



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN
ÁREA CONSTITUCIONAL

Pamplona, veinte de febrero de dos mil veinticuatro

REF:	EXP. No. 54-518-31-04-001-2024-00002-01
JUZGADO DE ORIGEN:	IMPUGNACIÓN ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE:	PENAL DEL CIRCUITO DE PAMPLONA
	OSCAR IVÁN JAIMES JAIMES, actuando como agente oficioso
	de CARMEN TERESA JAIMES DE JAIMES
ACCIONADO:	NUEVA EPS S.A.
VINCULADOS:	ADRES e
	INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD, N. DE S.

MAGISTRADO PONENTE: JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
ACTA No. 029

I. A S U N T O

Se pronuncia la Sala respecto a la **IMPUGNACIÓN** de la **ACCIÓN DE TUTELA** formulada por el señor Oscar Iván Jaimes Jaimes, agente oficioso de la señora **CARMEN TERESA JAIMES DE JAIMES**, contra el fallo emitido por el Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta competencia el 18 de enero de los cursantes, que negó la protección constitucional solicitada.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y solicitud¹

Del escrito tutelar y de los anexos se extrae que la agenciada, Sra. Carmen Teresa Jaimes de Jaimes, de 90 años de edad², beneficiaria de la entidad accionada en el régimen contributivo, conforme a la historia clínica aportada³, presenta diagnóstico principal de “**ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA, NO ESPECIFICADA (CONFIRMADO REPETIDO)**”; y secundarios “**ENFERMEDAD CARDIACA HIPERTENSIVA CON INSUFICIENCIA CARDIACA (CONGESTIVA) CONFIRMADO REPETIDO), HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA) (CONFIRMADO REPETIDO) y BRONQUITIS AGUDA, NO ESPECIFICADA (IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA)**”.

¹ Archivo 02 expediente de tutela de 1ª instancia

² Archivo 03, ídem. Fecha de nacimiento 26 de julio de 1933

³ ídem

A quien el médico tratante de la IPS MEDICUC en visitas domiciliaria realizada el pasado 28 de diciembre, con fundamento en el examen físico cumplido y la prueba de “Barthel” que arrojó una puntuación total de “**20 puntos**,” advirtiendo correlativamente una “*Dependencia total*”, le prescribió como plan de manejo, entre otros, “*CUIDADOR 12 HORAS*”⁴; servicio que afirma no le fue autorizado por la entidad accionada; pero por sus diagnósticos médicos “*se ha deteriorado física y mentalmente*”.

Dice el agenciante, ser la única persona que se encuentra a cargo de la paciente, *pues aunque ella se encuentre viviendo con mi padre él también es un adulto mayor el cual requiere de cuidados*”. Agrega que por temas laborales, no se encuentra viviendo en la ciudad de Pamplona, “*situación que deja en estado de vulnerabilidad tanto a mi madre como mi padre, pues no tenemos ningún otro familiar que nos colabore con el cuidado de ellos y es por ello que nos vemos en la necesidad de pagar una empleada domestica para que ayude con la alimentación y servicios generales del hogar*”.

Menciona que su señor padre de 81 años, tiene pensión por el valor del mínimo con el cual se cubre el pago de su alimentación, que presente diagnóstico médico de Alzheimer, por lo tanto, en estado de vulnerabilidad. A título personal, refiere tener 52 años, es ingeniero de alimentos, se encuentra trabajando en la ciudad de Bogotá donde devenga \$8.000.000,00 de pesos mensuales, y está a cargo de los gastos económicos tanto de su hogar como el de sus padres, que discrimina⁵.

Finalmente aclara que, *aunque en el acta de junta medica de fecha de 26 de octubre de 2023 se manifiesta que mi madre tiene una cuidadora la señora Gloria Corredor, esta no lo es pues se encarga solamente de la preparación de los alimentos de mis padres y el aseo de la casa por ende no le puede brindar la atención que mi madre requiere, cabe destacar también que soy hijo único y que por temas laborales y domicilio, se me hace imposible vivir con ellos y estar al cuidado de ellos*”.

Por lo anterior, solicita “**(i) Tutelar los derechos fundamentales a la salud, igualdad, integridad física y a una vida digna de CARMEN TERESA JAIMES DE JAIMES; ii) Ordenar al DIRECTOR DE NUEVA EPS S.A.S. y/o quien corresponda que garantice y autorice de manera permanente CUIDADOR DOMICILIARIA 12 HORAS, tal como lo ordenó el médico domiciliario de la IPS MEDICUC, así como se garantice de forma eficaz, ágil y oportuna para todas las veces que el médico tratante lo requiera; iii) Para evitar presentar tutela por cada evento, ... se ORDENE QUE LA ATENCIÓN SE PRESTE EN FORMA INTEGRAL es decir todo lo que requiera en relación a su diagnóstico actual,**

⁴ Folios 12 a 16 ídem

⁵ “Cuota de apartamento: \$2'000.000 (dos millones de pesos), • Cuota carro: \$1'000.000 (un millón de pesos), • Administración conjunto: \$530.000 (Quinientos treinta mil pesos), • Servicios públicos: \$1'000.000 (un millón de pesos), • Crédito libre inversión fondo empleados: \$2'500.000 (dos millones quinientos), • Alimentación: \$800.000 (ochocientos mil pesos). Respecto a los gastos de mis padres, son: • Servicios públicos: \$600.000 (seiscientos mil pesos), • Alimentación: 1'000.000 (un millón de pesos), • Empleada doméstica: \$1'160.000 (un millón ciento sesenta mil pesos).

se preste en forma *PERMANENTE* y *OPORTUNA*, según como lo ordene el médico tratante; *iv) Prevenir a la NUEVA EPS de que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones que dieron mérito a iniciar esta tutela y que si lo hacen serán sancionadas conforme lo dispone el Art. 52 del Decreto 2591/91 (arresto, multa, sanciones penales)*”.

2. Admisión de la tutela⁶

Mediante proveído del 05 de enero actual, el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad admitió este resguardo constitucional, dispuso integrar al contradictorio a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) y al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, a quienes solicitó pronunciamiento sobre los hechos de la acción de tutela.

3. Intervención de la entidad accionada y vinculadas

3.1 El Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander⁷ destacó principalmente que revisada la base de datos única de afiliados al sistema de seguridad social en salud que el Administrador de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES- dispuso como material de consulta, se aprecia que el agente “*se encuentra afiliado(a) en el régimen CONTRIBUTIVO en NUEVA EPS y estado actual es ACTIVO*”; en tal sentido, por tratarse de un régimen especial, esa entidad no tiene competencia para intervenir en el asunto, configurándose una falta de legitimación en la causa por activa.

En suma, insta, se ordene a la Nueva EPS asumir y prestar los servicios de salud en forma integral que requiera la agenciada en la recuperación de la patología que padece actualmente, así como, excluir de responsabilidad legal a esa entidad, y al tratarse de dicho régimen, en el caso de un procedimiento no contemplado en el plan de beneficios, le corresponde al ADRES.

3.2 La Nueva EPS S.A.⁸, a través de Apoderada Especial, en respuesta a la acción tutelar, luego de advertir que la Usuaría se encuentra activa en el sistema en el régimen contributivo, frente a las pretensiones del amparo, precisa principalmente que *la solicitud de cuidador domiciliario 12 horas por 3 meses, debe ser una tarea realizada por familiares de acuerdo con el principio de solidaridad*”, y en casos excepcionales por el Estado, en los que sea evidente la imposibilidad material del núcleo familiar.

Con relación al tratamiento integral solicitado señala **“que los servicios que son ordenados a la usuaria por parte de los Médicos de la Red de Nueva EPS son y**

⁶ Archivo 04 ídem

⁷ Archivo 06 ídem

⁸ Archivo 07 ídem

serán cubiertos con base en la normatividad vigente, incluyendo el acceso al Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, de que habla la Resolución 2366 de 2023, (...)”, sin que le resulte dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera, es presumir la mala actuación por adelantado, máxime que no han sido ordenados por la *lex artis* de los médicos”.

Por lo anterior, solicita “declarar que Nueva EPS no ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales del Afiliado invocados,... y, en consecuencia, se ordene su desvinculación de este trámite de tutela”.

3.3 La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES⁹, luego de aclarar la naturaleza jurídica de la entidad y referirse a los derechos presuntamente vulnerados, hace énfasis en que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio en salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores sin dejar de suministrar la atención, “*ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.*”

En cuanto a la facultad de recobro, manifestó que a la luz del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, reglamentado a través de la Resolución 205 de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, “*los medicamentos, insumos y **procedimientos que anteriormente era objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las entidades promotoras de los servicios**, por consiguiente, **los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios y de forma periódica** (...)*”, lo que significa, “*que la ADRES ya GIRÓ a las EPS, incluida la accionada, un presupuesto máximo con la finalidad de que la EPS suministre los servicios “no incluidos” en los recursos de la UPC y así, suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos para asegurar la disponibilidad de éstos cuyo propósito es garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud*”.

Solicita negar el amparo invocado frente a esa entidad, atendiendo que de los hechos y del material probatorio se establece “*que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, (...)*”; además de precisar la inviabilidad de conceder el recobro, “*en tanto los cambios normativos y reglamentarios (...) demuestran que los servicios, medicamentos o insumos en salud necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los Presupuestos*

⁹ Archivo 08 ídem

Máximos; además de que los recursos son actualmente girados antes de cualquier prestación”. No obstante, de conceder el amparo, pide se module la decisión con el fin de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

III. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El Juez de instancia para negar la solicitud de amparo, como se advirtió, no sin antes hallar cumplidos los requisitos de procedencia general, estableció:

1. De la prestación del servicio de cuidador por 12 horas diarias

En cuanto al requisito de **necesidad del paciente de recibir atención domiciliaria**, que *“existe un concepto científico emitido por quien conoce las patologías y requerimientos de su paciente, atendiendo la urgencia y necesidad de preservar la vida en condiciones dignas de quien lo demanda, pues justamente, se asume que el galeno tratante es quien mejor puede establecer las circunstancias relativas a la idoneidad de la atención, medicamentos, elementos o procedimientos necesarios y adecuados para tratar las dolencias de sus pacientes”.*

Frente a la **imposibilidad material de la familia del paciente en asumir su cuidado**, verificó que la **capacidad física**, *“contrario a lo afirmado por el tutelante, de la documental aportada a la foliatura se observa con suficiencia la posibilidad que la señora Gloria Corredor es quien actualmente está encargada del cuidado personal de la paciente, incluso por cuanto es ella quien se relaciona como acompañante en la consulta efectuada el 28 de diciembre de 2023; además, en el Acta de Junta Médica se consignó “(...) así mismo convive con la señora Gloria Corredor de 67 años de edad quien es la cuidadora de la paciente, permanece durante 24 horas en el hogar brindándole apoyo a la paciente debido a que presenta dependencia severa para actividades diarias”; así concluye que “la paciente cuenta con una persona que tiene la capacidad física para prestar las atenciones requeridas, como hasta ahora lo ha venido realizando la señora Gloria”.*

Y respecto a la **capacidad económica**, precisó que es el mismo agenciente que informa que la paciente *“vive con su esposo el señor Pedro Jaimes, quien también es adulto mayor (81 años), es pensionado en virtud de lo cual recibe un salario mínimo con lo cual asume parte de sus gastos personales correspondientes a alimentación, además se encuentra afiliado al régimen contributivo de la NUEVA EPS, afiliación de la que es beneficiaria la señora Carmen Teresa”; adicionalmente, “El accionante tiene 52 años de edad, es el único hijo encargado de la manutención de sus padres, su profesión es Ingeniero de Alimentos y por cuestiones laborales reside en la ciudad de Bogotá. Actualmente, devenga un salario de \$8'000.000,00 con los cuales asume sus gastos personales y la manutención de sus padres”.*

Circunstancias que para el Juez de instancia, *“conlleven a considerar que el núcleo familiar de la agenciada cuenta con la capacidad económica suficiente para sufragar un cuidador, en tanto, el monto de dinero percibido por el esposo de la agenciada por concepto de pensión, sumado a los recursos que devengan su hijo, sin duda le permiten solventar dicho servicio de manera particular”*.

2. De la garantía del tratamiento integral

No accedió a dicho pedimento, *“por cuanto en el presente asunto no se vislumbra una negativa por parte de la Nueva EPS en autorizar y garantizar algún servicio médico prescrito a la agenciada; en la medida que el tutelante no manifestó que dicha entidad haya negado la prestación de algún servicio médico ordenado a la paciente, diferente al de cuidador que reclama a través de la presente vía constitucional”*

3. De la petición de reembolso

Finalmente, negó la petición de recobro elevada por la entidad accionada, como quiera que *“tal aspecto no es del resorte del presente mecanismo constitucional, donde se dirime la conculcación o amenaza de derechos fundamentales, como los invocados en el caso de marras por el señor OSCAR IVÁN JAIMES JAIMES en calidad de Agente Oficioso de la señora CARMEN TERESA JAIMES DE JAIMES, teniendo la NUEVA EPS a su disposición, otros medios de defensa administrativos y judiciales para tal fin”*.

IV. LA IMPUGNACIÓN

En su escrito de impugnación, el agente direcciona su inconformidad a precisar que, si bien es cierto que la señora Gloria Corredor se encontraba trabajando en la casa de sus padres, lo era como empleada doméstica no como cuidadora, *pues no era apta para brindarle los cuidados que requiere mi madre, como lo son uso de equipos de oxígenos, suministro de medicamentos y en caso de alguna emergencia médica que presentara mi madre ella no sabría cómo reaccionar*”, que fue por ello que el medico vio la necesidad de ordenar CUIDADOR 12 HORAS.

Resalta que la mencionada señora ya no se encuentra laborando en el hogar de sus padres, lo cual refiere, respalda con historia clínica N. 00218274 de la visita de trabajo social en la que se plasma: *“Usuaría carece de una red de apoyo familiar u otro tipo de red de apoyo que aporte a sus necesidades físicas y emocionales, la atención constante que requiere es asumida por una persona sin vínculo consanguinidad que manifiesta deterioro físico y emocional, quien laborara hasta el 10/01/2024”*, afirmando que, en estos momentos, *“quienes nos han colaborado con el cuidado de mi madre y padre ha sido por medio de colaboración de algunos vecinos, lo cual coloca en total vulneración*

a mi madre pues por su diagnóstico requiere de una persona capacitada como lo ordena el médico tratante”.

En lo relativo a la capacidad económica, indica que la pensión de su señor padre “no está llegando por un mínimo toda vez que se encuentra pagando un crédito por libranza, por lo que el valor de la pensión le está llegando por \$811.000 (ochocientos once mil pesos) como se evidencia en el extracto bancario anexado, con la que se trata de cubrir los gastos de alimentación, pero esta no es suficiente”, que lo que hace falta lo debe asumir él; por lo tanto, *aunque me encuentro trabajando y devengo mensualmente \$ 8'000.000 (ocho millones de pesos) esto no es suficiente pues los gastos que tengo son mayores a este ingreso, pues se debe tener en cuenta que tengo a mi cargo los gastos tanto de mi hogar como los de mis padres, toda vez que por ser hijo único soy yo el responsable de pagar servicios públicos que llegan costosos debido a que el equipo de oxígeno consume mucha energía, medicinas y demás insumos requeridos por mis padres, completar para la alimentación de ellos y que por encontrarme trabajando en Bogotá y al no tener familiares quienes me ayuden con lo básico del hogar que requieren mis padres me veo en la necesidad de contratar una empleada doméstica para que haga estos quehaceres derivados del hogar (alimentación, aseo hogar y aseo personal) por lo que no cuento con los recursos para poder sufragar un pago a una persona capacitada para brindar los cuidados necesarios derivados de los diagnósticos de mi madre como lo es un CUIDADOR”.*

Pide se revoque la sentencia impugnada.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia de la Sala

Al tenor del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 es competente esta Sala para conocer la impugnación de la acción de tutela formulada.

2. Problema jurídico

De acuerdo con la situación fáctica planteada, corresponde determinar si la decisión adoptada en primera instancia observó los parámetros legales y constitucionales al no tutelar los derechos fundamentales invocados por el señor Oscar Iván Jaimes Jaimes, agente oficioso de la señora Carmen Teresa Jaimes de Jaimes; o si por el contrario, hay lugar a modificarla en cuanto a lo peticionado en el escrito de amparo direccionado a ordenar a la **NUEVA EPS** autorice un cuidador domiciliario por 12 horas diurnas, en los términos dispuestos por el médico tratante.

Para solucionar el problema jurídico planteado, estima la Sala, con base en jurisprudencia constitucional, analizar: **(i)** El derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional; **(ii)** La procedencia del servicio de cuidador domiciliario en circunstancias especiales; examinados esos aspectos, se procederá al análisis del **(iii)** caso concreto.

3. Derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional¹⁰

De acuerdo con la Carta Política, la salud es un servicio público a cargo del Estado. No obstante, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, reconoció que dicho servicio es un derecho, el cual se considera fundamental en sí mismo y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela. Al efecto, la citada alta Corporación ha señalado:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud.”¹¹

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho. En la sentencia C-313 de 2014 al respecto se dijo:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”

En cuanto a la protección del Estado, tratándose de las personas pertenecientes a la tercera edad, el órgano de cierre constitucional ha señalado que conforme con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado deberá protegerlas en razón de que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a *“afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez”¹²*, razón

¹⁰ Corte Constitucional sentencia T-014 de 2017

¹¹ Sentencia T-233 de 2012

¹² sentencia T-634 de 2008

por la cual se deberán garantizar todos los servicios relativos a salud que ellos requieran¹³.

En virtud de ello, el máximo Tribunal Constitucional ha estimado que el derecho a la salud de estos sujetos, es un derecho fundamental que reviste mayor importancia por el simple hecho de tratarse de personas de la tercera edad, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran.

Al respecto, ha señalado que *“es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”*¹⁴.

Así pues, este mecanismo constitucional procede en los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho¹⁵.

Igualmente, ha considerado la Corte Constitucional, que la tutela es procedente en los casos en que *“(a) se niegue, sin justificación médico – científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios”*¹⁶.

En conclusión, si bien es cierto que la salud es un derecho fundamental en sí mismo, no debe desconocerse que, en sujetos de especial protección, como el caso de las personas de la tercera edad, este derecho adquiere mayor relevancia pues, las naturales consecuencias de la vejez, ubican a estas personas en un estado de debilidad manifiesta del cual el sistema de salud, debe encargarse.

4. La procedencia del servicio de cuidador domiciliario en circunstancias especiales¹⁷

¹³ Constitución Política, artículo 46

¹⁴ Sentencias T-527 de 2006 y T- 746 de 2009

¹⁵ Sentencias T-1182 de 2008 y T-717 de 2009

¹⁶ Sentencias T-165 de 2009 y T-050 de 2010

¹⁷ Sentencia T-208 de 2017

Por regla general, las instituciones que regulan los servicios de salud están en la obligación de prestar los servicios que se encuentran en el PBS¹⁸, de lo contrario el usuario o la familia está en la obligación de asumir su costo, en aras de preservar la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Salud, pues el modelo de salud en Colombia financia lo que está contenido en el plan de beneficios, con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

Sin perjuicio de lo expuesto, no puede desconocerse, como lo ha precisado la Corte Constitucional en su Jurisprudencia¹⁹, que la Ley 1751 de 2015 estableció un sistema en el que todos los servicios y tecnologías en salud que no están expresamente excluidos del PBS se entienden incluidos en éste y, por ende, deberán ser garantizados a los usuarios.

Actualmente el PBS está definido íntegramente en la Resolución 2366 del 29 de diciembre de 2023²⁰, vigente desde el 1º de enero de 2024 y derogó las Resoluciones 2808 de 2022 y 087 de 2023, la cual cobija a todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, independientemente que estos se encuentren vinculados al régimen contributivo o subsidiado. En el numeral 7º, del artículo 8º se define la atención domiciliaria como el *“conjunto de procesos, procedimientos y actividades, mediante las cuales, se materializan la provisión de prestación de servicios de salud y tecnologías de la salud a una persona, familia, comunidad o población”*. Aunado a lo anterior, la prestación del *servicio de enfermería* no se halla expresamente excluido en dicho acto administrativo, por lo que resulta plausible deducir que el mismo se encuentra incluido en el PBS y por ello debe ser financiado con los recursos de la UPC.

Servicio cuya prestación requiere que *“(i) si existe una orden médica del profesional tratante, para efectos de determinar si accede al amparo de los derechos fundamentales y ordena la entrega de la mencionada tecnología; y (ii) en caso de no existir una orden médica, si cabe amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico”*²¹, y que no abarca *“recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores”*, este último, no incluido en el mencionado plan.

Ahora bien, existen pacientes que, debido a su condición médica, no tienen la posibilidad de realizar todo tipo de actividades físicas y tareas cotidianas por sí mismos, tienen limitada la locomoción y deben permanecer en un solo sitio la mayoría del día, lo que hace menester que una persona les brinde un acompañamiento. En estos casos el cuidador se encarga de ayudarles en su aseo e higiene personal, les suministra los

¹⁸ Plan de Beneficios en Salud

¹⁹ Sentencia T-336 de 2023

²⁰ *“Por la cual se establecer los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”*

²¹ Sentencia T-336 de 2023

medicamentos, organiza y mantiene adecuados los espacios físicos y el lugar que se utiliza para descansar.

En este contexto, la Corte Constitucional en sentencia T-154 de 2014, indicó que los cuidadores poseen las siguientes características:

“(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.”

El citado fallo fue reiterado en la sentencia T-096 de 2016. En esta oportunidad, la alta Corporación estimó que las actividades que adelanta el cuidador *“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 y, además de la ayuda y colaboración que les prestan, les sirven también en algún sentido como soporte emocional y apoyo en la difícil situación en que se encuentran”*.

Conforme lo anteriormente dicho, estima la Corte Constitucional que el apoyo y la asistencia en las actividades y necesidades básicas que presta un cuidador a la persona dependiente tiene un carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud.

En ese sentido, el máximo Tribunal constitucional considera que, en términos generales, el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que viven con ellas, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad. Frente al particular, el órgano de cierre constitucional en sentencia T-801 de 1998, ampliamente reiterada, en la providencia T-154 de 2014, sostuvo que:

“(…) dentro de la familia, entendida como núcleo esencial de la sociedad, se imponen una serie de deberes especiales de protección y socorro recíproco, que no existen respecto de los restantes sujetos que forman parte de la comunidad. 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 más allá de las desavenencias personales”.

Así las cosas, según la jurisprudencia constitucional, el deber de cuidado de los pacientes enfermos y con movilidad restringida radica en la familia, cuando estas están

en capacidad física y económica para responder por ello. Deber que, de acuerdo con la sentencia T-730 de 2010 se sustenta en *“el principio de solidaridad que impone a cada miembro de nuestra sociedad, el deber de ayudar a sus parientes cuando se trata del disfrute de sus derechos a la salud y a una vida digna, deber que tiene mayor grado de compromiso cuando se trata de las personas de la tercera edad, quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, debido a las aflicciones propias de su edad o por las enfermedades que los aquejan y, por ello, no están en capacidad de procurarse su auto cuidado y requieren de alguien más, lo cual en principio es una competencia familiar, a falta de ella, el deber se radica en la sociedad y en el Estado, que deben concurrir a su protección y ayuda.”*

Ahora bien, ante la imposibilidad física, psíquica o económica de los parientes de la persona dependiente de proporcionar el cuidado requerido, se puede afirmar que *la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado*²². Esta concurrencia asistencial permite eliminar las barreras de acceso a un requerimiento de salud y protege la dignidad humana de aquellos enfermos que requieren de la asistencia de un cuidador²³.

Conforme la sentencia T-154 de 2014 ya citada, la responsabilidad de la familia de prestarle ayuda a su pariente enfermo, continúa ante las siguientes circunstancias:

“(i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que sí debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.”

Así, se puede afirmar que los miembros del hogar deben solidarizarse con aquel familiar que se encuentra en situación de dependencia, siempre y cuando se hallen en posibilidad de atenderlo de manera permanente o puedan sufragar el costo que implica este servicio. De lo contrario, se activa la obligación subsidiaria del Estado de suministrarlo, dada su obligación de proteger y asistir a los sujetos que por su condición física, económica o mental, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta.

5. Análisis del caso concreto

²² Sentencia T-096 de 2016

²³ Ver sentencias T-568 de 2014, T-220 de 2016 y T-414 de 2016

A partir de los hechos ya vertidos y la historia clínica de la paciente adosada al plenario, precisa el Tribunal, en primer término, que no existe discusión alguna en cuanto a que la afectada es un sujeto de especial protección no solo en razón de su edad, sino en consideración a las delicadas patologías que la aquejan; no obstante, dichas circunstancias no son suficientes para acceder al amparo que aquí se invoca por las razones que pasan a exponerse.

Si bien existe concepto del Comité Técnico Científico de MEDICUC IPS del 26 de octubre de 2023 y prescripción del médico tratante del pasado 28 de diciembre, sobre la prestación del servicio de **“CUIDADOR DOMICILIARIO X 12 HORAS DIURNAS X 3 MESES”**, también lo es que la agenciada ha contado con esa ayuda de manera continua, asumida por su grupo familiar en razón a la capacidad económica que evidencia su único hijo y agente Oscar Iván Jaimes Jaimes, como lo expuso en su escrito introductorio, al igual que con la pensión que recibe su señor esposo.

Dentro del presente trámite quedó demostrado que, contrario a lo sostenido por el agente oficioso, la negativa por parte de la NUEVA EPS para acceder a ese servicio no representa un quebrantamiento de los derechos fundamentales invocados en el amparo, por cuanto si bien está plenamente acreditada la necesidad de la citada asistencia, la familia de la agenciada puede continuar asumiendo su costo, en la medida en que cuentan con ingresos que superan los \$9'000.000 mensuales, si se tiene en cuenta que el hijo percibe una mensualidad de \$8.000.000,00, y su esposo de un salario mínimo, del cual, sin perjuicio de las obligaciones crediticias que voluntariamente puedan asumir, les resulta factible destinar una parte de dichos recursos para continuar sufragando tal cuidador a beneficio de su señora madre y esposa.

Así se concluye a partir del concepto psicosocial emitido por la Trabajadora Social de la IPS Medicuc el día 20 de diciembre de 2023, aportado con el escrito de impugnación²⁴, en el cual se hace constar como dinámica familiar, que la *“Paciente quien vive en domicilio propio en compañía del esposo y la Sra. Claudia Bolaños (empleada doméstica y **cuidadora de la paciente**) quien permanece 24 horas en el domicilio y está al pendiente de todas las atenciones que diariamente requiere. Usuaría tiene un único hijo que vive en la ciudad de Bogotá y los visita tres veces al año, se mantiene en contacto telefónico diariamente y les brinda apoyo económico”*.

Adicionalmente, que la vivienda se encuentra *“en buenas condiciones de habitabilidad, tiene espacios adecuados para sus integrantes los cuales están adecuados para la movilidad y descanso de la usuaria”*; también que, *“Al interior de la vivienda se observan electrodomésticos y enseres necesarios para el cuidado de la usuaria”*; que *“Habita con el*

²⁴ Archivo 11 expediente de tutela 1ª instancia

esposo y la empleada doméstica **quien también realiza labores de cuidadora**”; que la economía del hogar y de la paciente es compartida entre el esposo y el hijo.

Valoración a partir de la cual, la profesional emite el siguiente concepto: *“Usuaría femenina de 90 años de edad, quien reside en compañía del esposo de 81 años de edad y de la Sra. Claudia Bolaños quien está al pendiente de la paciente en todo lo necesario día a día. Usuaría no cuenta con red de apoyo familiar en casa, esta al cuidado de un tercero debido a distintas obligaciones del único hijo que impiden el cuidado de la paciente, el hijo la visita algunas veces al y se comunica vía telefónica diariamente”*.

Por lo tanto, aunque resulte probable que la vigilante de aquella época haya limitado su estancia hasta el 10 de enero de 2024, tal circunstancia no evidencia incapacidad económica del grupo familiar para prorrogar dicha ayuda a su cargo, contratando otra persona que le siga prestando tal asistencia como lo ha venido haciendo; cuidadora a la que no le es exigible conocimientos especializados en el ramo de la salud, como parece entenderlo el agente, requiriendo en sede de impugnación, una persona capacitada *“para brindar los cuidados necesarios derivados de los diagnósticos de mi madre como lo es un CUIDADOR”*. Aspecto frente al cual resulta oportuno citar lo destacado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto al servicio de cuidador:

*“i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos²⁵. 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 EPS²⁶. 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**²⁷.*

Ello, sin perjuicio de que la Nueva EPS le brinde el entrenamiento adecuado a la persona que se encargue del cuidado de la señora Carmen Teresa Jaimes de Jaimes, si así lo requiere el agente, formulando la petición respectiva ante dicha entidad, como la Jurisprudencia Constitucional ya citada, lo ha reconocido.

²⁵ Sentencia T- 471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

²⁶ Numeral 3 del artículo 3 de la Resolución 1885 de 2018 “Por la cual se establece 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 UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones.”

²⁷ Sentencias T-015 de 21 M.P. Diana Fajardo Rivera, T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, y T-414 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Análisis que conlleva a la inviabilidad de ordenar a la NUEVA EPS lo pretendido, no sólo, se repite, por su capacidad económica sino por el deber legal, social y moral de brindar el apoyo y acompañamiento que requiere su señora madre.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional²⁸ ha determinado que *“en términos generales el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que viven con ella, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad”*.

Se itera, entonces, que en el presente asunto dicho cuidado representa una carga soportable para el entorno familiar de la agenciada, en razón de los ingresos que percibe su núcleo familiar, por lo que el amparo no está llamado a prosperar, en virtud del principio de solidaridad que rige nuestro Sistema de Seguridad Social.

Así las cosas, la Sala acompañará la determinación adoptada por el funcionario constitucional de primer nivel, en lo que fue materia de disenso.

VI. D E C I S I O N

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: CONFIRMAR el fallo de tutela emitido por el Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta competencia, el 18 de enero de los cursantes, por lo motivado.

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

TERCERO: REMITIR la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

²⁸ Sentencia T-220 de 2016

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ

NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

- En permiso -

REF:	EXP. No. 54-518-31-04-001-2024-00002-01
JUZGADO DE ORIGEN:	IMPUGNACIÓN ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE:	PENAL DEL CIRCUITO DE PAMPLONA OSCAR IVÁN JAIMES JAIMES, actuando como agente oficioso de CARMEN TERESA JAIMES DE JAIMES

Firmado Por:

Jaime Andres Mejia Gomez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

002

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: **6ea49a3174b7e615f6e4f44b37b3b92f91c03a0c8f846a3d72b877b7c6c1cc9b**

Documento generado en 20/02/2024 03:04:26 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>