



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN
IMPUGNACIÓN DE TUTELA

Pamplona, quince (15) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Magistrado Ponente

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Aprobado por Acta No. 150

Radicado: 54-518-31-87-001-2022-00135-01
Accionante: MARÍA EUGENIA CARVAJAL, agente oficiosa de
MANUEL JOSÉ CARVAJAL DUARTE
Accionada: NUEVA EPS y RED SALUD INTEGRAL IPS S.A.S.

I. ASUNTO

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la agente oficiosa del accionante contra la sentencia proferida el 8 de agosto de 2022 por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, en la acción de tutela de la referencia.

II.- ANTECEDENTES RELEVANTES¹

1. Hechos

La agente oficiosa refirió que:

- 1.1.** El agenciado, el señor MANUEL JOSÉ CARVAJAL DUARTE, se encuentra afiliado al régimen contributivo de la NUEVA E.P.S., recibiendo la prestación del servicio por parte de la RED SALUD INTEGRAL IPS S.A.S.
- 1.2.** El paciente tiene 82 años, con un diagnóstico de “*discopatía dorsal lumbar, ACV, hipertensión arterial, escoliosis, hernia L4, L5, trombosis venosa profunda*”.

¹ Escrito de tutela y anexos a folios 3-36 cuaderno unificado y digitalizado de primera instancia, coincidente con su índice electrónico.

- 1.3. En epicrisis del 17 de mayo de 2022, el galeno tratante generó un plan de manejo médico que incluyó el servicio de cuidador por 8 horas.
- 1.4. El señor CARVAJAL DUARTE es una persona dependiente, incapaz de proveerse su propio cuidado, requiriendo ayuda las 24 horas del día para moverse, alimentarse, tomar medicamentos, realizar terapias y controles, además de necesitar silla de ruedas para su locomoción.
- 1.5. El agenciado carece de familiares y terceros que asuman sus cuidados ya que “(...) *ninguno de sus conocidos o seres cercanos disponen de tiempo o siquiera de capacidad económica para sostener los cuidados las 24 horas del día y los 7 días de la semana*”.
- 1.6. La esposa del agenciado tiene 82 años en condiciones idénticas a la de su pareja, siéndole imposible proveer los cuidados que éste necesita.

2. Pretensiones.

Tutelar los derechos fundamentales a la salud, vida, seguridad social e integridad física; y en consecuencia se ordene a la **NUEVA E.P.S.** y a la **RED SALUD INTEGRAL IPS S.A.S.** i) “(...) *la asignación de un CUIDADOR Y/O SERVICIO DE UNA ENFERMERA DOMICILIARIA para mis cuidados las 24 horas del día y los 7 días de la semana (...)*”, ii) “(...) *asumir todos los costos incluyendo ambulancias, exámenes, medicamentos, hospitalización, cirugías, procedimientos, viáticos, alojamiento, tratamientos asistenciales, terapias y todo lo necesario para la atención integral que ordene el médico tratante (...)*”, y iii) “(...) *prevenga a la entidad accionada para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron merito para conceder la tutela (...)*”.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Admisión

El 26 de julio de 2022 se admitió la tutela² en contra de la **NUEVA E.P.S.** y **RED SALUD INTEGRAL IPS S.A.S. PAMPLONA**; concediéndoles dos (2) días para que se pronunciaran respecto de los hechos y pretensiones planteadas en la acción constitucional; además de haberse citado a la agente oficiosa a diligencia de ampliación de los hechos de la acción de tutela, lo que ocurrió el 2 de agosto

² Folio 37 del cuaderno unificado y digitalizado de primera instancia, coincidente con su índice electrónico.

siguiente al recibirse la declaración de la agenciante referente a los hechos y pretensiones de la tutela³.

2. Contestación de la tutela en lo relevante

NUEVA E.P.S.⁴

Su apoderada especial manifestó que el agenciado se encuentra activo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo, y que han brindado los servicios requeridos de acuerdo a sus competencias y prescripciones médicas.

Con sustento en copiosa jurisprudencia, se opuso al servicio de cuidador domiciliario argumentando que:

“(...) este tipo de servicio -cuidador domiciliario-se refiere para el cuidado personal del paciente, por tanto no hacen parte del ámbito de la salud y en consecuencia no están a cargo de la EPS sino de la familia (en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo), por deber constitucional de solidaridad y la obligación del núcleo familiar de proteger a sus familiares en situación de especial vulnerabilidad.

•De igual forma en el caso de marras no se catalogan los criterios excepcionales para otorgar dicho servicio, y así mismo no se evidencia el soporte de la incapacidad de toda la familia de brindar el cuidado de la paciente.

•Aunado a que es necesario indicar que la incapacidad no es solo física, pues también le asiste a la familia el deber de aportar al cuidado de la paciente.

•Se desconoce la composición de todo el núcleo familiar, las profesiones que ejercen y los ingresos que perciben, como tampoco se informó de los bienes que se encuentran a su nombre, información necesaria para determinar que se encuentran limitados para brindar este servicio.

•Esta situación resulta relevante, toda vez que, por ser una prestación no incluida en el plan de beneficios, es financiada por el estado con los recursos que se destinan al fondo para atención de las personas SIN CAPACIDAD DE PAGO (ADRES), condición que va en contravía del principio de solidaridad del sistema y afecta directamente el equilibrio y la viabilidad financiera de todo el sistema”.

Que en consonancia con los mandatos de la ley estatutaria en salud, el SGSSS garantiza a todas las personas la totalidad de servicios y tecnologías de salud autorizados para la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de las enfermedades, excepcionando aquellos servicios explícitamente

³ Documento orden No. 6 del expediente digitalizado de primera instancia.

⁴ Folios 44- 86 cuaderno unificado y digitalizado de primera instancia, coincidente con su índice electrónico.

excluidos de financiación con recursos públicos, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

Señaló las reglas jurisprudenciales establecidas en torno a la posibilidad de disponer vía tutela el suministro de servicios, insumos o procedimientos excluidos del PBS; para posteriormente aclarar que el servicio de cuidador domiciliario no es de carácter médico, razón por la cual *“(...) 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 (...)”*.

Reiteró in extenso los requisitos establecidos jurisprudencialmente para ordenar vía tutela el servicio de cuidador domiciliario, concluyendo que *“(...) 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 últimas y en lo que incumbe al tópico de la impugnación, solicitó se desestimen las pretensiones encaminadas a lograr el suministro del servicio de cuidador domiciliario toda vez que *“(...) son funciones que deben ser asumidas en primera medida por la FAMILIA, tras no estar contempladas en el ámbito de la salud, máxime que el Servicio de Cuidador Domiciliario NO SE ENCUENTRA DENTRO DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD –PBS, aunado al hecho de que la accionante no aporte orden médica donde se indique la pertinencia en la prestación del servicio solicitado (...)”*.

IV. LA DECISIÓN EN LO RELEVANTE⁵

Culminado el recuento legal y jurisprudencial respectivo y habiéndose superado el examen de procedibilidad, la *a-quo* estableció de entrada que el agenciado funge como un sujeto de especial protección en razón de su avanzada edad y el diagnóstico de patologías que generan un alto nivel de dependencia y cuidado.

Respecto del cuidador domiciliario, analizó las subreglas previstas jurisprudencialmente en torno al asunto, considerando que:

“(...) el señor MANUEL JOSÉ CARVAJAL DUARTE por su condición de salud y edad presenta una evidente condición de dependencia y requiere el

⁵ Folios 92- 108 ibidem.

acompañamiento diario para realizar las actividades básicas ligadas al cuidado personal, como: aseo personal, alimentación, movilidad, toma de medicamentos, y si bien no están relacionadas directamente con el tratamiento de las enfermedades que lo aquejan, es claro que son indispensables y pueden tener injerencia en la estabilidad de su estado de salud, así como, su dignidad humana. Se resalta que el servicio que requiere el paciente es el de cuidador, como lo ordena el médico tratante el cual, en virtud del principio de solidaridad le corresponde asumir a la familia, pues son varios miembros los que componen su núcleo familiar y no presentan imposibilidad alguna para que asumir la prestación requerida, resultando contraproducente trasladar dicha obligación al Estado, cuando es claro que aquel requiere apoyo en los cuidados básicos de la vida diaria, tareas que le corresponden a sus familiares, por ser los primeros obligados, sin que pueda admitirse que sea un tercero o el personal de salud quien deba entrar a suplirlo, para el caso de estudio, sus hijos Eduardo, Luz, Nayibe y María Eugenia, están en condiciones de proveer los cuidados necesarios a su progenitor, como lo han venido haciendo según lo destaca la última en su declaración, y desvirtúan los hechos narrados en la acción de tutela referentes a que se evidencia ausencia o incapacidad de los familiares para proporcionar los cuidados básicos del paciente.

En relación con la exigencia de carencia de recursos económicos para sufragar el costo de contratar un cuidador, el agenciado es de escasos recursos económicos, recibe una mesada pensional de \$477,458 porque está cancelando un crédito, los hijos no tienen las condiciones económicas para ayudar a su padre porque tienen que suplir sus necesidades básicas y aquellos que son comerciantes hasta ahora están recuperándose, puesto que, sus establecimientos fueron afectados por la pandemia, no obstante, como se advierte en precedencia, si bien no cuentan con los recursos para contratar los servicios de un tercero para que le brinde a su familiar las atenciones que requiere, no sucede lo mismo, frente a la obligación de proveerle los cuidados vinculados con el mero cuidado personal que demanda el paciente, como quiera que no presentan incapacidad física alguna para hacerlo, motivo por el cual, la empresa promotora de salud en virtud de la jurisprudencia no tiene la obligación de asumir este gasto.

En ese orden de ideas, en el presente caso, se no encuentran configurados los requisitos mencionados para que la obligación de brindar los cuidados básicos de un paciente se traslade al Estado, por tanto, se negará dicha pretensión objeto de la presente acción constitucional (...)

En consecuencia, denegó el amparo solicitado.

V. LA IMPUGNACIÓN⁶

La parte accionante impugnó el fallo de primera instancia encaminado a que se revoque, sustentando su inconformidad en los siguientes argumentos:

“(...) el juez desestimó los hechos fundamento de la vulneración y no valoró la posibilidad de la asignación por parte de la EPS en el horario fijado por el galeno tratante, esto es 8 horas diarias.

(...) el juzgado logró acreditar que el núcleo familiar y en especial el señor MANUEL JOSE CARVAJAL DUARTE presentan la siguiente condición “el agenciado es de escasos recursos económicos, recibe una mesada pensional de \$477.458 porque está cancelando un crédito, los hijos no tienen las condiciones económicas para ayudar a su padre porque tienen que suplir sus necesidades básicas y aquellos que

⁶Folios 115-120 ibidem.

son comerciantes hasta ahora están recuperándose, puesto que, sus establecimientos fueron afectados por la pandemia (...)”.

Al referirse a los requisitos jurisprudenciales que rodean el asunto de marras y que fueron echados de menos por la juez de primera instancia, señaló que “(...) *que sus hijos no tienen recursos para suministrar un cuidador, que no hay persona que habite las 8 horas requeridas para sus cuidados mientras sus hijos se encuentran laborando, que sus familiares presentan imposibilidad física para suministrar el servicio requerido, primero por no residir algunos en la ciudad de Pamplona, segundo por que (sic) deben laborar tal como se afirma en el escrito y declaración y que su situación económica se vio afectada por pandemia y tercero porque las demás personas presenta un núcleo familiar diferente, tienen hijos menores de edad y la profesión de ama de casa no genera ninguna contraprestación económica que permita pagar los servicios de un cuidador especialista en el tratamiento requerido por mi padre*”.

En últimas solicitó que se conceda el amparo y se ordene a la E.P.S. suministrar el servicio de cuidador por 8 horas, en tanto las otras 16 horas serán asumidas por el núcleo familiar.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Al tenor del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 es competente esta Sala para conocer la impugnación de la acción de tutela formulada por cuanto el fallo recurrido fue proferido por un despacho judicial con la categoría del Circuito, del que esta Corporación es superior funcional.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la decisión de primera instancia que denegó el servicio de cuidador domiciliario desconoce los requisitos establecidos legal y jurisprudencialmente para esos efectos, en concordancia con las particularidades del caso concreto.

3. Solución del problema jurídico.

3.1. Del cuidador domiciliario.

De entrada, es pertinente recordar que el artículo 46 de la Carta Política alude a una red especial de cuidado en beneficio de los adultos mayores, en tanto exige que *"El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia"*.

Es así que por mandato constitucional surge el deber de solidaridad dirigido a garantizar el goce efectivo de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, que se hace más exigente en el caso de los adultos mayores⁷, correspondiéndole en primera medida a la familia y subsidiariamente al Estado y la sociedad promover las condiciones para que la protección de sus garantías se haga efectiva. Sobre el particular, estimó el alto Tribunal mediante sentencia T- 646 de 2007 que *"(...) la Constitución, al enunciar los sujetos obligados a prodigar atención o cuidado a las personas de la tercera edad, señala en una primera instancia a la familia 'en la que los lazos de pertenencia, gratitud, solidaridad, etc., que se presume, se han generado durante la convivencia de sus miembros, la obligan a velar por cada uno de ellos, en especial por aquellos que, dadas sus condiciones especiales, requieran de atención especial (...)"*.

Con todo, el deber de solidaridad de la familia para con sus parientes en situación de vulnerabilidad no es absoluto, pues en ciertos casos la misma puede ser relevada de asumir el cuidado por factores de orden emocional, físico o económico, que la imposibilitan para brindar la atención que la persona requiere⁸.

De esa manera el deber de cuidado en virtud del principio de solidaridad también se extiende al Estado cuando: **(i)** la persona en condición de discapacidad o en situación de debilidad manifiesta se encuentre en estado de abandono y carezca de apoyo familiar⁹, y **(ii)** los parientes del enfermo o adulto mayor no cuenten con la capacidad física, emocional o económica requerida para asumir las obligaciones que se derivan del estado de su ser querido¹⁰. Ello, sin perjuicio de la subsistencia de las obligaciones familiares de auxilio, según las cuales *"(...) la familia no puede desligarse completamente del cuidado y protección que demanda el enfermo, ya*

⁷ Sentencia T-252 de 2017

⁸ Sobre la materia revisar las sentencias T-401 de 1992, T-851 de 1999, T-398 de 2000 y T-1090 de 2004, donde se analizó el deber de solidaridad de la familia frente a los casos donde los sujetos eran enfermos mentales, la Corte estimó excesivo imponerle la carga de asistencia a los parientes, y acudió al deber de solidaridad en cabeza del Estado para garantizar a esos pacientes la protección de sus derechos fundamentales

⁹ T-533 de 1992

¹⁰ Sentencias T-851 de 1999, T-398 de 2000 y T-867 de 2008

que ella debe seguir el proceso de acompañamiento en el tratamiento que requiera el paciente. En efecto, los parientes más cercanos del enfermo guardan la obligación de participar activamente del proceso de recuperación o estabilización, lo que constituye una manifestación del deber de solidaridad y responde fundamentalmente a la necesidad de asegurar que el paciente cuente con todas las condiciones necesarias para recuperar o mantener estable su estado de salud mental. De manera que, aun en caso de que el Estado o la sociedad asuman directamente el cuidado del enfermo, sus familiares deben participar del proceso de alivio como elemento fundamental del tratamiento de la enfermedad, para lo cual es necesaria la coordinación de esfuerzos en aras de que ellos cuenten con la asesoría e información necesarias que les permitan contribuir eficazmente a la mejora o estabilidad de su pariente”¹¹.

Ahora bien, frente a las características del servicio de cuidador la sentencia T-154 de 2014 determinó que el mismo: **(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 recibe.

Así mismo, para el órgano de cierre constitucional 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”¹².*

En el mismo sentido en la sentencia T-414 de 2016¹³ reafirma la Corte Constitucional que existen circunstancias excepcionalísimas en las que, a pesar de

¹¹ Corte Constitucional, T-867 de 2008

¹² Sentencia T-096 de 2016

¹³ Según se advierte en sentencia T-423 de 2019

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”*.

Sobre ese punto, la misma Corporación amplía su postura frente a los eventos que avalan trasladar a la E.P.S. la carga del cuidado domiciliario de un paciente, precisando que:

“(…) 4. La atención domiciliaria es una “modalidad extramural 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 salud y la participación de la familia”[33] y se encuentra contemplada en la última actualización del Plan de Beneficios en Salud (PBS) como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).[34]

25. El servicio de auxiliar de enfermería como modalidad de la atención domiciliaria, según lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, es aquel que solo puede ser brindado por una persona con conocimientos calificados en salud. Es diferente al servicio de cuidador que se dirige a la atención de necesidades básicas y no exige una capacitación especial.^[35] Es importante explicar las características de ambos servicios a la luz de la legislación y la jurisprudencia para comprender cuando cada uno es procedente. (...).

27. En lo que respecta al servicio del cuidador, la jurisprudencia de la Corte destaca que: i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.^[38] ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional 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 ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS.^[39] iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante,^[40] como se explica a continuación.

28. De acuerdo con la interpretación y el alcance que la Corte ha atribuido al artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, esta norma dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido del Plan Básico de Salud, se entiende incluido en éste, razón por la cual debe ser prestado.^[41] En relación con el servicio de cuidador, el tema que se plantea es que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no está expresamente excluido del listado previsto en la Resolución 244 de 2019,^[42] pero tampoco se encuentra reconocido en el Plan Básico de Salud, cuya última actualización es la Resolución 3512 de 2019.

29. Frente a este contexto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: (1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.^[43]

30. En conclusión, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario verificar: (i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y (ii) en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido¹⁴. (Resaltos de esta Sala).

En suma, la hermenéutica planteada por la jurisprudencia, más allá de la inclusión o exclusión del servicio de cuidador domiciliario en el PBS, se ocupa de establecer la extraordinaria posibilidad de trasladar a la E.P.S. la asunción del servicio de cuidador domiciliario, en aquellos casos en los que se acrediten elementos demostrativos de la imposibilidad material del núcleo familiar para asumir la carga que primigeniamente y en virtud del principio de solidaridad les fue impuesta, en procura del bienestar del paciente.

En cuanto a la dificultad material del núcleo cercano al paciente a la que refiere la Corte, se trata de una noción caracterizada a partir de la acreditación de carencias físicas y económicas que por su contundencia inviabilizan la asunción de una obligación adicional, y que en esas condiciones eventualmente podría causar un efecto contrario al perturbar las garantías esenciales del paciente y las de sus familiares.

3.2. Caso concreto.

De entrada, corresponde advertir que esta Sala no encuentra reparo respecto del estudio de procedibilidad efectuado en primera instancia y en consecuencia se acogerán en su totalidad las motivaciones allí expuestas, a las cuales se remite para evitar innecesarias repeticiones.

¹⁴ Corte Constitucional T-015 de 2021.

Aclarado lo anterior, el caso que nos convoca gira en torno a la solicitud de cuidador domiciliario en beneficio del agenciado y que fuera denegado en primera instancia, al considerarse que *“(...) el servicio que requiere el paciente es el de cuidador, como lo ordena el médico tratante el cual, en virtud del principio de solidaridad le corresponde asumir a la familia, pues son varios miembros los que componen su núcleo familiar y no presentan imposibilidad alguna para asumir la prestación requerida, resultando contraproducente trasladar dicha obligación al Estado, cuando es claro que aquel requiere apoyo en los cuidados básicos de la vida diaria, tareas que le corresponden a sus familiares, por ser los primeros obligados, sin que pueda admitirse que sea un tercero o el personal de salud quien deba entrar a suplirlo, para el caso de estudio, sus hijos Eduardo, Luz, Nayibe y María Eugenia, están en condiciones de proveer los cuidados necesarios a su progenitor, como lo han venido haciendo según lo destaca la última en su declaración, y desvirtúan los hechos narrados en la acción de tutela referentes a que se evidencia ausencia o incapacidad de los familiares para proporcionar los cuidados básicos del paciente (...) no obstante, como se advierte en precedencia, si bien no cuentan con los recursos para contratar los servicios de un tercero para que le brinde a su familiar las atenciones que requiere, no sucede lo mismo, frente a la obligación de proveerle los cuidados vinculados con el mero cuidado personal que demanda el paciente, como quiera que no presentan incapacidad física alguna para hacerlo, motivo por el cual, la empresa promotora de salud en virtud de la jurisprudencia no tiene la obligación de asumir este gasto (...)”¹⁵.*

Ante tal panorama, corresponde a esta Sala establecer, si tal como lo avizoró el análisis jurídico efectuado por la juez *A quo*, en el particular no se logran acreditar las condiciones que con suficiencia ha decantado la jurisprudencia constitucional, para admitir eventualmente el traslado de la obligación de asumir el servicio de cuidador domiciliario a la E.P.S, esto es que *“1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible”¹⁶.*

i). Certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio:

La presente acción constitucional involucra los derechos de una persona de 82 años

¹⁵ Fallo disponible en folios 92-108 cuaderno unificado y digitalizado de primera instancia, coincidente con su índice electrónico.

¹⁶ Corte Constitucional, T-015 de 2021

con un diagnóstico de *“Trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía (...) Hipertensión esencial (primaria) (...), Escoliosis no especificada (...), constipación (...), incontinencia urinaria no especificada (...), incontinencia fecal (...), otros traumatismos especificados del hombro y del brazo (...)*”¹⁷.

Obran en el expediente ordenes médicas¹⁸ del 1 de octubre y noviembre de 2021 en las que el profesional de la salud de la I.P.S. SALUD INTEGRAL S.A.S. en consulta médica domiciliaria, receta el servicio de *“Cuidador externo en domicilio x 6 horas diurnas días ordinarios de lunes a sábado (...)*”.

Posteriormente, en consultas domiciliarias del 27 y 29 de diciembre de 2021¹⁹ se evidencia la aplicación por parte del médico tratante de la escala de BARTHEL, resultando en ambas oportunidades con un puntaje de 15 que en la tabla de *“interpretación”* se corresponde a dependencia total.

Finalmente en visita médica domiciliaria²⁰ del 17 de mayo de 2022, se plasma en el historial clínico que el agenciado funge como *“un paciente masculino de 81 años con diagnósticos anotados (...) las lesiones en la columna vertebral han limitado paulatinamente la movilidad del paciente actualmente se encuentra sedestado en silla de ruedas con marcada espasticidad de miembros inferiores y dependencia grave de los familiares, además en los últimos meses ha tenido por esta razón un aumento de la intensidad del dolor sobre todo a nivel crural incontinencia urinaria y fecal que requiere apoyo total de terceros para realizar sus actividades básicas diarias, con Barthel 10”*; disponiendo dentro del plan de manejo *“(...) servicio de cuidador por 8 horas, cantidad: 24, justificación: Horario diurno de lunes a viernes (...)*”.

Los anteriores presupuestos permiten sustentar en primer lugar que se trata el agenciado de una persona de especial protección en razón a su edad, patologías y estado de completa dependencia que demandan su cuidado y atención constante en aras de conservar su estado de salud.

En segundo lugar, resulta plenamente acreditado que el servicio de cuidador domiciliario solicitado en sede de tutela, tiene su causa en una orden emitida por el profesional de la salud que valoró la patología del señor CARVAJAL DUARTE, cuya

¹⁷ Historia clínica de la IPS RED SALUD INTEGRAL, fechada del 17 de mayo hogaño, aportada como anexo del escrito de tutela inicial.

¹⁸ Anexos escritos de tutela citados previamente.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

idoneidad al ser aceptada por el alto Tribunal Constitucional²¹ permite fundar certeza respecto del criterio médico que considera necesario para el tratamiento de su paciente, la asistencia en su domicilio. Convicción que viene reforzada ante la ausencia de controversia por parte de la **NUEVA E.P.S.** respecto de la mentada idoneidad del médico tratante así como frente a la pertinencia de la orden prescrita por el mismo.

ii). Imposibilidad material de la familia.

Sobre el particular la Corte Constitucional alude a impedimentos físicos y económicos, los primeros por cuestiones como la edad, enfermedades u obligaciones económicas que no justifican la asunción de una carga adicional, y los segundos atribuibles a carencia de recursos para costear esa clase de servicios.

En ese contexto, la E.P.S. accionada informa que *“(...) en el caso de marras no se catalogan los criterios excepcionales para otorgar dicho servicio, y así mismo no se evidencia el soporte de la incapacidad de toda la familia de brindar el cuidado de la paciente (...) Aunado a que es necesario indicar que la incapacidad no es solo física, pues también le asiste a la familia el deber de aportar al cuidado de la paciente (...). Se desconoce la composición de todo el núcleo familiar, las profesiones que ejercen y los ingresos que perciben, como tampoco se informó de los bienes que se encuentran a su nombre, información necesaria para determinar que se encuentran limitados para brindar este servicio (...)”²².*

A su turno, en declaración rendida²³ por la agente oficiosa se indica que el núcleo familiar inmediato del señor MANUEL JOSÉ CARVAJAL DUARTE, se encuentra conformado por su esposa de 81 años de edad con quien convive en una casa propia, percibiendo como ingreso únicamente lo correspondiente a la pensión de vejez del agenciado, equivalente a \$ 477.458.

Adicionalmente, la agenciante informa ser la hija de señor CARVAJAL DUARTE y tener otros 8 hermanos, de los cuales 5 viven en Pamplona y los demás en Cúcuta,

²¹La integralidad en la prestación del servicio de salud, somete la actividad de las entidades prestadoras de salud a las disposiciones ordenadas por el médico para el tratamiento efectivo del paciente, siendo su criterio profesional el que permite *“establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. Por lo tanto, la remisión del médico tratante es la forma instituida en nuestro Sistema de Salud para garantizar que los usuarios reciban atención profesional especializada, y que los servicios de salud que solicitan, sean adecuados, y no exista riesgo para la salud, integridad o vida de los usuarios”*, constituyéndose así, la desatención de dichas prerrogativas e instrucciones médicas, como una amenaza flagrante a los derechos fundamentales de los pacientes. Véase sentencia T- 435 de 2019.

²² Escrito de contestación tutela folios 44-86 del cuaderno unificado y digitalizado de primera instancia, coincidente con su índice electrónico.

²³ Formato video visible como documento orden No. 6 del expediente digitalizado de primera instancia.

Cali y Tame.

De los hijos de la pareja que se encuentran en esta ciudad, la agenciante detalla en su declaración que la señora NAYIBE CARVAJAL labora como comerciante, con dos hijos independientes y de estado civil casada, residentes de una casa propia; de YASMIN CARVAJAL se dice que estuvo hospitalizada por aproximadamente un mes y se encuentra gravemente enferma, casada y su esposo no tiene trabajo, sin bienes propios y con 3 hijos de los cuales dos están estudiando en la universidad; de LUZ CARVAJAL, refiere que a veces trabaja en oficios varios “*cuando hay trabajo*”, con 4 hijos estudiantes universitarios, casada y cuyo esposo labora como vigilante; RENÉ CARVAJAL trabaja como facturador en el hospital de Pamplona, vive solo en una habitación porque está estudiando, sus ingresos se destinan al pago de sus estudios, manutención propia y de una hija, sin bienes propios; Finalmente de EDUARDO CARVAJAL señala que es separado, no tiene trabajo, tiene 2 hijos, es quien ayuda con el cuidado de sus padre y como no tiene vivienda propia en momentos pernocta en la de sus progenitores y en otros en la de sus hermanas, además cuando consigue trabajo fuera del municipio debe trasladarse.

A su turno, sobre la situación personal de la agenciante afirma estar casada, tener 4 hijos de los cuales uno se encuentra aún estudiando en la universidad y los demás viven como independientes; aduce subsistir a partir de la pensión de su esposo, pues ella dedica la mayoría de su tiempo al cuidado de su progenitor.

En lo que respecta a los hermanos que viven en municipios distintos al de sus padres, se detalla que CARLOS CARVAJAL vive en Cúcuta, es comerciante, con dos hijos estudiando en la universidad y con casa propia; BELCY CARVAJAL vive en Cali, trabaja como secretaria de un colegio, el esposo está desempleado, con dos hijas de las cuales una está estudiando y la otra se encuentra cesante; YACKELINE CARVAJAL vive en Tame, trabaja como secretaria de un colegio, tiene un hijo, es separada y sin bienes propios.

Acerca del entorno familiar que rodea el cuidado del señor CARVAJAL, detalla que “ (...) yo, mi hermana NAYIBE también está muy pendiente, pues no podemos dar económicamente mucho, pero pendientes en cuanto en lo que nosotros podamos (...) nosotros estamos tratando de que a mi papá y a mi mamá no les falte nada, lo que pasa es que muy difícil porque la situación económica está muy dura y ellos... realmente la única que tiene así un trabajo son mi hermana YACKELINE y mi hermana BELCY, pero ellas pagan arriendo, hasta ahora están recién empezadas

a trabajar (...) con eso que a mi papá le llega (...) pagamos la luz, el agua y gas (...) colaboramos en lo que podemos (...). Mi hermano EDUARDO nos ayuda mucho, ... nos ayuda a levantarlo, todos los días toca bañarlo (...) nos ayuda a levantarlo todos los días, yo hago el desayuno de mi casa y me voy para la casa de mi mamá le doy la pastilla de la tensión a mi papá (...) lo veo un rato y vuelvo otra vez para mi casa, vuelvo al mediodía (...) por la tarde sube mi hermana NAYIBE o sube mi hermana LUZ, más o menos en la tarde y pues así no la llevamos (...) pero a veces nos queda complicado porque mi papá cuando estamos solas, no está mi hermano EDUARDO, mi papá pesa siempre y pues queda complicado moverlo de la silla de ruedas a la cama, me ha tocado mandar a hacer una baranda en la cama para que no se me caiga porque se me ha caído de la cama, es complicado (...)."

La señora MARÍA EUGENIA CARVAJAL culmina su declaración agregando que con ocasión de la pandemia, muchos de sus hermanos vieron afectada su actividad comercial y por tanto recientemente están recuperándose económicamente.

Bajo tal panorama, esta Sala encuentra acreditada la imposibilidad que le asiste a la esposa del agenciado para que en virtud del principio de solidaridad asuma el cuidado de su esposo, por cuanto su avanzada edad torna injustificable endilgarle una carga física de esas características.

Frente a aquellos hijos del señor CARVAJAL que no comparten el mismo lugar de residencia con sus padres, es factible atribuirles una imposibilidad física para encarar el cuidado que requiere el agenciado en las condiciones de permanencia y continuidad recetados por el médico tratante, pues implicaría para estos un cambio abrupto y total en su dinámica laboral, social y familiar e incluso la generación de gastos adicionales producto del cambio de domicilio y la procura de su subsistencia en un lugar ajeno; supuestos que en conjunto se tornan como una carga injustificable que deviene reforzada con las condiciones de reinserción laboral reciente que afrontan algunos de ellos con motivo de la pandemia, y las obligaciones que en todos los casos les asiste para su manutención y la de sus hijos.

Ahora bien, es claro que hasta el momento el cuidado del señor CARVAJAL ha sido asumido principalmente por la agenciada y su madre, con ayuda recurrente de otros tres hermanos de quienes se ha dicho se encuentran en situación de inestabilidad laboral y en constante búsqueda de atender las necesidades propias²⁴ y la de su

²⁴ Al respecto la Corte Constitucional, al referir a la incapacidad física incluye aquellos casos en los que la familia "(...) debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia (...)". T- 015 de 2021

núcleo familiar directo, lo que en muchas veces como lo aduce la agenciante les impide acudir en socorro de su padre, con la frecuencia que éste requiere. De esa manera, el alcance del deber de solidaridad de las familias no puede tornarse como un obstáculo con la virtualidad de afectar la continua búsqueda de recursos para proveerse su propia subsistencia, más cuando los parientes que eventualmente podrían socorrerlos económicamente (sus otros hermanos) tampoco cuentan con una estabilidad que así se los permita.

No puede perderse de vista que el entendimiento que la jurisprudencia de la Corte Constitucional atribuye al principio de solidaridad que le asiste a las familias de los pacientes que por su alto nivel de dependencia requieren de un cuidador permanente, se estructura a partir de un criterio de proporcionalidad encaminado a evitar la asunción de pesadas cargas que aún con el vínculo filial se tornan difíciles de soportar en tanto podrían generar afecciones a los derechos fundamentales individuales o de terceros.

Al respecto, la Corte Constitucional señala que:

"(...) Conforme a lo anterior, la Corte ha considerado que los cuidados básicos de una persona que depende de otros para ejecutar sus labores diarias, ya sea por su avanzada o corta edad, o por las enfermedades que la aquejan pueden ser prestados por una persona sin conocimientos especializados en el ámbito de la salud. Por lo general, la ley y la jurisprudencia han reconocido que en virtud del principio de solidaridad este apoyo puede ser brindado por familiares, personas cercanas o un cuidador que no necesariamente debe ser un profesional de la salud[96], siempre que estas cargas no resulten desproporcionadas para la garantía del mínimo vital de los integrantes de la familia. En otras palabras, al deber de cuidado a cargo de las familias no puede atribuirse un alcance tal que oblique 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.

38. En suma, las EPS están obligadas a suministrar la atención domiciliaria cuando el médico tratante así lo ha prescrito para atender las patologías que padece el paciente y la prestación del servicio no pretende suplir el apoyo y los cuidados básicos que, conforme a principios de razonabilidad y proporcionalidad, son atribuibles a la familia (...) ¹²⁵. (Resaltos de esta Corporación).

Sumado a lo anterior y en aras de verificar el último de los requisitos jurisprudenciales establecidos en torno al servicio de cuidador domiciliario, debe indicarse que los eventos previamente reseñados también sustentan una incapacidad económica del agenciado y su núcleo familiar para proveer un cuidador particular con cargo a sus propios recursos, pues como se desprende de la

²⁵ Corte Constitucional T-336 de 2018

declaración recaudada en primera instancia (no desvirtuada por la accionada), los ingresos que perciben los hermanos que trabajan se encuentran destinados a cubrir las obligaciones de la familia directa, siendo así que la manutención del agenciado y su esposa se propicia solamente a través de la pensión del primero, la cual se calcula en un valor por debajo de un salario mínimo, sin más ingresos adicionales o apoyos estatales.

Así las cosas, se afirma en el escrito tutelar que *"(...) ninguno de sus conocidos o seres cercanos disponen de tiempo o si quiera de capacidad económica para sostener los cuidados las 24 horas del día y los 7 días de la semana (...)"*, aspecto que no fue infirmado por la parte accionada en virtud de la inversión de la carga de la prueba.

Considérese que la Corte ha señalado que *"(...) para la autorización de procedimientos, intervenciones y medicamentos excluidos del POS, mediante órdenes de tutela, la Corte concluye que (...) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario (...) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad (...)"*²⁶.

Bajo las circunstancias detalladas vale reiterar el criterio de proporcionalidad y razonabilidad que rodea el principio de solidaridad, siendo así que a los familiares de los pacientes dependientes les corresponde brindar la asistencia dentro de sus posibilidades, siempre que ello no coarte el goce de los bienes ius fundamentales propios.

En ese entendido, en el caso particular el paciente se trata de una persona con un grado de dependencia total que requiere cuidado permanente y continuado en procura de su bienestar, siendo desproporcionado exigir a la red familiar que reside en esta ciudad y que se encuentra en condiciones de inestabilidad laboral y económica adjudicarse en su totalidad dicha carga, razón por la cual esta Sala considera proporcionado que sea la E.P.S. la que asuma parcialmente el cuidado

²⁶ Corte Constitucional T 220 de 2016.

domiciliario del agenciado durante 8 horas diurnas en las cuales los hijos que hoy prestan el cuidado a su padre podrán seguir buscando por su subsistencia y la de su familia, correspondiéndoles asumir la atención que exige la salud de su progenitor por el tiempo restante.

En consecuencia, se revocará el fallo impugnado y se ordenará a la entidad accionada garantizar el servicio de cuidador domiciliario al agenciado por 8 horas, en los términos prescritos por el médico tratante.

En lo que no fue objeto de impugnación, esta Sala no abordara su estudio, en tanto se erigen como aspectos que se entienden aceptados por las partes que intervienen en el proceso y tampoco sugieren la necesidad de intervención oficiosa de este juez de tutela.

En armonía con lo expuesto, **LA SALA ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR LA SENTENCIA proferida por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, el 8 de agosto de 2022, de conformidad con los motivos expuestos *ut supra*.

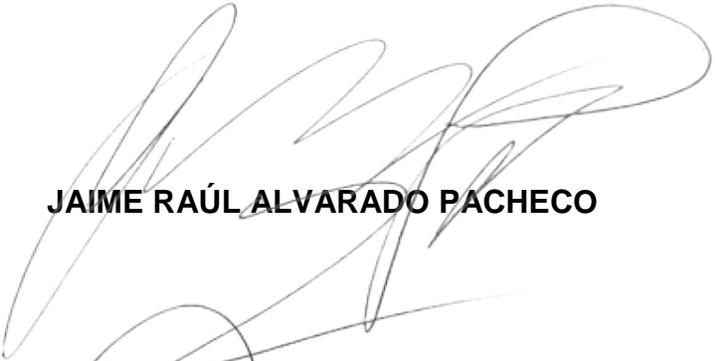
SEGUNDO: AMPARAR el derecho a la salud del señor **MANUEL JOSÉ CARVAJAL DUARTE** y en consecuencia **ORDENAR** a la **NUEVA E.P.S.** asumir el servicio de cuidador domiciliario por 8 horas de conformidad con la orden del médico tratante.

TERCERO: COMUNICAR lo decidido a los interesados, en la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: REMITIR la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión de conformidad con el reglamento expedido para ese efecto por el Consejo Superior de la Judicatura.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Firmado Por:

Jaime Raul Alvarado Pacheco

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

003

Tribunal Superior De Pamplona - N. De 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: **fdf40558d9e11f7dbd8e4fe7e7009330b1a6fdc6e7224b32cec6980751deb7e8**

Documento generado en 15/09/2022 05:10:06 PM

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