

RADICADO: 2021-0080
ACCIONANTE: HORTENCIA AMAYA DE SÁNCHEZ agente oficiosa de HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA
ACCIONADO: NUEVA EPS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CATORCE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA

Bucaramanga, veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Decide el despacho, en primera instancia, la acción de tutela radicada bajo el No. 6800140880142021008000, instaurada por la señora HORTENCIA AMAYA DE SÁNCHEZ en calidad de agente oficiosa de su hija, la señora HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA en contra de la NUEVA EPS, habiéndose vinculado de oficio a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, CLÍNICA FOSCAL y PROJECTION LIFE.

ANTECEDENTES

La accionante fundamenta la demanda en los siguientes hechos:

Tiene 71 años y es la persona que actualmente se encarga de los cuidados de su señora madre, pero dicha labor se le dificulta dada su avanzada edad y estado de salud.

Su progenitora, la señora HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA se encuentra afiliada a NUEVA EPS en calidad de cotizante, tiene 105 años de edad y padece de: hipotiroidismo, hipertensión, anormalidades en la marcha y la movilidad e incontinencia urinaria.

En historia clínica del día 9 de diciembre de 2020 se emitió concepto médico en el que se registró que la señora HORTENSIA AMAYA DE GONZÁLEZ, requería ser visitada por trabajo social dado el riesgo en el que se encuentra por no contar con un cuidador apto, lo cual la expone a distintos riesgos.

El día 23 de diciembre de 2020 elevó derecho de petición ante la Nueva EPS a fin de solicitar el servicio de cuidador permanente por 24 horas diarias y el día 07 de enero de 2021, la entidad aquí accionada respondió de manera negativa el mismo, motivando el rechazo en la resolución 5928 de 2016.

Posteriormente el día 03 de marzo de 2021 se realizó a la señora HORTENSIA AMAYA DE GONZÁLEZ una nueva visita por atención domiciliaria por parte de la trabajadora social Mayerly Delgado Chaves, profesional que insistió en el concepto de que la agenciada se encuentra en riesgo permanente al no contar con un cuidador apto para garantizar sus desplazamientos. De igual modo se recalcó la imposibilidad de solventar con recursos propios un cuidador.

RADICADO: 2019-0067
ACCIONANTE: HORTENCIA AMAYA DE SÁNCHEZ agente oficiosa de HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA.
ACCIONADO: NUEVA EPS

Relató que el día 27 de junio de 2021 la señora HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA fue ingresada al servicio de urgencias de la clínica FOSCAL y actualmente se encuentra en un estado de salud aún más grave que el registrado al momento de su ingreso a la clínica.

SUJETOS DE ESTA ACCIÓN

Accionante: HORTENCIA AMAYA DE SÁNCHEZ, identificada con cédula de ciudadanía No 37.806.754 de Bucaramanga en calidad de agente oficiosa de la señora HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA identificada con cédula de ciudadanía 27.993.769 de Barrancabermeja.

Entidad Accionada: NUEVA EPS.

Entidad Vinculada: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, CLÍNICA FOSCAL y PROJECTION LIFE.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La accionante solicita el amparo de los derechos fundamentales a la vida, salud y dignidad humana de la señora HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA, los cuales, a su juicio, están siendo vulnerados por parte de la NUEVA EPS al no suministrarle el servicio de cuidador permanente.

Expresamente solicita se ordene a NUEVA EPS garantizar el servicio de cuidador tiempo completo por 24 horas diarias permanente a favor de su progenitora, la señora HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADA Y VINCULADA

NUEVA EPS:

Por medio de ADRIANA VERÓNICA LÓPEZ GÓMEZ, apoderada especial de la NUEVA EPS S.A., según poder adjunto otorgado por la DRA. ADRIANA JIMÉNEZ BAEZ, Secretaria General y Jurídica y Representante Legal Suplente contestó que verificando el sistema integral de NUEVA EPS, se evidencia que la accionante está en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO en calidad de COTIZANTE pensionada categoría A.

Frente al objeto de la tutela, indicó que el día 13 de julio de 2021 en gestión de la realización de visita médica domiciliaria para determinar requerimiento de cuidador servicio PGP con PROJECTION LIFE se dio aval de trabajo social más no se cuenta con ordenamiento médico para lo cual se requiere visita médica. Así mismo señaló que una vez se cuente con historia clínica, se solicitó adjuntar órdenes médicas de servicios derivados de la visita domiciliaria y destaca que actualmente el área de salud de NUEVA EPS, está realizando la gestión referente al cumplimiento de la medida provisional, así como a la solicitud de la parte

RADICADO: 2019-0067

ACCIONANTE: HORTENCIA AMAYA DE SÁNCHEZ agente oficiosa de HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA.

ACCIONADO: NUEVA EPS

accionante en cuanto a los servicios de salud que están contemplados en el plan de beneficios de salud.

Expresó que una vez se obtenga el resultado de dichas labores, se pondrán en conocimiento de este Juzgado a través de respuesta complementaria, volviendo a resaltar que en el presente caso a la fecha no existe orden médica que determine el servicio de cuidador domiciliario.

En concordancia con lo anterior, la EPS relaciona unos ítems de funciones que cumple un cuidador y un auxiliar de enfermería, para indicar que existe diferencia entre uno y otro, puntualizando que lo que la paciente requiere es un cuidador domiciliario ya que necesita ayuda en sus actividades cotidianas como: comer, vestirse, bañarse y tener compañía y este servicio no hace parte del plan obligatorio de salud.

Solicita se deniegue por improcedente la presente acción de tutela contra NUEVA EPS S.A, toda vez que las funciones del cuidador domiciliario deben ser asumidas en primera medida por la familia y que además tal servicio no se encuentra dentro del plan de beneficios en salud – PBS y dado que tampoco se aporta orden médica que prescriba este servicio.

Subsidiariamente, solicita que se ordene una valoración previa a cargo de los galenos adscritos dentro de la red de servicios contratada para determinar la necesidad y pertinencia médica del servicio de cuidador domiciliario. De igual modo solicita se ordene el recobro ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES.

IPS FOSCAL:

A través de DAISY ALEJANDRA MÉNDEZ CLAVIJO, respondió que La FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA DE SANTANDER -FOSCAL-, es una IPS que presta sus servicios a usuarios de diferentes entidades a través de un contrato de prestación de servicios médicos acorde con el Plan de Beneficios en Salud, previsto legalmente y que conforme con la Ley 100 de 1993 y Ley 1122 de 2007 no puede autorizar servicios, pues la única que puede autorizar procedimientos quirúrgicos, medicamentos, exámenes, tratamientos, citas médicas, terapias, insumos, viáticos (transporte, hospedaje y alimentación), servicios de enfermería, servicios de ambulancia, exoneración de copagos, cuotas moderadoras y en general todo lo que llegare a requerir un paciente, es la Entidad Promotora de Salud –EPS- o quien haga sus veces, lo que para el caso concreto le correspondería a NUEVA E.P.S.

Dijo que toda vez que el descontento de la accionante radica en la falta de autorización y suministro de servicio de cuidador 24 horas, corresponde única y exclusivamente en la EPS de la usuaria la obligación legal y constitucional de garantizar y procurar la efectiva prestación de los servicios y prestaciones en salud que requiera la paciente.

Finalmente, y en vista de lo anterior, solicitó que se declare que la FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA DE SANTANDER -FOSCAL- en ningún momento ha

RADICADO: 2019-0067

ACCIONANTE: HORTENCIA AMAYA DE SÁNCHEZ agente oficiosa de HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA.

ACCIONADO: NUEVA EPS

vulnerado los derechos fundamentales constitucionales alegados por la accionante, toda vez que la autorización de los distintos medicamentos, servicios y demás están en cabeza de las Empresas Promotoras de Salud, en este caso NUEVA E.P.S. así mismo solicitó su desvinculación de la presente acción.

PROJECTION LIFE COLOMBIA S.A:

Por intermedio del abogado DIEGO ARMANDO NAVARRO TRIGOS, manifestó que PROJECTION LIFE COLOMBIA S.A, es una IPS que presta sus servicios a usuarios de diferentes entidades a través de un contrato de prestación de servicios médicos acorde con el Plan de Beneficios en Salud, previsto legalmente y conforme con la Ley 100 de 1993 y Ley 1122 de 2007 y que en tal sentido como IPS no cuenta con la facultad de autorizar servicios, pues la única que puede autorizar procedimientos quirúrgicos, medicamentos, exámenes, tratamientos, citas médicas, terapias, insumos, viáticos (transporte, hospedaje y alimentación), servicios de enfermería, servicios de ambulancia, exoneración de copagos, cuotas moderadoras y en general todo lo que llegare a requerir un paciente, es la EPS o quien haga sus veces, lo que para el caso concreto le correspondería a NUEVA EPS.

Finalmente solicitó su desvinculación del presente trámite constitucional, toda vez que argumenta no haber negado ningún servicio de salud.

LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD:

JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO, abogado de la oficina asesora jurídica de la entidad, manifestó que es función de la EPS y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que se da una falta de legitimación en la causa por pasiva. Resalta que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

De otro lado en cuanto a la facultad de recobro por servicios no incluidos en el PBS argumentó que el Juez debe abstenerse de pronunciarse sobre la misma, ya que la normatividad vigente acabó con dicha facultad y de concederse vía tutela, estaría generando un doble desembolso a las EPS.

Solicitó que se niegue el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio se tiene que ésta no ha vulnerado los derechos fundamentales de la agenciada, por lo que solicita su desvinculación de la presente acción constitucional. Igualmente, se solicita negar la facultad de recobro.

CONSIDERACIONES

LEGITIMACIÓN

Está debidamente acreditada la legitimación para actuar de la señora HORTENCIA AMAYA DE SÁNCHEZ invocando la protección de los derechos fundamentales de su progenitora HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA, quien tiene 105 años de edad, padece de hipotiroidismo, hipertensión, anormalidades en la marcha y la movilidad e incontinencia urinaria y además se encuentra hospitalizada desde el 27 de junio de 2021.

COMPETENCIA

Este juzgado es competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y en los artículos 37 del Decreto Ley 2591 de 1991, 1 del Decreto 1382 del 2000, 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, así como en el Auto 050 de 2015 de la Corte Constitucional y en el artículo 1º del decreto 1983 de 2017, según el cual, “ Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

“1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales.”

Así mismo se establece que la accionada tiene domicilio en la ciudad de Bucaramanga, ámbito territorial en el que ejerce sus funciones éste despacho judicial.

PROBLEMAS JURÍDICOS CONSIDERADOS

¿Procede la acción de tutela para ordenar a NUEVA EPS la prestación del servicio de cuidador 24 horas a la señora HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA, al tratarse de una persona de 105 años con diagnóstico de hipotiroidismo, hipertensión, anormalidades en la marcha y la movilidad e incontinencia urinaria; teniendo en cuenta que la persona que la cuida es su hija, una mujer de 71 años de edad quien también presenta padecimientos de salud, esto a efecto de garantizar sus derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas y justas?

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Sobre el caso particular que hoy nos ocupa, como lo es el derecho fundamental a la salud y la figura del cuidador domiciliario, resulta imperante traer a colación la Sentencia T-065 de 2018 Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos:

“4. La atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y cuidador. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. El Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en la Ley 100 de 1993 ha dispuesto los mecanismos y estructuras a través de los cuales se hace efectivo el derecho fundamental a la salud de los colombianos (regulado mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015).

4.2. En relación con las prestaciones que dicho sistema asegura para sus usuarios, la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 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 Unidad de Pago por Capacitación (UPC).

Al respecto, el artículo 26 prevé a esta modalidad de atención como una “*alternativa a la atención hospitalaria institucional*” que debe ser otorgada en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado.

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.¹

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.²

4.3. En relación con la atención de cuidador³, 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 salud⁴.

Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico⁵, esta Corte ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado⁶. Ello, pues propende por garantizar los cuidados ordinarios que el

¹ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 y T-568 de 2014, así como la T-414 de 2016.

² Ibidem.

³ En relación con los cuidadores, la Sentencia T-154 de 2014 expresó que éstos: “(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.”

⁴ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 de 2014 y T-414 de 2016.

⁵ Al respecto, la Sentencia T-096 de 2016 indicó: “Las actividades desarrolladas por el cuidador, según lo anterior, no están en rigor estrictamente vinculadas a un servicio de salud, sino que le hacen más llevadera la existencia a las personas dependientes en sus necesidades básicas”.

⁶ En Sentencia T-154 de 2014 la Sala Tercera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional analizó dos acciones de tutela interpuestas por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de unos individuos. En una de ellas la Sala estudió la negativa

paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, y no tiende por el tratamiento de la patología que lo afecta⁷. 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.

En ese sentido, resulta pertinente llamar la atención en que el Ministerio de Salud y de la Protección Social, mediante Resolución 5267 del 22 de diciembre de 2017, estableció el listado de los procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud, entre los que omitió incluir expresamente el servicio de cuidador. Motivo por el cual se evidencia que este tipo específico de “servicio o tecnología complementaria”⁸ se encuentra en un limbo jurídico por cuanto no está incluido en el Plan de Beneficios, ni excluido explícitamente de él.

Por su parte, la Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016⁹ estableció el procedimiento para que, cuando se ordenen servicios complementarios, sea posible efectuar el recobro de los gastos generados ante el FOSYGA o, en el caso del régimen subsidiado, la entidad territorial correspondiente¹⁰. A pesar del establecimiento de las exclusiones explícitas, el sistema le ha dado a este servicio el tratamiento de aquellos que no se financian con cargo a la UPC y, por tanto, habrán de ser recobrados al fondo o autoridad territorial correspondiente.

Se destaca que de conformidad con la interpretación dada por esta Corte a la Ley 1751 de 2015, estatutaria del derecho fundamental a la salud, en la Sentencia C-313 de 2014, la administración cuenta con la carga de desarrollar el sistema de salud como uno de naturaleza de exclusiones en virtud del que todo aquello que no se encuentre explícitamente excluido, se halle incluido.

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 requieren¹¹. 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 vínculos¹².

que se hizo del servicio de cuidador que fue solicitado y que tomó sustento en la consideración de la accionada de que dicho servicio debe ser proporcionado por el núcleo familiar del afiliado.

Al respecto, la sala determinó que el servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación que atienda directamente al restablecimiento de la salud, razón por la cual no debe ser, en principio, asumida por el sistema de salud. No obstante, la Sala concedió el amparo deprecado pues reconoció que si bien el deber de cuidado de un pariente enfermo es principalmente de la familia, de manera subsidiaria puede constituirse en una obligación que se imponga en cabeza de la sociedad y del Estado, quienes deben acudir a su ayuda y protección cuando la familia no pueda asumirlo.

⁷ Ver, entre otras, las Sentencias-154 de 2014 y T-414 de 2016.

⁸ De conformidad con la Resolución No 3951 del 31 de agosto de 2016, estos servicios corresponden a aquellos que “*si bien no pertenece[n] al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad.*”

⁹ Contenido que no fue alterado con la expedición de la Resolución 532 del 22 de febrero de 2017.

¹⁰ Normativa que debe ser leída en concordancia con lo dispuesto en la Resolución 5928 del 30 de noviembre de 2016.

¹¹ En Sentencia T-414 de 2016 se expresó por la Corte que: “*el servicio de cuidador no [es] en estricto sentido una prestación que deban suministrar las EPS, pues se trata principalmente de una función que no demanda una idoneidad o entrenamiento en el área de la salud, en tanto está más vinculada al socorro físico y emocional a la persona enferma, por lo cual es una tarea que corresponde, en primera instancia, a los familiares –en virtud del principio de solidaridad– o, en su ausencia, al Estado.*”

¹² Es de destacar que adicionalmente en Sentencia T-154 de 2014 se reconoció que “*los deberes que se desprenden del principio de la solidaridad son considerablemente más exigentes, urgentes*

La familia, entendida como institución básica de la sociedad¹³, 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.

En Sentencia T-801 de 1998, se expresó que: “*En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir mas allá de las desavenencias personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)*”.

Para esta Corte, los deberes de solidaridad descritos no obligan a los miembros del núcleo familiar, esto es, los primeros llamados a ejercer la función de cuidadores, a sacrificar definitivamente el goce efectivo de sus derechos fundamentales en nombre de las personas a quienes deben socorrer, pues no se estima proporcionado exigirles que, con independencia de sus circunstancias particulares, deban asumir obligaciones cuyo cumplimiento les resulta imposible.¹⁴

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 Estado¹⁵.

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 servicio¹⁶.

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)”.

¹³ Artículo 5 de la Constitución Política de Colombia.

¹⁴ Ver, entre otras, las Sentencias T-782 de 2013, T-154 y T-568 de 2014, T-096 y T-414 de 2016, así como la T-208 de 2017.

En específico, a la luz de la Sentencia T-096 de 2016 se tiene que: “*es claro que no siempre los parientes con quien convive la persona dependiente se encuentran en posibilidad física, psíquica o emocional de proporcionar el cuidado requerido por ella. Pese a que sean los primeros llamados a hacerlo, puede ocurrir que por múltiples situaciones no existan posibilidades reales al interior de la familia para brindar la atención adecuada al sujeto que lo requiere, a la luz del principio de solidaridad, pero además, tampoco la suficiencia económica para sufragar ese servicio. En tales situaciones, la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado.*”

¹⁵ En Sentencia T-414 de 2016 se indicó que: “*aunque en principio las entidades promotoras de salud no son las llamadas a suministrar el servicio de cuidador en mención, se han contemplado **circunstancias excepcionalísimas** que deben ser examinadas con el máximo de precaución para determinar la necesidad de dicho servicio, a saber: **(i)** si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional, **(ii)** el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y **(iii)** la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.”(negritas fuera del texto original)*

¹⁶ Ver, entre otras, las Sentencias T-782 de 2013, T-154 y T-568 de 2014, T-096 y T-414 de 2016, así como la T-208 de 2017.

Esta Corte En Sentencia T-208 de 2017 resolvió la situación jurídica de tres personas, entre las que es posible distinguir la del señor Carlos David Osorno, quien, por las patologías que lo afectaban, era absolutamente dependiente de su hermano. Por su parte, este último solicitó a la accionada le otorgaran atención domiciliaria, pues aducía no contar con la posibilidad de prestar

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.

4.4. En conclusión, respecto de las atenciones o cuidados que pueda requerir un paciente en su domicilio, se tiene que: **(i)** en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiere de una orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente, sin que el juez constitucional pueda arrogarse dicha función so pena de exceder su competencia y ámbito de experticia; y **(ii)** en lo relacionado con la atención de cuidador, esta Corte ha concluido que se trata de un servicio que, en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este se encuentra materialmente imposibilitado para el efecto, se hace obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado”.

CASO CONCRETO

Vulneración de Derechos Fundamentales Invocados

La acción de tutela se encamina a obtener a favor de la señora HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA la prestación del servicio de cuidador 24 horas, pese a no contarse con orden médica que prescriba dicho servicio, argumentando la accionante que ella es una mujer de 71 años, que por lo avanzado de su edad y padecimientos de salud se le imposibilita hacerse cargo del cuidado diario de su señora madre, una mujer de 105 años que padece de hipotiroidismo, hipertensión, anomalías en la marcha y la movilidad e incontinencia urinaria.

Por su parte la Entidad accionada arguye que el servicio de cuidador domiciliario no hace parte del ámbito de la salud y en consecuencia no está a cargo de la EPS sino de la familia como un deber constitucional de solidaridad y protección, para lo cual relaciona unos ítems de funciones que cumple un cuidador y un auxiliar de enfermería, para indicar que existe diferencia entre uno y otro, puntualizando que lo que la paciente requiere es un cuidador domiciliario ya que necesita ayuda en sus actividades cotidianas como comer, vestirse, bañarse y tener compañía y este servicio no hace parte del plan obligatorio de salud, no se dan los requisitos excepcionales para otorgar el servicio y no se evidencian órdenes médicas que sustenten lo solicitado en la acción de tutela.

Pues bien, trazada la controversia en los anteriores términos, en lo atinente a la prestación del servicio de cuidador domiciliario, si bien no cabe duda de que aquellos no pueden considerarse como servicios médicos, tal como lo advierte NUEVA EPS, la Honorable Corte ha manifestado que dichos elementos inciden propia y directamente en la salud y la vida digna de los pacientes que los requieren.

por sí mismo las atenciones que su hermano requiere, ni, por sus condición económica, de contratar su prestación por un tercero.

Al respecto, la Corte consideró pertinente conceder el amparo impetrado y ordenar se suministre el servicio de cuidador domiciliario requerido, pues se consideró que “ (i) la vida o integridad personal se ven amenazadas o vulneradas en la medida que no puede valerse por sí mismo; (ii) este servicio no puede ser sustituido por otro; (iii) la persona y su grupo familiar carecen de recursos para sufragar los costos del cuidador; y (iv) si bien el servicio que se requiere no fue prescrito por un médico adscrito a la EPS, se trata de un hecho notorio”.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, la Corte Constitucional en la sentencia T-065 de 2018 se estableció lo siguiente:

“Para esta Corte, los deberes de solidaridad descritos no obligan a los miembros del núcleo familiar, esto es, los primeros llamados a ejercer la función de cuidadores, a sacrificar definitivamente el goce efectivo de sus derechos fundamentales en nombre de las personas a quienes deben socorrer, pues no se estima proporcionado exigirles que, con independencia de sus circunstancias particulares, deban asumir obligaciones cuyo cumplimiento les resulta imposible.

*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”.

Es así, que frente al cumplimiento de los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en el presente caso, se tiene que: **(i) existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales:** La señora HORTENCIA GONZÁLEZ DE AMAYA es una mujer de 105 años de edad que presenta entre otros los diagnósticos de: hipotiroidismo, hipertensión, anormalidades en la marcha y la movilidad e incontinencia urinaria (folio 17), por lo que requiere cuidado para su aseo personal, ingesta de alimentos, y cuidado personal, tal como lo concluye la EPS en la respuesta a la tutela. **ii) ...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:** en cuanto a las condiciones físicas y el estado de salud de la actora como hija de la accionante y quien ostenta su cuidado, se tiene que la señora HORTENCIA AMAYA DE SÁNCHEZ es una mujer de 71 años de edad, con diagnóstico de artrosis (folio 19), a quien se califica en la historia clínica de PROJECTION LIFE como cuidador NO APTO (FL. 13), por lo que su entrenamiento o capacitación sería infructuoso, dado que, se itera, no cuenta con las condiciones físicas para asumir el cuidado que requiere su señora madre.

Así mismo, en cuanto a la configuración de la imposibilidad material del núcleo familiar de la paciente HORTENCIA GONZÁLEZ DE AMAYA, si bien es cierto los llamados a ejercer la función de cuidado son sus familiares, en el presente caso se ha puesto de presente que la señora HORTENCIA GONZÁLEZ DE AMAYA es viuda, tuvo 5 hijos de los cuales uno actualmente es fallecido y los otros cuatro oscilan entre las edades de 71 y 78 años, siendo que tres de ellos además de su avanzada edad, residen uno en Venezuela y dos en el municipio de Lebrija, situación que por obvias razones les imposibilita estar al frente de los cuidados

RADICADO: 2019-0067

ACCIONANTE: HORTENCIA AMAYA DE SÁNCHEZ agente oficiosa de HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA.

ACCIONADO: NUEVA EPS

que su progenitora requiere; siendo así que la paciente tan solo convive con su yerno, un hombre de 76 años y su hija HORTENCIA AMAYA DE SÁNCHEZ quien no cuenta con las condiciones físicas para brindarle a su señora madre los cuidados óptimos que requiere, debido a su avanzada edad, pues tiene 71 años y además padece de artrosis (folio 19), resultando no apta para su cuidado tal como se lee en la historia clínica de 9 de diciembre de 2020 suscrita por el medico IVAN ZNAIDER OCHOA CADENA.

Conforme a lo anterior, esta Juzgadora considera que la señora HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA efectivamente requiere de cuidados relativos a su aseo personal, alimentación, vestido, cambio de posición, soporte de desplazamiento y cuidados para evitar escaras, entre muchos otros, y, con ocasión a las patologías que la afectan, no cuenta con la posibilidad de procurárselos por sí misma, siendo que en relación con la capacidad de su núcleo familiar de otorgarle dichos cuidados, se tiene que físicamente se encuentran incapacitados para el efecto, en cuanto **(a)** la hija de la paciente es una mujer de 71 años, que por lo avanzado de su edad ha desarrollado quebrantos de salud, padece de artrosis y ha sido calificada como no apta para su cuidado. **(b)** el otro miembro del núcleo familiar es su yerno, un hombre de 76 años que producto de su mesada es el sustento del hogar, pero que al igual que la aquí accionante se encuentra en imposibilidad física dada su avanzada edad, de procurarle a la paciente los cuidados básicos que requiere. Adicionalmente, **(iii)** se evidencia que la accionante y su familia no cuentan con la capacidad económica para sufragar con recursos propios el costo de un cuidador domiciliario, pues como lo expresó la propia NUEVA EPS, la señora HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA es afiliada cotizante en su calidad de pensionada, categoría A, es decir que su mesada pensional corresponde tan solo a UN SMMLV, ingresos con los cuales soporta sus necesidades básicas y se arguye falta de capacidad económica de su grupo familiar, aspecto que no fue debatido por la entidad accionada.

En conclusión, este Juzgado decide conceder el amparo constitucional invocado, en relación con el servicio de cuidador por 24 horas de lunes a domingo, aun sin orden médica, ya que se advierte la necesidad del servicio, pues se considera indispensable a fin de permitirle a la accionante superar el estado de indefensión en que se encuentra en cuanto a la atención de sus necesidades básicas de aseo, alimentación vestuario y cuidado personal, brindando de esta manera garantía a su derecho de especial protección constitucional, dada su avanzada edad, e igualmente tutelando sus derechos a la salud, la integridad física y la vida en condiciones dignas.

Ahora bien, al tratarse de exclusiones del POS, la EPS podrá recobrar ante el ADRES en los términos de ley y sin que sea necesaria orden expresa en éste proveído, por lo que no resulta necesario pronunciamiento al respecto por parte del juez constitucional. (actualmente art 73 de la ley 1753 de 2015 y artículo 62 de la resolución 1885 de 2018).

Finalmente, se desvinculará de la presente acción a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, CLÍNICA FOSCAL y PROJECTION LIFE por no observarse vulneración de derecho fundamental alguno de su parte.

RADICADO: 2019-0067

ACCIONANTE: HORTENCIA AMAYA DE SÁNCHEZ agente oficiosa de HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA.

ACCIONADO: NUEVA EPS

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONCEDER la tutela instaurada por la señora HORTENCIA AMAYA DE SÁNCHEZ en favor de su progenitora, la señora HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA en contra de la NUEVA EPS, por las razones consignadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de la NUEVA EPS, o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y suministre a la señora HORTENSIA GONZÁLEZ DE AMAYA servicio de cuidador a domicilio veinticuatro (24) horas diarias de lunes a domingo, a fin de atender todas las necesidades básicas que la señora HORTENCIA AMAYA DE SÁNCHEZ no puede realizar debido a su edad y los padecimientos de salud propios de la misma, tal como quedó establecido en la parte motiva de este proveído, pudiendo hacer el respectivo recobro ante el ADRES en los términos de ley, sin necesidad de orden en el presente proveído.

TERCERO: DESVINCULAR de la presente acción a ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, CLÍNICA FOSCAL y PROJECTION LIFE por no observarse vulneración de derecho fundamental alguno de su parte.

CUARTO: El desacato a lo ordenado en esta sentencia se sancionará con arresto al igual que se investigará y sancionará penalmente por fraude a resolución judicial, según lo previsto en los artículos 52 y 53 del decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Dispóngase la notificación de este fallo a las partes interesadas, en forma inmediata y por el medio más expedito, informándosele igualmente que cuentan con tres (3) días hábiles para presentar recurso de Impugnación de que trata el artículo 31 del decreto 2591 de 1991, y de no ser impugnado envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

La juez,



ANA JOSEFA VILLARREAL GÓMEZ