



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
JUZGADO TERCERO PROMISCOU MUNICIPAL DE MAGANGUÉ

Sentencia N° 108

Rad.: 13 - 430 - 40 - 89 - 003 - 2020 - 00253- 00

Magangué, Bolívar, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veinte (2020)

1. ANTECEDENTES

LAUREN MARCELA DE HOYOS LARA, obrando como agente oficioso de su señor padre JUAN FRANCISCO DE HOYOS AGUAS, instaura acción de tutela contra la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR– ATLÁNTICO CAJACOPI EPS-S, para que le sean protegidos los derechos fundamentales a la a la salud, vida, seguridad social e igualdad, los cuales estima vulnerado por los hechos que a continuación se sintetizan:

- Relata la agente oficiosa que su señor padre Juan Francisco De Hoyos Aguas se encuentra en grave estado de salud, y avanzada edad, con diagnóstico médico de enfermedad de Alzheimer, hipertensión arterial entre otros como comportamiento con heteroagresividad, actualmente cuenta con 86 años de edad, lo que le impide valerse por sí mismo.
- Que se encuentra legalmente afiliado al sistema de seguridad social en salud EPS- CAJACOPI ESS
- Que debido a su diagnóstico el médico tratante ordeno en fecha 09 de octubre de 2020 enfermera domiciliaria por 12 horas de noche.
- Que el señor Juan Francisco De Hoyos Aguas, vive con su esposa, quien es una señora mayor de edad quien no puede valerse por sí sola, debido a su avanzada edad y problemas de salud que ha venido presentando,
- Manifiesta la agente oficiosa que es la única persona que labora y por tanto supe los gastos de alimentos en el hogar y las necesidades que este presenta, por tal motivo no puedo dejar de trabajar porque afectaría más sus condiciones económicas y de salud.
- Que varias ocasiones se ha dirigido hasta las oficinas de la EPS CAJACOPI
- ESS para pedir la enfermera domiciliaria, pero manifestaron que debía realizarlo a través de una acción de tutela es por eso que solicito de carácter
- urgente a usted señor juez, para que intervenga en el grave problema que está afectando su señor padre.

2. PRETENSIONES

Con base en los anteriores hechos, el accionante solicita se ampare sus derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, igualdad y dignidad humana, y como consecuencia de ello se ordene a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR– ATLÁNTICO CAJACOPI EPS-S, el suministro los servicios de Home Care, enfermera domiciliaria 12 horas por la noche, urgente y que sea de manera integral, debido al diagnóstico médico que padece y a las condiciones físicas y económicas de su familia.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

La acción de tutela fue admitida mediante auto del 3 de noviembre de 2020 y se requirió al representante legal de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR– ATLÁNTICO CAJACOPI EPS-S, para que rindiera un informe pormenorizado sobre los hechos que dieron origen a la presente acción.

3.1. Informe de la Parte Accionada.

La entidad accionada, a través de su Coordinador Seccional Bolívar, contestó la acción manifestando que, no se ha configurado vulneración y mucho menos existe una amenaza de los derechos fundamentales del usuario, pues frente a cualquier calamidad su entidad garantizara la cobertura en materia de salud, lo que requiere el usuario es un cuidador primario que se refiere el cuidador de personas en situación de dependencia, es una figura distinta “que se entiende como aquel que realiza una actividad social, de ayuda y acompañamiento a quienes se hallan en total situación dependencia”..

Finalmente solicita que se declare la improcedencia de la presente acción de tutela

4. PRUEBAS

4.1. Aportadas por la parte accionante

- Copia de cédula de ciudadanía del señor JUAN FRANCISCO DE HOYOS AGUAS
- Copia de la cedula de ciudadanía de la agente oficiosa
- Orden médica
- Formula medica
- Autorizaciones de servicios
- Historia clínica

5. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

El Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Magangué es competente para conocer del presente trámite de tutela en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991.

5.2. Problema Jurídico

Corresponde al Despacho determinar si, en el presente caso, ¿ la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR– ATLÁNTICO CAJACOPI EPS-S vulnera o amenaza los derechos fundamentales a la salud, vida, seguridad social e igualdad del señor JUAN FRANCISCO DE HOYOS AGUAS, en su condición de adulto mayor, al no autorizar enfermera domiciliara 12 horas por la noche, urgente y tratamiento integral, ordenado por el médico tratante?

Con el objeto de resolver el cuestionamiento planteado, esta casa judicial abordará los siguientes temas: (i) la agencia oficiosa; (ii) la salud como derecho fundamental; (iii) Derecho fundamental a la salud de los adultos mayores como sujetos de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia; (iv) el principio de integralidad predicable del derecho a la salud y los casos en los que procede la orden de tratamiento integral; (v) El suministro del servicio domiciliario de enfermería en el nuevo Plan de Beneficios en Salud y sus diferencias con la figura del cuidador. Reiteración de jurisprudencia; (vi) análisis del caso en concreto.

5.2.1. La agencia oficiosa¹.

El artículo 86 de la Constitución consagra que toda persona tendrá derecho a acudir a la acción de tutela para solicitar ante los jueces, en todo momento y lugar, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la

¹ Sentencia T-609/15

acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Igualmente, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 expone:

“Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También, se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”. (Subraya fuera del texto).

Entonces, si una persona considera que sus garantías constitucionales fueron vulneradas puede ejercerse la acción de tutela: (i) por sí misma, (ii) a través de un representante, (iii) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, o (iv) mediante la agencia oficiosa, siempre y cuando la persona no se encuentre en condiciones para actuar directamente .

En relación con la agencia oficiosa la Corte ha señalado que resulta procedente que un tercero interponga acción de tutela en nombre de otra persona cuando ella no puede ejercerla directamente, situación que se debe manifestar en la demanda de amparo. Con base en ello la Corte ha reiterado los elementos para que proceda la agencia oficiosa en materia de tutela, a saber:

“(i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio”.

Como puede notarse, en materia de tutela no se pueden agenciar derechos ajenos cuando no se comprueba la imposibilidad del titular de los mismos para ejercer su propia defensa bajo el entendido de que solo este puede disponer de sus derechos y propender su protección a través del amparo. Esto con el objeto de evitar que cualquier persona, bajo el pretexto de la protección de los derechos de otro, pueda lucrarse al ver satisfechos sus propios intereses u obtener decisiones que contraríen la voluntad del individuo cuyos derechos se dicen agenciar, ya que “[e]l sistema jurídico no debe propiciar que se tome o aproveche el nombre de otro, sin ninguna clase de advertencias, para provocar decisiones judiciales con intereses reales distintos o contra la voluntad del verdadero titular de los derechos que se invocan”.

La jurisprudencia de este Tribunal ha permitido que los padres, los hijos, los hermanos, los cónyuges, los compañeros o el cuñado, entre otros sujetos, puedan agenciar oficiosamente el derecho de una persona que requiere un servicio de salud para garantizar su vida o integridad personal, presumiendo la incapacidad para acudir directamente a la jurisdicción cuando una persona padece de alguna enfermedad catastrófica. Sobre el particular ha señalado:

“Se presume la incapacidad para acudir directamente a la jurisdicción cuando una persona padece de una enfermedad catastrófica. Concretamente en casos, en los que la persona que solicita la tutela de sus derechos a la vida y a la salud, por medio de agente oficioso, padece cáncer y está en tratamiento, la jurisprudencia ha presumido su incapacidad para defenderse por sí misma, en razón al alto impacto que tienen los tratamientos actualmente existentes en la integridad física y psicológica de toda persona”.

Si bien es cierto que en algunos casos la Corte ha permitido agenciar oficiosamente el derecho de una persona que requiere un servicio de salud, presumiendo la

imposibilidad de aquella para promover su propia defensa con ocasión a una enfermedad catastrófica, también lo es que en el expediente debe existir prueba que acredite el delicado estado de salud que soporta el paciente y que implique la existencia de una incapacidad física o mental que le impida presentar por sí misma la acción de tutela.

3.4. En ese orden, este Tribunal ha indicado que no basta con la sola manifestación de que se actúa como agente oficioso para finalizar la actividad procedimental, ya que deberá acreditarse unos requisitos procesales so pena de invalidar su actuación.

Se tiene entonces que los agentes oficiosos pierden la calidad de tal cuando la persona que está imposibilitada para presentar el amparo de tutela (i) no demuestra su incapacidad o (ii) no ratifica lo actuado por el agente oficioso. Así que al perder la vigencia la actuación procesal del agente la tutela no puede continuar con su trámite puesto que se está incurriendo en indebida legitimación en la causa por activa.

5.2.2. La salud como derecho fundamental².

La Carta Política, en su artículo 48, señala que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Asimismo, en su artículo 49 dispone que *“la atención en salud y saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”*.

La jurisprudencia constitucional ha precisado que la salud es un derecho fundamental autónomo que comprende un conjunto de bienes y servicios que permitan, conforme con los lineamientos consagrados en distintos instrumentos internacionales, garantizar su nivel más alto posible. Al respecto la Sentencia C-252 de 2010 expuso:

“La Corte en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo 241 de la Constitución, vías control abstracto y concreto, ha protegido el derecho a la salud como un derecho fundamental bajo tres aspectos. Una inicial, en su carácter social por el factor de conexidad con derechos fundamentales como la vida, la integridad y la dignidad humana. Otra cuando el accionante tiene la calidad de sujeto de especial protección constitucional. Y finalmente, se ha reconocido el carácter de derecho fundamental autónomo”.

De otro lado, la Observación General 14 de 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indicó *“la salud es un derecho humano fundamental indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Al respecto, el Comité insiste en la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en tanto está ‘estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos’, refiriéndose de forma específica al ‘derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación’. Para el Comité, ‘esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud’”*.

La Corte Constitucional reconoce a la salud como un derecho fundamental autónomo del cual emanan dos clases de obligaciones: *“(i) las de cumplimiento inmediato al tratarse de una acción simple del Estado que no requiere mayores recursos o requiriéndolos la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata, o (ii) de cumplimiento progresivo por la complejidad de las*

² Sentencia T 727/12

acciones y recursos que se requieren para garantizar de manera efectiva el goce del derecho”.

Igualmente, esta Corporación ha protegido el derecho a la salud cuando: *“(i) esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falla de capacidad económica para hacer valer su derecho”.*

De lo anterior se concluye que la acción de tutela, como medio constitucional de protección de los derechos fundamentales, ampara la salud garantizándoles a todas las personas el acceso a los *“servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad”.*

5.2.3. Derecho fundamental a la salud de los adultos mayores como sujetos de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia

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, esta Corporación ha señalado que *“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”.*

Actualmente, la Ley Estatutaria de Salud claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho (artículo 2º). Al respecto, en la sentencia C-313 de 2014 se explicó que *“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 o adultos mayores, esta Corporación 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 *“afrentar 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”*, razón por la cual se deberán garantizar todos los servicios relativos a salud que ellos requieran.

En virtud de ello, esta Corte 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 adultos mayores, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran.

A propósito, esta Corporación 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”.

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 derecho.

Igualmente, ha considerado esta Corporación 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”.*

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 los adultos mayores, 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.

5.2.4. Principio de integralidad predicable del derecho a la salud. Casos en los que procede la orden de tratamiento integral

Con relación al principio de integralidad en materia de salud, esta Corporación ha estudiado el tema bajo dos perspectivas, la primera, relativa al concepto mismo de salud y sus dimensiones y, la segunda, a la totalidad de las prestaciones pretendidas o requeridas para el tratamiento y mejoría de las condiciones de salud y de la calidad de vida de las personas afectadas por diversas dolencias o enfermedades.

Así las cosas, esta segunda perspectiva del principio de integralidad constituye una obligación para el Estado y para las entidades encargadas de brindar el servicio de salud pues les obliga a prestarlo de manera eficiente, lo cual incluye la autorización total de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, terapias, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera y que sean considerados como necesarios por su médico tratante.

Luego, es posible solicitar por medio de la acción de tutela el tratamiento integral, debido a que con ello se pretende garantizar la atención en conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes, que han sido previamente determinadas por su médico tratante. Cuando la atención integral es solicitada mediante una acción de tutela el juez constitucional debe tener en cuenta que esta procede en la medida en que concurran los siguientes supuestos:

(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.

Con todo, se torna preciso aclarar que este Tribunal ha identificado una serie de casos en los que se hace necesario otorgar una atención integral al paciente, independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren dentro de la cobertura del PBS-, cuales son aquellos en los que están involucrados sujetos de especial protección constitucional, vale decir, los que guardan relación con, entre otros, menores de edad, adultos mayores, desplazados, personas con discapacidad física, o que padezcan de enfermedades catastróficas.

Finalmente, debe destacarse que la protección deprecada ha ampliado su cobertura, en tanto que en la actualidad también se ha reconocido la existencia de otros casos excepcionales en los cuales cuando las personas exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones límites que los agobian.

En efecto, en el artículo 10º de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, se definen los derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Específicamente, su *literal q* establece que las personas tienen el derecho a “agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de su enfermedad”. Al respecto, en el control previo de constitucionalidad al proyecto de ley estatutaria, esta Corporación reiteró que la efectividad del servicio, tecnología, suministro etc., depende del paciente y su entorno; encontrando exequible, la inclusión del principio de integralidad (artículo 8º) en la referida ley estatutaria, al resultar importante para la realización efectiva del derecho al servicio a la salud, consagrado en los artículos 2 y 49 de la Carta.

5.2.5. El suministro del servicio domiciliario de enfermería en el nuevo Plan de Beneficios en Salud y sus diferencias con la figura del cuidador. Reiteración de jurisprudencia³.

La Resolución 5269 de 2017⁴ se refiere a la atención domiciliaria como una “*modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia*”⁵. De manera puntual, el artículo 26 de la misma resolución establece que esta atención podrá estar financiada con recursos de la UPC, siempre que el médico tratante así lo ordene para asuntos directamente relacionados con la salud del paciente.

En consecuencia, la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, que debe ser asumido por las EPS siempre: (i) que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y (ii) que de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar⁶, en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud en virtud de la jurisprudencia no tiene la obligación de asumir dichos gastos⁷.

50. Así, para que las EPS asuman la prestación de la atención domiciliaria, esta Corporación ha sido clara en señalar que “*sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los*

³ Las siguientes consideraciones se basan en lo expuesto en las Sentencias T-196 de 2018 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, T-644 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-510 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁴ “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

⁵ Artículo 8º, numeral 6º de la Resolución 5269 de 2017.

⁶ Sentencia T-226 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷ Textualmente, el artículo en comento dispone que: “Atención domiciliaria. La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está financiada con recursos de la UPC en los casos que considere pertinente el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Esta financiación está dada solo para el ámbito de la salud.

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

procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso". Por ende, el juez de tutela no puede arrogarse las facultades de determinar la designación de servicios especializados en aspectos que le resultan por completo ajenos a su calidad de autoridad judicial, que, por la materia, están sujetos a la *lex artis*.

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

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

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

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

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

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

consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.”.

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

Dijo esa providencia, que la “imposibilidad material” del núcleo familiar del paciente que requiere el servicio ocurre cuando este: **“(i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio”**.

En consideración a tales requerimientos, la **Sentencia T-458 de 2018** se abstuvo, por ejemplo, de conceder el apoyo del cuidador en mención a una persona que lo solicitaba, ya que no se probó debidamente la incapacidad física o económica por parte de la familia del accionante. En efecto, aunque se trataba de un señor de 72 años de edad con demencia vascular no especificada, obesidad, trastorno afectivo bipolar, Parkinson, artrosis generalizada, diabetes tipo 2 y problemas urinarios, a quien la EPS no autorizó el servicio de cuidador a pesar de haber sido ordenado por el médico tratante, la Corte negó dicha pretensión y ordenó la capacitación por parte de la EPS a la persona que se designe como cuidador, por cuanto: (i) el agenciado percibía ingresos por \$1´700.000, de los cuales solo destinaba \$600.000 para pagar una deuda bancaria; (ii) la agente oficiosa en dicha ocasión, no convivía con el agenciado, por lo que no había certeza de que ella tuviera que dedicarse a su cuidado todos los días de la semana y que dicha circunstancia, le impidiera trabajar; y (iii) quien figuraba en la historia clínica como acudiente no era la agente oficiosa, sino la esposa del agenciado, de quien no se adujo ni probó alguna circunstancia específica que le impidiera asumir su cuidado.

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

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

En este sentido, desde un punto de vista normativo y operativo, el Ministerio de Salud, mediante la Resolución 3951 de 2016, expedida con el propósito de darle

cumplimiento al Auto de Seguimiento de la Corte Constitucional A-071 de 2016 y garantizar el acceso oportuno a los servicios y tecnologías en salud no cubiertos por el Plan de Beneficios con cargo a la UPC, definió precisamente en su artículo 3º como *servicios o tecnologías complementarias*, aquel “servicio que si bien no pertenece al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad”. Una categoría que parecería describir *prima facie*, los servicios de los cuidadores enunciados, aunque sin precisarlo de manera expresa.

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

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

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

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

5.2.6. Del análisis del caso concreto

El accionante a través de agente oficiosa solicita la protección de sus derechos fundamentales a la salud, vida, seguridad social e igualdad, ante la negativa de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR– ATLÁNTICO CAJACOPI EPS-S, el suministro de enfermera domiciliaria por doce (12) horas por la noche tal y como lo ordena el médico tratante. Así como de todos aquellos tratamientos y medicamentos que se desprendan de la enfermedad que adolece

Además manifiesta la agente oficiosa que es una adulto que tiene 86 años de edad que no es capaz de valerse por sí mismo, debido a los antecedentes de enfermedad de Alzheimer, hipertensión arterial, comportamiento con heteroagresividad que padece.

Por su parte la entidad encartada argumenta que tales servicios de enfermería x 12 horas por la noche debido lo que requiere el usuario es un cuidador primario

que se refiere el cuidador de personas en situación de dependencia, es una figura distinta “que se entiende como aquel que realiza una actividad social, de ayuda y acompañamiento a quienes se hallan en total situación de dependencia.

De las pruebas aportadas por la señora De Hoyos Lara es posible inferir que JUAN FRANCISCO DE HOYOS AGUAS es un adulto mayor, que padece enfermedad de Alzheimer, hipertensión arterial, comportamiento con heteroagresividad, se encuentran directamente ligadas con el acompañamiento para el tratamiento de sus patologías, su cuidado personal y su compañía durante el día, indispensables para garantizar la estabilidad de su condición de salud y su dignidad como ser humano.

Se destaca que aunque se trata de cuidados que no requieren ser prestados necesariamente por un profesional en salud, sí son parte de la ayuda que puede brindar el denominado “cuidador”; que como servicio fundado en el principio de solidaridad, constituye una obligación que debe ser asumida por el Estado, cuando la carga es excesivamente gravosa para la familia.

Sobre el particular la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha evidenciado la existencia de eventos excepcionales en los que la carga de prestar el servicio de cuidador puede llegar a trasladarse e imponerse en cabeza del Estado, cuando el primer obligado que es la familia se encuentra imposibilitado de asumirlas, lo cierto es que en el caso objeto de estudio se verifican muchas de esas características.

En efecto, en cuanto al primero de los requisitos, se encuentra acreditado que el señor De Hoyos Aguas tiene 86 años de edad, sufre de enfermedad de Alzheimer, hipertensión arterial, comportamiento con heteroagresividad, que permiten tener certeza de la necesidad de atenciones especiales para él, especialmente, el acompañamiento diario para realizar las actividades básicas cotidianas ligadas al cuidado personal.

En relación con el segundo de los requisitos, esto es la “imposibilidad material” por parte de los familiares del paciente de brindar dichos cuidados, de manera efectiva, el despacho considera que su núcleo familiar, por su esposa es una señora mayor de 78 años de edad, no cuenta en estos momentos con la **capacidad física** ni con el tiempo necesario, para ser capacitados y brindar los cuidados requeridos diariamente a el señor De Hoyos Aguas. En primer lugar, la agente oficiosa debido es quien labora, siendo, ella la que provee el sustento de su papá, por tal motivo no puede dejar de laborar. Lo que implica que quien vela no sólo por su progenitor, es su madre quien es una adulta mayor de 78 años, no sería ella la persona llamada a adquirir las competencias para el cuidado del accionante, cuando se alega precisamente de los problemas de salud que padece.

En relación con la exigencia de **carencia de recursos económicos** para sufragar el costo de contratar la prestación de las atenciones requeridas, se tiene que la accionante y su núcleo familiar son de escasos recursos económicos que se encuentran calificados en el nivel 1 del SISBEN con un puntaje de 11,62, esto es, aquel en el que se encuentran las personas en condiciones económicas más precarias, desde el 5 de abril de 2012 a la fecha⁸. Por ello, resulta evidente que su núcleo familiar no cuenta con una fuente estable de recursos y debe proveer lo suficiente para toda su familia; pagar un salario a un cuidador.

De lo anterior se puede colegir que el señor Juan Francisco De Hoyos Aguas, es una persona que debido a su condición de salud se encuentra en situación de especial protección constitucional, toda vez que es un señor de ochenta y seis años

⁸ Consultado 13 de noviembre del 2020

de edad, por lo cual en el sub examine es forzosa la intervención de este Juez constitucional

Por las consideraciones previamente esbozadas y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales de la H. Corte Constitucional, procederá esta instancia a tutelar los derechos a la salud, vida, seguridad social e igualdad del señor JUAN FRANCISCO DE HOYOS AGUAS y, como consecuencia de ello, se ordenará a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR– ATLÁNTICO CAJACOPI EPS que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir del recibo de la comunicación correspondiente, autorice sin trabas administrativas el tratamiento de auxiliar de enfermería por doce (12) horas diarias por la noche tal y como lo ordena el médico tratante, Así como de todos aquellos tratamientos y medicamentos que se desprendan de la enfermedad que adolece.

Con base en las consideraciones anteriormente expuestas, el JUZGADO TERCERO PROMISCOU MUNICIPAL DE MAGANGUÉ, administrado justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: TUTELAR los derechos a la salud, vida, seguridad social e igualdad del señor JUAN FRANCISCO DE HOYOS AGUAS, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia del numeral anterior, se ordena a a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR– ATLÁNTICO CAJACOPI EPS que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir del recibo de la comunicación correspondiente, autorice sin trabas administrativas el tratamiento de auxiliar de enfermería por doce (12) horas diarias por la noche tal y como lo ordena el médico tratante, Así como de todos aquellos tratamientos y medicamentos que se desprendan de la enfermedad que adolece.

TERCERO: Notifíquese a las partes por el medio más expedito posible, advirtiéndoles que esta decisión podrá ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

CUARTO: En el evento de no ser impugnada esta providencia, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez sean levantados la suspensión de términos judiciales que en ese sentido decretó el Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDUARDO ANDRÉS QUINTERO RODRÍGUEZ.
Juez

Firmado Por:

EDUARDO ANDRES QUINTERO RODRIGUEZ
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 003 PROMISCOU MUNICIPAL MAGANGUE

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:
a73ae456c3ef79ac2cd039d9b373c0e518d0f0c5d544f07fa187a430a760a7fe
Documento generado en 17/11/2020 10:11:18 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>