



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL

SENTENCIA DE TUTELA

Bucaramanga, nueve (09) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Procede el despacho a proferir sentencia dentro del presente asunto, a términos del artículo 22 del Decreto 2591 de 1991, previo los siguientes,

I. ANTECEDENTES

NELLY MATEUS VALERO, formuló acción de tutela, por considerar que la entidad accionada ha vulnerado los derechos fundamentales de PEDRO MATEUS, con base en los siguientes hechos:

- Refiere que el señor PEDRO MATEUS, tiene 88 años, y se encuentra afiliado al régimen subsidiado en la NUEVA EPS.
- Señala que el señor MATEUS, es un sujeto de especial protección en razón a su edad y a quien le fue diagnosticado HIPOTIROIDISMO, FIBRILACIÓN ARTICULAR PORTADOR DE MARCAPASO y CEGUERA BILATERAL, los cuales han afectado gravemente su estado de salud y le han impedido continuar de manera autónoma su actividad física habitual.
- Anuncia que el agenciado, convive con su esposa quien actualmente tiene 86 años de edad y cuenta con múltiples patologías que le impiden ser su cuidador para las necesidades básicas.
- Destaca que el 17 de mayo de 2022, en visita domiciliaria la trabajadora social procedió a emitir un concepto en el cual textualmente solicitaba el servicio de cuidador domiciliario 12 horas de lunes a domingo, sin que a la fecha la EPS haya procedido a suministrar dicho servicio.

II. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Aduce la parte actora que la entidad accionada, se encuentra vulnerando los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, del agenciado por lo que solicita se ordene a la NUEVA EPS de manera inmediata autorizar y suministrar el servicio de CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS, de lunes a domingo, asimismo solicita se conceda el tratamiento médico integral en relación con las patologías que padece el señor Pedro Mateus.

III. ACTUACION PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida en providencia del 25 de octubre del año en curso, en la cual se dispuso notificar a la NUEVA EPS, con el objeto que se pronunciará acerca de cada uno de los hechos referidos en el escrito constitucional, de igual forma se ordenó vincular a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

IV. CONTESTACION A LA TUTELA

- **NUEVA EPS**

Indica que, verificado el sistema integral, se advierte que la accionante se encuentra activo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo, en calidad de beneficiario categoría A. También informa que no existe orden médica para el suministro de auxiliar de enfermería y/o cuidador, por lo que solo son pretendidos en forma unilateral por la parte accionante, sin consideración de la lex artix de los galenos, de igual manera, precisa que la Jurisprudencia constitucional ha señalado de manera enfática que el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio.

Asimismo, agrega que el servicio de cuidador domiciliario, se encuentra incluido en el Plan de Beneficios en Salud, que debe ser asumido por las EPS siempre y cuando este cuente con las siguientes subreglas: (i) que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y (ii) que de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar, en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, como se ha venido reiterando en el escrito de contestación, NUEVA EPS no tiene la obligación de asumir gastos respecto del mero cuidado personal del paciente, pues es una tarea que debe ser realizada por un familiar de acuerdo al principio de solidaridad, máxime cuando para el efecto no se requieren conocimientos en medicina o en tratamiento de pacientes en situación de postración, ello porque en el caso en particular, lo que el paciente necesita es ayuda con las cosas cotidianas, como comer, vestirse, bañarse, etc.

En lo que respecta al tratamiento integral, señala que éste se brinda por parte de la entidad de acuerdo con las necesidades médicas y la cobertura del Plan Obligatorio de Salud; así misma manifiesta que la acción de tutela no es procedente para la protección de hechos inciertos y futuros por no existir violación de derechos fundamentales actuales e inminentes, no siendo dable entonces al juez de tutela emitir órdenes para protegerlos ya que no han sido amenazados o violados, pues con ello se desbordaría su alcance y además se incurriría en el error de obligar por prestaciones que aún no existen, por ende, aboga por la taxatividad del fallo de tutela.

Finalmente, esta entidad, solicita se deniegue por improcedente la presente tutela al no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura, e indica que

respecto al servicio de CUIDADOR DOMICILIARIO no se evidencia radicación en el sistema de salud, ni ordenes medicas que prescriban dichos servicios por galenos tratantes adscritos a la red de salud de NUEVA EPS.

De manera subsidiaria y en caso de ser concedida la acción constitucional, pide que se adicione en la parte resolutive del fallo, la FACULTAD de reembolso y ordene expresamente a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES pagarle todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de insumos.

- **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**

Frente al caso en concreto, señala que, de acuerdo con la normativa vigente, la prestación de los servicios en salud es función de las EPS´S y no del ADRES, situación que configura una falta de legitimación en la causa por pasiva, pues la vulneración de derechos fundamentales no es atribuirle a dicha entidad. No obstante, lo anterior, advierte que las EPS´s tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de sus afiliados, sin que puedan en ningún caso dejar de prestarla, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo la vida o salud de sus afiliados.

También advierte que cualquier pretensión relacionada con el “reembolso” de valores de los gastos en que incurra la EPS constituye una solicitud antijurídica, pues a partir de la promulgación de las Resoluciones 205 y 206 de 2020, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS´S o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y no se encuentren excluidos de acuerdo con el artículo 15 de la ley 1751 de 2015; de modo que, los servicios que anteriormente era objeto de recobro quedaron a cargo absoluto de las EPS´S, advirtiendo que la entidad ya transfirió a aquéllas, incluida la accionada, un presupuesto máximo con tal finalidad y a fin de suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos, asegurando la disponibilidad de éstos para garantizar de manera efectiva, oportuna e ininterrumpida los servicios de salud.

Así las cosas, solicita se niegue el amparo tutelar frente a dicha entidad y se le desvincule de la acción constitucional. Igualmente, que se abstenga el despacho de pronunciarse respecto de la facultad de recobro, como también de vincularla en siguientes oportunidades por asuntos relacionados con la prestación de servicio.

Finalmente, solicita modular las decisiones proferidas, en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, con cargas que se impongan a las entidades accionadas, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan del ámbito de salud y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación de la misma.

V. CONSIDERACIONES

1. De la competencia

Es competente este despacho judicial, para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia con fundamento en el artículo 86 de la C. P., en armonía con las normas contenidas en el Decreto 2591 de 1991.

2. De la legitimación y procedencia de la acción de tutela

2.1. Legitimación por activa

Determina el artículo 86 de la Constitución Política que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona a fin de reclamar la protección de sus derechos fundamentales, o de quien no pueda ejercer su propia defensa. En esta ocasión NELLY MATEUS, en calidad de agente oficioso de PEDRO MATEUS, solicita se amparen las prerrogativas constitucionales a la salud y a la vida en condiciones dignas, del precitado por tanto, se encuentra legitimada.

2.2. Legitimación por pasiva

NUEVA EPS, es una entidad particular, que presta el servicio público de salud, por lo tanto, de conformidad con el numeral 2° del artículo 42 del Decreto 2591 se encuentra legitimada como parte pasiva, al imputarle responsabilidad en la presunta vulneración de derechos fundamentales que invoca el accionante, EPS a la cual se encuentra afiliado el señor PEDRO MATEUS.

3. Problema Jurídico

¿Determinar si se vulneran los derechos fundamentales en cabeza del señor PEDRO MATEUS, por parte de la entidad accionada, respecto de no autorizar y suministrar el servicio de CUIDADOR DOMICILIARIO 12 horas diurnas durante 12 meses, prescrito por su médico tratante?

De igual manera se deberá establecer si se cumplen con las subreglas establecidas por la Corte Constitucional, para acceder a la pretensión de tratamiento integral.

4. Marco Jurisprudencial

4.1. De la acción de tutela

El artículo 86 de la Carta Política de Colombia, prevé que toda persona tendrá derecho a presentar acción de tutela, con el fin de reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en 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, o por quien preste servicios públicos.

En términos del artículo 86 constitucional, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales

de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares¹, vulnera o amenaza tales derechos constitucionales².

Este mecanismo privilegiado de protección, es, sin embargo, residual y subsidiario.³, en concordancia con el artículo 6to. del Decreto 2591 de 1991, sólo procede la acción de tutela cuando (I) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la acción de tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados, o (II) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados,⁴ o (III) cuando existiendo el medio idóneo alternativo de defensa judicial, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁵ a los derechos fundamentales.

4.2. Derecho a la Salud de sujetos de especial protección constitucional.

El derecho fundamental a la salud ha sido definido por la Corte Constitucional como: *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.”*

Esta concepción vincula el derecho a la salud con el principio de la dignidad humana, toda vez que *“responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales.”*

La garantía del derecho fundamental a la salud está dirigida a mantener la integridad personal y una vida en condiciones dignas y justa. En consecuencias existen circunstancias que necesariamente ameritan el suministro de insumos, medicamentos e intervenciones, que a pesar de no estar contemplados en el Plan de Beneficios necesitan ser prestados por las EPS, pues de lo contrario, se vulneraría el derecho fundamental a la salud. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho:

“(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema.”

En relación con el derecho a la salud de las personas que hacen parte del grupo de los sujetos de especial protección constitucional, debe tenerse presente que a partir de normas constitucionales como los artículos 13, 44, 46 y 47, se impone mayor celo

¹ En los términos que señala el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

² Corte Constitucional. SU-1070 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³ Ver entre otras las sentencias T-827 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-648 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1089 de 2005.M.P. Álvaro Tafur Gálvis; T-691 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-015 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ Lo que permite que la acción de tutela entre a proteger de manera directa los derechos presuntamente vulnerados.

⁵ Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-1070 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; SU-544 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-1670 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, y la T-225 de 1993 en la cual se sentaron la primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y la sentencia T-827 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

en el cumplimiento de los deberes de protección y garantía por parte de las autoridades y de los particulares en la atención de las enfermedades o alteraciones de salud que padezcan. Dentro de tales destinatarios se encuentran los niños, niñas y adolescentes, y las personas de la tercera edad.

4.3. Procedencia del servicio de cuidador domiciliario

Sobre el particular, en la Corte Constitucional en sentencia T-423 de 2019, se dijo lo siguiente:

“(…) El suministro del servicio domiciliario de enfermería en el nuevo Plan de Beneficios en Salud y sus diferencias con la figura del cuidador. Reiteración de jurisprudencia⁶.

48. La Resolución 5269 de 2017⁷ se refiere a la atención domiciliaria como una “modalidad de prestación de servicios 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”⁸. De manera puntual, el artículo 26 de la misma resolución establece que esta atención podrá estar financiada con recursos de la UPC, siempre que el médico tratante así lo ordene para asuntos directamente relacionados con la salud del paciente.

49. En consecuencia, la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, que debe ser asumido por las EPS siempre: (i) que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y (ii) que de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar⁹, en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud en virtud de la jurisprudencia no tiene la obligación de asumir dichos gastos¹⁰.

50. Así, para que las EPS asuman la prestación de la atención domiciliaria, esta Corporación ha sido clara en señalar 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”¹¹. Por ende, el juez de tutela no puede arrogarse las facultades de determinar la designación de servicios especializados en aspectos que le resultan por completo ajenos a su calidad de autoridad judicial, que, por la materia, están sujetos a la lex artis¹².

Ahora bien, la jurisprudencia ha diferenciado entre dos categorías diferentes, en atención al deber constitucional de proteger la dignidad humana: los servicios de enfermería y los de cuidador, en donde los primeros se proponen asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente y los segundos, se encuentran orientados a brindar el apoyo físico necesario para que una persona pueda desenvolverse en sociedad y realizar las actividades básicas requeridas para asegurarse una vida digna, en virtud del principio de solidaridad.

⁶ Las siguientes consideraciones se basan en lo expuesto en las Sentencias T-196 de 2018 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, T-644 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-510 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁷ “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

⁸ Artículo 8º, numeral 6º de la Resolución 5269 de 2017.

⁹ Sentencia T-226 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁰ Textualmente, el artículo en comento dispone que: “Atención domiciliaria. La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está financiada con recursos de la UPC en los casos que considere pertinente el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Esta financiación está dada solo para el ámbito de la salud.

PARÁGRAFO: En sustitución de la hospitalización institucional, conforme con la recomendación médica, las EPS o las entidades que hagan sus veces, serán responsables de garantizar que las condiciones en el domicilio para esta modalidad de atención, sean las adecuadas según lo dispuesto en las normas vigentes”.

¹¹ Sentencia T-345 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa.

¹² Sentencia T-226 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Al respecto, la **Sentencia T-154 de 2014** determinó que el servicio de cuidador: (i) es prestado generalmente por personas no profesionales en el área de la salud; (ii) a veces los cuidadores son familiares, amigos o sujetos cercanos; (iii) es prestado de manera prioritaria, permanente y comprometida mediante el apoyo físico necesario para que la persona pueda realizar las actividades básicas y cotidianas, y aquellas que se deriven de la condición médica padecida que le permitan al afectado desenvolverse adecuadamente; y (iv) representa un apoyo emocional para quien lo recibe¹³.

51. En efecto, en virtud del principio de solidaridad, este apoyo necesario puede ser brindado por familiares, personas cercanas o un cuidador no profesional de la salud¹⁴. La Corte ha señalado, de hecho, que el servicio de cuidador no es una prestación calificada cuya finalidad última sea el restablecimiento de la salud de las personas, aunque sí es un servicio necesario para asegurar la calidad de vida de ellas. En consecuencia, responde al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho e impone al poder público y a los particulares, determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos¹⁵.

52. En el caso de los familiares, la Corte ha destacado que se trata de un cuidado y función, que debe ser brindado en primer lugar por estos actores, salvo **que estas cargas resulten desproporcionadas para la garantía del mínimo vital de los integrantes de la familia**. Es decir, el deber de cuidado a cargo de los familiares de quien padece graves afecciones de salud no puede atribuirse un alcance tal “que obligue a sus integrantes a abstenerse de trabajar y desempeñar las actividades que generen los ingresos económicos para el auto sostenimiento del núcleo familiar, pues esto a su vez comprometería el cuidado básico que requiere el paciente”¹⁶.

Para esta Corporación, a la luz de la **Sentencia T-096 de 2016**: “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.”¹⁷

53. En el mismo sentido, la **Sentencia T-414 de 2016** de la Corte determinó que existen circunstancias excepcionalísimas en las que, a pesar de que las EPS no deben suministrar el servicio de cuidador en comento, se requiere en todo caso dicho servicio, y en consecuencia se debe determinar detalladamente si puede ser proporcionado o no. Dichas circunstancias son: “(i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional de sus familiares, (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.”¹⁸.

A modo de reiteración, en la **Sentencia T-065 de 2018**, esta Corporación reconoció la existencia de eventos excepcionales en los que: (i) es evidente y clara la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) el principal obligado, -la familia del paciente-, está “**imposibilitado materialmente** para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga a la sociedad y al Estado”¹⁹, quien deberá

¹³ Sentencia T-154 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁴ Sentencia T-226 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Sentencia T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁷ Sentencia T-096 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁸ Sentencia T-414 de 2016 M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁹ Sentencia T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

asumir solidariamente la obligación de cuidado que recae principalmente en la familia.

Dijo esa providencia, que la “imposibilidad material” del núcleo familiar del paciente que requiere el servicio²⁰ ocurre cuando este: “(i) no cuenta 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**²¹; (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”²².

54. En consideración a tales requerimientos, la **Sentencia T-458 de 2018**²³ se abstuvo, por ejemplo, de conceder el apoyo del cuidador en mención a una persona que lo solicitaba, ya que no se probó debidamente la incapacidad física o económica por parte de la familia del accionante. En efecto, aunque se trataba de un señor de 72 años de edad con demencia vascular no especificada, obesidad, trastorno afectivo bipolar, Parkinson, artrosis generalizada, diabetes tipo 2 y problemas urinarios, a quien la EPS no autorizó el servicio de cuidador a pesar de haber sido ordenado por el médico tratante, la Corte negó dicha pretensión y ordenó la capacitación por parte de la EPS a la persona que se designe como cuidador, por cuanto: (i) el agenciado percibía ingresos por \$1'700.000, de los cuales solo destinaba \$600.000 para pagar una deuda bancaria; (ii) la agente oficiosa en dicha ocasión, no convivía con el agenciado, por lo que no había certeza de que ella tuviera que dedicarse a su cuidado todos los días de la semana y que dicha circunstancia, le impidiera trabajar; y (iii) quien figuraba en la historia clínica como acudiente no era la agente oficiosa, sino la esposa del agenciado, de quien no se adujo ni probó alguna circunstancia específica que le impidiera asumir su cuidado.

55. En consecuencia, es claro que el servicio de cuidador únicamente se otorga en casos excepcionales en los que sea evidente la configuración de los requisitos citados. **En tales circunstancias, el juez constitucional tiene la posibilidad, al no tratarse de un servicio médico en estricto sentido, de trasladar la obligación que en principio le corresponde a la familia, al Estado, para que asuma la prestación de dicho servicio**²⁴.

56. Ejemplo de lo anterior son las **Sentencias T-208 de 2017**²⁵ y **T-065 de 2018**²⁶ de esta Corporación, en las que se protegieron los derechos fundamentales a la salud y vida digna de dos jóvenes de 17 y 25 años con “daño cerebral severo y pérdida de las funciones mentales superiores y mínimas” y “epilepsia generalizada, PC tipo cuadriparesia, retraso mental grave [y] prematuridad extrema”, respectivamente, y se ordenaron a sus EPS brindarles el servicio de cuidador, en atención a su condición de sujetos de especial protección y la imposibilidad de su núcleo familiar de prestarles los cuidados especiales que requieren, y se les dio la posibilidad de recobro ante el ente territorial. En esos casos se cumplían los requisitos indicados de imposibilidad material de sus familias y del deber de proteger la vida digna de los ciudadanos.

57. En este sentido, desde un punto de vista normativo y operativo, el Ministerio de Salud, mediante la Resolución 3951 de 2016, expedida con el propósito de darle cumplimiento al Auto de Seguimiento de la Corte Constitucional A-071 de 2016 y garantizar el acceso oportuno a los servicios y tecnologías en salud no cubiertos por el Plan de Beneficios con cargo a la UPC, definió precisamente en su artículo 3º como servicios o tecnologías complementarias, aquel “servicio que si bien no pertenece al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la

²⁰ 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.

²¹ Subraya fuera del original

²² Sentencia T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

²³ Sentencia T-458 de 2018 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Sentencia T-208 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

²⁶ Sentencia T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad”. Una categoría que parecería describir prima facie, los servicios de los cuidadores enunciados, aunque sin precisarlo de manera expresa.

Sin embargo, con la Resolución 1885 de 2018²⁷ sobre tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y servicios complementarios, quedó claro que la figura que se describe, sí pertenece a este tipo de servicios complementarios, ya que de acuerdo con el numeral 3 del artículo 3²⁸ de la Resolución 1885 de 2018 debe entenderse por cuidador:

“[A]quel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud”.

Es más, el artículo 39 de la referida Resolución 1885, menciona con detalle los distintos requisitos que se deben cumplir para que las EPS asuman los costos de dicho servicio derivados de un fallo de tutela y realicen los recobros que correspondan, sin importar el régimen al que el paciente se encuentre afiliado.

*58. A modo de conclusión, las atenciones o cuidados especiales que pueda requerir un paciente en su domicilio exigen verificar que: (i) en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiera de una orden médica proferida por el profesional de la salud, ya que el juez constitucional no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia; y (ii) **en casos excepcionales derivados de las condiciones particulares del paciente, podrá hablarse de la figura del cuidador, frente a lo que la 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 núcleo se encuentre materialmente imposibilitado para brindar el apoyo permanente, es obligación del Estado suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.** En tales casos, se ha ordenado a las EPS suministrar cuidador para apoyar a las familias frente a las excepcionalísimas circunstancias de sus familiares, **incluso sin tener orden médica, cuando la figura sea efectivamente requerida.** (...)” (Subraya y negrilla fuera de contexto)*

5. Del Caso en concreto

Antes de descender al caso en concreto, ha de indicarse que la señora NELLY MATEUS VALERO, se encuentra plenamente legitimada para promover la acción de tutela de marras, haciendo uso de la figura jurídica denominada agencia oficiosa, pues para esta instancia es evidente que PEDRO MATEUS, en razón a su estado de salud, no está en condiciones de promover su propia defensa.

En el caso concreto, ha de indicarse que de los hechos expuestos en la presente acción constitucional y del recaudo probatorio, se observa que el señor PEDRO MATEUS, tiene 88 años de edad, está afiliado a la NUEVA EPS en el régimen contributivo en calidad de beneficiario, y padece los siguientes diagnósticos HIPOTIROIDISMO, FIBRILACIÓN ARTICULAR PORTADOR DE MARCAPASO y CEGUERA BILATERAL ²⁹.

²⁷ Por medio de la cual se estableció el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPS

²⁸ Artículo 3. Definiciones. Para efectos de la aplicación de la presente resolución, se adoptan las siguientes definiciones: (...) 3. Cuidador: aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud cubierto por la UPC.

²⁹ Ítem 07 Historia Clínica

Así las cosas, cabe resaltar que la EPS accionada, dentro del trámite constitucional procedió a dar respuesta, y ésta argumentó que no ha vulnerado ningún derecho fundamental y que por el contrario ha prestado todos y cada uno de los servicios y/o procedimientos médicos que el usuario ha requerido y que en razón al servicio de cuidador este es responsabilidad del núcleo familiar del paciente de acuerdo al principio de solidaridad, y advierte que no existe radicación en el sistema de salud ni orden médica que prescriba el servicio de cuidador domiciliario, por lo que este servicio es meramente pretendido por la parte accionante.

Frente a lo expuesto por la EPS accionada en el sentido de que el servicio de cuidador para el paciente debe prodigárselo los miembros de su familia, téngase en cuenta que conforme a la jurisprudencia constitucional expuesta líneas atrás, para proveerse dicho servicio mediante tutela debe en primer lugar determinarse si la obligación de brindar el cuidado del paciente permanece en la familia y no se traslada a la E.P.S., para cuyo efecto debe efectuarse el siguiente análisis para determinar su procedencia, en razón a ello se deben comprobar los siguientes requisitos: (i) que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y (ii) que de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar, en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad, al respecto se observa:

- i. En cuanto al primer requisito, se encuentra probado la prescripción médica emitida por el galeno tratante, Dr. Oscar Javier Mendoza Collazos, quien mediante consulta médica realizada el día 27 de mayo de 2022, prescribió el servicio de cuidador domiciliario 12 horas durante 12 meses, asimismo en la orden médica estableció de manera expresa la finalidad de dicho servicio, y dispuso las siguientes observaciones *“ACTIVIDADES: Ayudar al paciente a bañarse, lavarse y vestirse dar comidas de acuerdo a recomendación médica ayudar al paciente a que se mueva o se levante del lecho. cambiar la ropa de cama, administrar medicamentos orales recetados o velar para que los tomen o los apliquen oportunamente, vigilar cualquier señal o indicio de deterioro de la salud del paciente e informar al médico o el servicio pertinente”*, ello en razón al estado de salud que atraviesa el paciente y a quien no le es posible valerse por sí mismo y en pro de su bienestar, es necesario un acompañamiento continuo, documento que obra en el archivo No.007 del expediente digital.
- ii. Frente al segundo requisito, es necesario tener en cuenta las observaciones que realizó el médico tratante en la historia clínica del 27 de mayo del presente año, en donde indica que el paciente es una persona con dependencia funcional severa quien por sus patologías de base efectivamente requiere de acompañamiento para su cuidado personal, diario, el cual está siendo atendido por su cuidadora primaria quien es una adulta de avanzada edad y no puede ejercer su acompañamiento de manera adecuada, así como también las manifestaciones de la señora Nelly Mateus Valero, quien actúa en calidad de agente oficiosa del señor MATEUS, refiere ser la hija del paciente y la encargada de responder económicamente por sus progenitores, quien indica que no cuenta con el tiempo para atender los cuidados básicos de su padre,

pues es quien sustenta los gastos del hogar, y asimismo no cuenta con la capacidad económica para sufragar los gastos de un cuidador.

Así las cosas, en primera medida es claro a partir de la historia clínica que el señor PEDRO MATEUS, dado sus múltiples diagnósticos es una persona con dependencia funcional severa, de tal manera que no puede satisfacer sus necesidades básicas como, realizarse aseo personal ni tampoco alimentarse por sí mismo, requiriendo de un cuidador que le proporcione ayuda y colaboración en todas esas actividades que, por su condición, no puede llevar a cabo por sí solo, actividades que ha venido desempeñando su esposa, siendo ella la encargada de su cuidado pero le ha sido difícil de sobrellevar, pues al ser una adulta mayor con 86 años de edad, su capacidad física se ve disminuida, y si en cuenta se tiene que la única persona que sustenta los gastos del hogar es su hija, tampoco se puede acarrearse a ésta de la responsabilidad de pagar un cuidador, pues véase el escrito allegado a ítem 007 del expediente digital donde la agente oficiosa relaciona sus ingresos y egresos, los cuales son mínimos para subsistir con su núcleo familiar, y el que se dedique a cuidar a su progenitor le implica que no cuente con recursos para cubrir las necesidades básicas de sus padres y de su hogar. Lo anterior significa que el cuidado que implica la enfermedad del agenciado no puede ser asumido en este momento por sus familiares quienes han velado por sus condiciones dignas de salud.

De igual manera, respecto a contratar el servicio de cuidador domiciliario de manera particular, es evidente que el núcleo familiar del actor, no se encuentra en condiciones económicas para sufragar dicho gasto, pues como en líneas precedentes se indicó la hija del accionante y su esposa son quienes están a cargo de los gastos tanto del hogar de sus padres como el de ellos, igualmente se tiene a consideración que el valor de un cuidador por lo menos sería el equivalente al importe de un salario mínimo legal mensual vigente, por lo que con el nivel de ingresos no podrían contratar de manera particular a una persona para que se encargue de los cuidados que requiere el paciente.

Ahora bien, debe resaltarse que el servicio de cuidador se encuentra recientemente prescrito por el médico tratante del paciente, véase que dentro de la historia clínica en el mes de mayo de 2022 se determinó su necesidad y ello se iteró por la trabajadora social en historia clínica del mes de agosto de la cursante anualidad, e igualmente, se evidencia que el cuadro clínico del agenciado indica que es dependiente de manera severa para sus actividades diarias y ello se avizora de la lectura de la historia obrante al archivo 007 del expediente digital, es decir que la necesidad de cuidador está determinada por el galeno tratante adscrito a la EPS, y no como lo manifiesta la entidad accionada que es por capricho de sus familiares.

Con base a lo expuesto, para el despacho es claro que el agenciado, se encuentra en una evidente condición de dependencia y requiere de atenciones que, si bien hacen parte de la vida cotidiana, estas resultan ser indispensables para su recuperación, máxime cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional, que requiere de constantes cuidados y supervisión como lo conceptúa su médico tratante.

Así las cosas, no resulta aceptable que la EPS se excuse en que no le corresponde suministrar el servicio de CUIDADOR DOMICILIARIO, pues en este caso, encuentra el despacho vulnerado los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones

dignas del señor PEDRO MATEUS, por parte de la NUEVA EPS, quien no debe soportar situaciones como la acaecía, para que le sean suministrados los servicios de salud que requiere y que por ley recae como se ha reiterado a la EPS a la que éste se encuentra inscrito, y teniendo en cuenta que la prestación de este servicio es de vital importancia para llevar una vida digna, de igual forma se tiene que el actor cumple las subreglas de la Corte Constitucional en la reseña jurisprudencial atrás citada, ya que se demostró que tiene alta dependencia de un tercero y requiere de una persona que atienda sus cuidados, pues sus familiares son su esposa de 86 años de edad quien tiene previas limitaciones físicas y se encuentra en un estado de vulnerabilidad que la imposibilitan a estar pendiente de las necesidades de su esposo y su hija es quien trabaja para mantener los gastos mínimos del hogar de sus progenitores y el de ella misma, razón por la cual se evidencia que el agenciado requiere diariamente del cuidado de un tercero y su núcleo familiar no cuenta con la capacidad económica para contratar el servicio de cuidador domiciliario, aunado que fue ordenado por un galeno adscrito a la EPS accionada.

Por consiguiente, se concederá el amparo tutelar de los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas, del señor PEDRO MATEUS, y en consecuencia, se ordenará a la EPS accionada que en el término máximo e improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a autorizar y suministrar un CUIDADOR DOMICILIARIO que deberá asistir al agenciado por 12 horas diarias diurnas de lunes a domingo, en el tiempo ordenado por el galeno tratante en orden medica expedida el 27 de mayo de 2022, advirtiendo que la presente decisión se mantendrá de acuerdo a la prescripción del médico tratante o hasta tanto no exista concepto debidamente fundamentado por un profesional médico que concluya lo contrario, ello en razón de los criterios jurisprudenciales enunciados en la parte considerativa de esta providencia.

Por último, debe señalarse en punto a la pretensión encaminada a que se ordene la atención integral en salud para sus padecimientos, que en el presente caso están dadas las condiciones establecidas por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional para acceder a una pretensión de este último tipo por tratarse de un sujeto de especial protección en razón de su padecimiento de HIPOTIROIDISMO, FIBRILACIÓN ARTICULAR PORTADOR DE MARCAPASO y CEGUERA BILATERAL, y, a la falta e inadecuada prestación de los servicios de salud requeridos por el actor para tales diagnósticos.

En concordancia con lo anterior, este Juzgado ordenará brindar atención integral a PEDRO MATEUS, siendo NUEVA EPS la encargada de suministrar los medios técnicos, científicos, humanos que se tengan al alcance y que se requieran a fin de garantizar efectivamente los derechos tutelados, ello en cuanto a sus diagnósticos de HIPOTIROIDISMO, FIBRILACIÓN ARTICULAR PORTADOR DE MARCAPASO y CEGUERA BILATERAL, según se evidencia en los anexos de la tutela. Todo ello, se reitera, soportado en la condición especial que ostenta el titular de los mismos.

Precisándose que la orden de atención integral se expide, no con el ánimo de salvaguardar derechos futuros e inciertos, sino con el fin de garantizar la continuidad de los servicios de salud y evitar que el usuario se someta a trámites engorrosos cada vez que un servicio médico le sea denegado, pues se resalta que se trata de un sujeto

en condición especial, en esos términos ha sido señalado por la Jurisprudencia Constitucional:

“De igual forma, la jurisprudencia constitucional ha entendido que brindar un tratamiento integral a las personas, y en especial a las que son sujetos de especial protección constitucional, no significa -como lo entienden las entidades prestadoras de salud- una protección en abstracto del derecho a la salud, ni tampoco salvaguardar hechos futuros e inciertos, sino que implica básicamente dos cosas: (i) garantizar continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones por cada servicio que sea prescrito, con ocasión de la misma patología. Así pues, es responsabilidad de las EPS facilitar y garantizar el acceso a todos los exámenes que sean necesarios para evaluar y hacerle seguimiento a la situación en que se encuentre cada paciente, con el fin de determinar los servicios de salud que vayan requiriendo para tratar sus enfermedades”³⁰

Finalmente, se desvinculará a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL, por no evidenciarse de su parte vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante, sumado a que la figura del recobro desapareció del ordenamiento jurídico, conforme con lo dispuesto en artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 y las resoluciones 205 y 206 de 2020.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Bucaramanga**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor **PEDRO MATEUS** quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 2.189.066, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA EPS** que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de este proveído, **AUTORICE Y SUMINISTRE** un CUIDADOR DOMICILIARIO, a favor de **PEDRO MATEUS** quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 2.189.066, por el tiempo ordenado por el galeno tratante en orden médica expedida el 27 de mayo de 2022, servicio que deberá prestarse por doce (12) horas diarias diurnas de lunes a domingo, **advirtiéndolo** que la presente decisión se mantendrá según la prescripción del galeno tratante y hasta tanto no exista concepto debidamente fundamentado por un profesional médico que concluya lo contrario, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a **NUEVA EPS** brindar la atención integral a fin de suministrar los medios técnicos, científicos, humanos que se tengan al alcance y que se requieran a fin de garantizar efectivamente los derechos tutelados al señor **PEDRO MATEUS** quien se identifica con la cédula de ciudadanía 2.189.066, en cuanto a sus diagnósticos de

³⁰ T-110 de 2012

HIPOTIROIDISMO, FIBRILACIÓN ARTICULAR PORTADOR DE MARCAPASO y CEGUERA BILATERAL, por lo cual la EPS en mención, deberá gestionar, autorizar, tramitar y ejecutar, todos los demás medicamentos, cirugías, tratamientos, procedimientos, insumos, entre otros, para lograr el restablecimiento efectivo de su salud, conforme sea prescrito por los médicos tratantes y en desarrollo de los principios de prontitud y celeridad, y una vez se radiquen la ordenes ante esa entidad, en consonancia con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: **DESVINCULAR** a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECRUSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES**, por lo anunciado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Notifíquese esta providencia en la forma prevista en los Arts. 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

SEXTO: Si no fuere impugnado el presente fallo, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el Art. 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

Firmado Por:
Julian Ernesto Campos Duarte
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Civil 024
Bucaramanga - Santander

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0ab8bfa29b4fc5779ee8e1b813a117303962c05737183a7fc95b61197167f19c**

Documento generado en 09/11/2022 11:00:59 AM

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