es preciso indicar que si bien del historial clínico de la parte actora se advierte claramente que requiere de la asistencia de un cuidador para el ejercicio de sus actividades básicas de la vida diaria, en virtud a las diferentes afecciones en salud que presenta y que le generan dependencia total de terceros, lo cierto es que, no se encuentra acreditado que exista imposibilidad material por parte del núcleo familiar de agenciada, para brindarle el cuidado requiere, tal como se expondrá a continuación.

Revisada la información contenida en el libelo tutelar y sus anexos, se prevé que la señora Bernardina Castaño Cruz, además de contar con el apoyo de su hermana Martha Cecilia Castaño Cruz (agente oficioso en el presente trámite), tiene igualmente respaldo de la señora María Rodríguez, quien quedó registrada como acompañante o cuidador durante la visita domiciliar practicada a la afiliada el 01 de marzo de 2024. Frente a las citadas señoras, no se expuso y tampoco se acreditó que presentaran enfermedad o afección física que constituyera situación de discapacidad o imposibilidad para ejercer labores diarias a favor propio o de un tercero, por ende, no es posible considerar que represente para su núcleo familiar, una carga insostenible.

Ahora, refirió la agente oficiosa que en razón a las condiciones de salud de su hermana y en aras de estar pendiente de ella, se vio obligada a dejar su trabajo como único medio para subsistir, no obstante, estima el Despacho que al registrarse en el historial clínico de la accionante un cuidador diferente al agente oficioso, es claro que este puede continuar con sus labores para suplir sus necesidades básicas.

Respecto a la *“imposibilidad de brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente”*, se tiene que dentro del plenario no está probada causa alguna que impida a los familiares de la accionante, recibir el entrenamiento o la capacitación requerida para atender los cuidados básicos de la agenciada.

En lo que atañe a la *“ausencia de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio”*, se ha de señalar que no se acreditó que el núcleo familiar de la accionante careciera de los medios económicos para el efecto, por el contrario, y conforme se advirtió en precedencia, la parte actora registra afiliada al Sistema de Salud en calidad de cotizante en el régimen contributivo y ello igualmente ocurre frente a su agente oficiosa, tal como se vislumbra en la siguiente imagen:

¹⁷ Sentencia T-200 de 2023

					
ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES					
Información de afiliación en la Base de Datos Única de Afiliados – BDUa en el Sistema General de Seguridad Social en Salud					
Resultados de la consulta					
Información Básica del Afiliado :					
COLUMNAS		DATOS			
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	CC				
NÚMERO DE IDENTIFICACION	65737341				
NOMBRES	MARTHA CECILIA				
APELLIDOS	CASTAÑO CRUZ				
FECHA DE NACIMIENTO	**/****				
DEPARTAMENTO	TOLIMA				
MUNICIPIO	IBAGUE				
Datos de afiliación :					
ESTADO	ENTIDAD	REGIMEN	FECHA DE AFILIACIÓN EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACIÓN DE AFILIACIÓN	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	EPS FAMISANAR S.A.S.	CONTRIBUTIVO	01/07/2020	31/12/2999	COTIZANTE

De manera que, no es posible inferir la existencia de incapacidad económica para solventar el servicio del cuidador.

Así, en razón a que en el sub lite no se acreditaron con suficiencia los requisitos decantados por la jurisprudencia Constitucional para el reconocimiento del servicio de cuidador que se deprecia en esta ocasión para la señora BERNARDINA CASTAÑO CRUZ y frente a la EPS Sanitas, no se accederá a la citada solicitud, máxime que el mismo corresponde a un servicio fundado en el principio de solidaridad de nuestro Estado Social de Derecho, el cual debe ser garantizado principalmente por la familia del paciente, cuando este no constituya una carga excesiva, tal como ocurre en el presente caso.

Al respecto, es importante destacar que el Sistema General de Seguridad Social en Salud establece dentro sus principios la Solidaridad y Corresponsabilidad, los cuales define de la siguiente manera:

Ley 100 de 1993.

ARTÍCULO 153. PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.
Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011. Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

“3.2 Solidaridad. Es la práctica del mutuo apoyo para garantizar el acceso y sostenibilidad a los servicios de Seguridad Social en Salud, entre las personas.
(...)”

3.17 Corresponsabilidad. Toda persona debe propender por su autocuidado, por el cuidado de la salud de su familia y de la comunidad, un ambiente sano, el uso racional y adecuado de los recursos el Sistema General de Seguridad Social en Salud y cumplir con los deberes de solidaridad, participación y colaboración (...).”

En consonancia, la Ley Estatutaria de Salud – Ley 1751 de 2015, establece como deberes de las personas relacionados con el servicio, los siguientes:

ARTÍCULO 10. DERECHOS Y DEBERES DE LAS PERSONAS, RELACIONADOS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD. (...)

Son deberes de las personas relacionados con el servicio de salud, los siguientes:

a) Propender por su autocuidado, el de su familia y el de su comunidad;

ACCION DE TUTELA

DEMANDANTE: MARTHA CECILIA CASTAÑO CRUZ, en calidad de agente oficioso de su hermana BERNARDINA CASTAÑO CRUZ.

DEMANDADOS: EPS SANITAS y OTROS.

RADICADO: 73001-33-33-007-2024-00088-00

SENTENCIA

- b) Atender oportunamente las recomendaciones formuladas en los programas de promoción y prevención;*
 - c) Actuar de manera solidaria ante las situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;*
- (...)"

Conforme a lo anterior, itera el Despacho que corresponde al núcleo familiar del afiliado, garantizar la asistencia y apoyo que requiere la agenciada en el ejercicio de sus actividades básicas e instrumentales de la vida diaria.

Por último, frente al suministro del servicio de transporte especial que se depreca, se destaca que de los documentos aportados al libelo tutelar, se observa que la atención médica de la parte actora se ha suministrado en su lugar de domicilio y en Instituciones Prestadores de Servicios de Salud ubicadas en el municipio de residencia, esto es, Ibagué Tolima, por lo que no se advierte la necesidad de trasladar a la accionante a un lugar fuera de esa municipalidad y, tampoco se avizora orden de transporte especial dentro de Ibagué Tolima, para la realización de exámenes o citas médicas ambulatorias, de manera que, no se accederá a dicho pedimento.

IV. DECISIÓN

Conforme lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo de Oralidad del Circuito de Ibagué – Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR la acción de tutela presentada por la señora **MARTHA CECILIA CASTAÑO CRUZ**, en calidad de agente oficioso de su hermana **BERNARDINA CASTAÑO CRUZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 38.215.760 de Ibagué, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes el contenido de esta decisión, por el medio más expedito, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto- Ley 2591 de 1991. **Y de no ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes, remítase la actuación para ante la Corte Constitucional, para su eventual revisión.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



INÉS ADRIANA SÁNCHEZ LEAL
JUEZ