



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

SENTENCIA DE TUTELA

Bucaramanga, once (11) de enero 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

CECILIA PORRAS DE CASTRO por conducto de apoderado judicial formuló acción de tutela en calidad de agente oficiosa de JOCABETH NIÑO DE PORRAS, por considerar que la EPS accionada ha vulnerado los derechos fundamentales de esta última, con base en los siguientes hechos:

- Refiere que la señora JOCABETH NIÑO DE PORRAS tiene 99 años de edad, padece los diagnósticos ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA (EPOC), INSUFICIENCIA CARDIACA, HIPERTENSIÓN ARTERIAL, HIPOTIROIDISMO, y MOVILIDAD REDUCIDA.
- Señala que la aquí agenciada convivía con su hija, quien le prestaba el cuidado y atención necesaria, sin embargo, en el presente año su hija falleció.
- Aduce que debido a la avanzada edad de su progenitora y su condición de salud, ésta depende totalmente de un tercero para la realización de las actividades básicas como lo es vestirse, comer, trasladarse por sí sola, entre otras.
- Pone de presente que la señora NIÑO DE PORRAS, cuenta con dos hijas de avanzada edad, con graves antecedentes de salud, las cuales no tienen la condición física, ni la capacidad económica para sufragar los gastos que acarrea el servicio de cuidador domiciliario, ya que de no suministrarse, se vería en riesgo el mínimo vital de la señora Jocabeth.

M

- Manifiesta que el estado de salud de la señora JOCABETH NIÑO DE PORRAS, se ha visto deteriorado y la situación se ha vuelto inmanejable física y económicamente, toda vez que no cuenta con parientes cercanos que puedan suministrarle la atención y cuidado que requiere, así como también aduce que el núcleo familiar de su progenitora no cuenta con los recursos económicos suficientes para costear el servicio.

II. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Aduce la actora que la entidad accionada, se encuentra vulnerando los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, a la vida, a la integridad física, al mínimo vital y a la seguridad social de su agenciada, por lo que solicita se ordene a la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A, que autorice y garantice la prestación de un cuidador permanente a la señora JOCABETH NIÑO DE PORRAS.

III. ACTUACION PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida en providencia del 03 de diciembre del 2021, en la cual se dispuso notificar a la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A., para que se pronunciara acerca de cada uno de los hechos referidos en el escrito constitucional, así como también se requirió a la señora CELIS PORRAS DE CASTRO, para que informara de manera detallada sobre la capacidad económica de la señora JOCABETH NIÑO DE PORRAS y su núcleo familiar, igualmente se negó la medida provisional deprecada respecto de autorizar y suministrar el servicio de CUIDADOR DOMICILIARIO, toda vez que no se demostró su necesidad y urgencia, ya que no hay hechos que infieran la ocurrencia de un perjuicio irremediable

IV. CONTESTACION A LA TUTELA

EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A.

Procede a dar respuesta a la acción constitucional a través de su Representante legal para asuntos judiciales, quien manifiesta que el 07 de diciembre de 2021, le fue realizada a la señora Jocabeth Niño de Porras, una valoración médica por visita domiciliaria, de la cual determinó el galeno tratante, que la usuaria se encuentra con una red de apoyo por una de sus

M

hijas y una cuidadora particular, de igual manera, para garantizar el bienestar general de la paciente, le fue programada una consulta de control o de seguimiento por terapia ocupacional domiciliaria, así como también terapias físicas domiciliares, ello a concepto del profesional médico, quien es la persona idónea para ordenar y determinar cualquier servicio de salud que requiera la paciente.

De igual manera señala, que la capacidad económica de la señora JOCABETH NIÑO DE PORRAS, no se encuentra afectada, toda vez que cuenta con un IBC de \$5.665.700, así como también advierte, que la hija de la usuaria quien es la agente oficiosa en el presente trámite constitucional, posee actualmente un inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 300-188651, razón por la cual, a consideración de la entidad, se tiene que la accionante cuenta con suficiente capacidad económica para brindar el servicio como lo ha venido haciendo.

También informa precisa que el servicio de auxiliar de enfermería y/o cuidador domiciliario que refiere para el cuidado personal de un paciente, no hacen parte del ámbito de la salud y por tanto, se encuentran a cargo de la familia en virtud del principio de solidaridad, máxime cuando se denota amplia capacidad económica para asumir el costos de las atenciones no cubiertas con los recursos a la UPC, como es el caso bajo estudio y que de llegar a asumirse afectaría directamente el equilibrio y la fiabilidad financiera del sistema.

En este punto, reitera que la Corte Constitucional, ha señalado que cuando el accionante o su grupo familiar cuentan con capacidad económica para asumir el costo del tratamiento, insumo o medicamento que se encuentre fuera del PBS, no es procedente utilizar la vía de la tutela, toda vez que se denota una auténtica transgresión del deber de solidaridad que exige que los ciudadanos contribuyan en la medida de sus posibilidades al equilibrio financiero del sistema de salud y congestiona la administración de la justicia, en detrimento de quienes merecen realmente la protección eficaz y oportuna de sus derechos constitucionales.

De igual manera, señala que el cuidador es una tarea que debe ser realizada por un familiar, pues 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, pero no para aplicar tratamientos que requieran de conocimientos en la materia, recalcando que es el médico tratante quien es el encargado de definir el manejo más idóneo para los pacientes.

Por lo anterior solicita se deniegue por improcedente la presente acción constitucional porque las funciones de cuidador deben ser asumidas en primer lugar por la familia quien es el cuidador primario, y además por carecer de fundamento legal, toda vez que a la accionante no se le ha vulnerado ningún derecho fundamental, así como tampoco existe amenaza de estos.

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. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela podrá ejercerse personalmente por la persona que considere que se han vulnerado o amenazado sus derechos fundamentales; no obstante, de conformidad con la norma anteriormente descrita, también es procedente la representación, tal como ocurre en los casos en que los padres actúan en representación de los hijos menores o cuando se constituye apoderado judicial. Por igual, es posible agenciar derechos ajenos cuando el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa. En esta ocasión CECILIA PORRAS DE CASTRO, actuando como agente oficiosa de su progenitora, por conducto de apoderado judicial, solicita se amparen las prerrogativas constitucionales a la dignidad humana, a la salud, a la vida, a la dignidad humana, a la integridad física, al mínimo vital y a la seguridad social de JOCABETH NIÑO DE PORRAS, por tanto, se encuentra legitimada.

2.2. Legitimación por pasiva

EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A., es una entidad de carácter 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, además por imputársele responsabilidad en la presunta vulneración de derechos fundamentales que invoca la parte accionante



y ser la EPS a la cual se encuentra afiliada la señora JOCABETH NIÑO DE PORRAS.

3. Problema Jurídico

Determinar si vulnera la EPS accionada, los derechos fundamentales de la agenciada, al no habersele garantizado el servicio de cuidador requerido por la señora JOCABETH NIÑO DE PORRAS.

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

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.

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 en el cumplimiento de los deberes de protección y garantía por parte

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.

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.

4.3. Derecho a la atención integral en salud a las personas de la tercera edad.

La Corte ha enfatizado que los adultos mayores necesitan una protección preferente, debido a las especiales condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran, por lo cual el Estado debe garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención oportuna en salud.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General No. 14 *"reafirma la importancia del enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atención y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad"*.

Dado que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, las entidades prestadoras de salud están obligadas a prestarles la atención médica que requieran, la Corte ha considerado que una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona de la tercera edad cuando niega un servicio, medicamento o tratamiento incluido o excluido del POS, cuya necesidad ha sido determinada por un médico o por la patología que padece resulta evidente.

La protección reforzada se materializa con la garantía de una prestación continua, permanente y eficiente de los servicios de salud que el usuario requiera, lo cual implica, de ser necesario el suministro de medicamentos, insumos o prestación de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

La sentencia T-091 de 2011, ha señaló que el principio de integralidad en la prestación del servicio de salud en los adultos mayores, *"implica el deber de brindar la atención completa en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios. Lo anterior es reforzado por el mandato constitucional de una mayor protección al derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad y la obligación del Estado de garantizar la prestación del derecho a la seguridad social (Art. 13 y 46 CP)."*

La prestación de atención en salud en pacientes de la tercera edad igualmente impone dar aplicabilidad al principio de continuidad, en tanto su inobservancia en personas de avanzada edad con afectación de la salud puede poner en riesgo la vida

4.4. Procedencia del servicio de cuidador domiciliario

Sobre el particular, en la Corte Constitucional en sentencia T-065 de 2018, se dijo lo siguiente:

"(...) 1. 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.⁶

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.⁷

4.3. En relación con la atención de cuidador⁸, 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 salud⁹.

⁶ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 y T-568 de 2014, así como la T-414 de 2016.

⁷ Ibidem.

⁸ 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."

⁹ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 de 2014 y T-414 de 2016.

Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico¹⁰, esta Corte ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado¹¹. Ello, pues propende por garantizar los cuidados ordinarios que el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, y no tiende por el tratamiento de la patología que lo afecta¹². 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"¹³ 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 2016¹⁴ 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 correspondiente¹⁵. 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.

¹⁰ 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*".

¹¹ 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 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.

¹² Ver, entre otras, las Sentencias T-154 de 2014 y T-414 de 2016.

¹³ 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*".

¹⁴ Contenido que no fue alterado con la expedición de la Resolución 532 del 22 de febrero de 2017.

¹⁵ Normativa que debe ser leída en concordancia con lo dispuesto en la Resolución 5928 del 30 de noviembre de 2016.

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 requieren¹⁶. 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 vínculos¹⁷.

La familia, entendida como institución básica de la sociedad¹⁸, 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.¹⁹

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 Estado²⁰.

¹⁶ 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.”

¹⁷ 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 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)”.

¹⁸ Artículo 5 de la Constitución Política de Colombia.

¹⁹ 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.”

²⁰ 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 excepcionallísimas** 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

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 servicio²¹.

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." –Subraya del juzgado-

5. Del Caso en concreto

Antes de descender al caso en concreto, ha de indicarse que la señora CECILIA PORRAS DE CASTRO, se encuentra plenamente legitimada para promover la acción de tutela de marras, haciendo uso de la figura jurídica denominada agencia oficiosa, a través de apoderado judicial, teniendo en cuenta el poder anexo en el expediente y que acompaña el escrito de tutela, por lo que se acreditan las condiciones que la jurisprudencia constitucional ha establecido para ejercer la representación judicial en la acción de tutela, de igual manera, para

imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente."(negrillas fuera del texto original)

²¹ 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 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".

esta instancia es evidente que JOCABETH NIÑO DE PORRAS, en razón a su edad y estado de salud, no está en condiciones de promover su propia defensa.

Continuando con el derrotero propuesto, ha de decirse que de los hechos expuestos en la presente acción constitucional, presentada por la agente oficiosa, se observa que la señora JOCABETH NIÑO DE PORRAS, tiene 99 años, se encuentra afiliada a la EPS SURAMERICANA, padece de los diagnósticos ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA (EPOC), INSUFICIENCIA CARDIACA, HIPERTENSIÓN ARTERIAL, HIPOTIROIDISMO, y MOVILIDAD REDUCIDA.

Cabe resaltar que en la contestación brindada por la EPS accionada, ésta señaló entre otras cosas, que el pasado 07 de diciembre le fue realizada una visita médica domiciliaria a la usuaria, mediante la cual el galeno tratante informó que la paciente se encuentra en compañía de una hija y de una cuidadora particular, por lo cual le prescribió una serie de terapias físicas y ocupacionales domiciliarias, de igual manera, advierte que no existe orden medica respecto al otorgamiento del servicio de CUIDADOR DOMICILIARIO, deprecado por la parte actora, por lo cual determinó como improcedente de antemano por no estar incluido en el PBS.

Pues bien, en cuanto al servicio de cuidador, sea el caso acotar que, conforme a lo señalado en acápite precedente, en principio es la familia de la afiliada la primera obligada moral y afectivamente para proporcionar y sobrellevar el cuidado físico, psíquico o emocional requerido por su familiar, y solo cuando el primer obligado (la familia) se encuentra materialmente imposibilitado de asumirlo, ya por que no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por falta de aptitud para hacerlo dada la edad o una enfermedad o ya, porque carecer de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio, el Estado está obligado a suplir dicha falencia, de modo que, esta Instancia debe analizar si en el presente asunto se cumplen las subreglas jurisprudenciales dispuestas para ordenar este tipo de servicio.

En el caso sub judice, esta Instancia advierte que no están dados los presupuestos para inaplicarse las normas del PBS respecto de las atenciones no incluidas en él, como es el servicio que viene haciéndose mención, y concretamente se advierte que no se configura la subregla referente a que se carece de recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio, lo anterior teniendo en cuenta, que la agenciada cuenta con los recursos monetarios necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio, ello toda vez que con la respuesta ofrecida por la EPS se estableció que su I.B.C es de \$3.640.061, ingreso que



para este estrado es suficiente para su subsistencia, en la medida que supera en creces más de tres salarios mínimos y del cual se presume que es adecuado para solventar sus gastos, así como también permite concluir que la propia afiliada cuenta con la capacidad económica para asumir el costo al que asciende el servicio requerido.

De igual manera, la agente oficiosa, procedió a dar respuesta al requerimiento efectuado por este Despacho Judicial mediante auto admisorio del 03 de diciembre de 2021, tal como consta en los archivos 8 y 11 del expediente digital, documentos en los cuales aduce que la actora cuenta con una pensión por valor de \$3.200.000, y asimismo relaciona los gastos mensuales de la accionante, que ascienden a la suma de \$3.508.679, allegando pruebas que sustentan algunos de los gastos que relaciona en su escrito, es por ello, que se procedió a realizar la operación matemática con los documentos adosadas al expediente (véase archivo No. 11), y lo cual arroja como valor total la suma de \$2.388.709, es decir que de los elementos probatorios allegados por la accionante, no acreditan que con su ingreso mensual no le sea posible asumir el servicio requerido o que el mismo únicamente alcance para satisfacer sus necesidades y gastos básicos, tales como arriendo, alimentación y servicios, así como también, se advierte que si bien su núcleo familiar (cuidador primario) dadas sus condiciones físicas y de salud no pueden atender los cuidados que requiere la señora NIÑO DE PORRAS, la misma cuenta con una empleada doméstica, la cual es la encargada de las labores diarias del hogar, por lo que se itera que la accionante sí cuenta con recursos económicos para sufragar el costo al que asciende el servicio requerido, además que, en su oportunidad fue la misma quien acreditó y relacionó los gastos, pero ello no quiere decir que con solo manifestarlos se deban tener como ciertos, pues la carga probatoria recaía en la agente oficiosa quien debía suministrar la documentación necesaria que demostrará que la señora JOCABETH NIÑO DE PORRAS, no cuenta con la capacidad económica necesaria para sufragar el servicio requerido por medio de esta acción constitucional, lo cual no acaeció, recordando que si bien se trata de una acción de tutela el principio de la carga en el caso específico recae en cabeza de quien alega el hecho y más cuando fue requerido por el Despacho Judicial para tal fin, al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-571-15 afirmó:

“En igual sentido, ha manifestado que: “un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario.”^[15] Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la

verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.

Por otra parte, la Corte en Sentencia T-131 de 2007 se pronunció sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, afirmando el principio "onus probandi incumbit actori" que rige en esta materia, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez, obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho...."

Conforme a lo expuesto anteriormente, es claro para este Despacho Judicial que aunque la accionante no cuente con una red de apoyo por parte de su núcleo familiar en razón a la edad y condiciones de salud de sus hijas, sí cuenta con la capacidad económica para asumir el servicio con sus propios recursos, ello teniendo en cuenta que su ingreso base de cotización alcanza la suma de \$3.640.061, esto es 4 SMMLV, cantidad que supera en demasía los ingresos con la que la mayoría de la población colombiana debe vivir mensualmente y que hacen presumir que a pesar de que sus hijas se encuentren físicamente imposibilitadas materialmente para su cuidado, aquella puede por su cuenta asumir el costo del servicio de cuidador que requiere ante su capacidad económica y la falta de pruebas en el diligenciamiento que la desvirtúen.

Dado lo anterior, el Despacho negará la presente acción constitucional, por no existir vulneración alguna a los derechos fundamentales deprecados por la parte accionante, sin que sea necesario analizar las demás sub reglas dispuestas por la Corte Constitucional en casos como el aquí estudiado, ya que las mismas se deben estructurar en forma conjunta, de manera que faltando una de ellas no se posible acceder al amparo pretendido.

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

FALLA

PRIMERO: **NEGAR** la acción de tutela incoada por **CECILIA PORRAS DE CASTRO** actuando como agente oficiosa de **JOCABETH NIÑO DE PORRAS** contra **EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A.**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: 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,



JULIAN ERNESTO CAMPOS DUARTE
Juez.