

ACCIÓN DE TUTELA – Segunda instancia / ACCIÓN DE TUTELA – Procedencia para ordenar a la nueva EPS prestar el servicio de cuidador o enfermera de forma continua durante las 24 horas del día a un paciente / ACCIÓN DE TUTELA – Requisitos de procedencia / DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS / DERECHO A LA SALUD / SERVICIO DE CUIDADOR Y ENFERMERA / ATENCIÓN DOMICILIARIA - Procedencia

(...) la dignidad humana dentro de su objeto de protección comprende determinadas condiciones de existencia, que entre otras implican en la mayor medida posible una vida sin padecimientos en salud; traduce correlativamente lo anterior la carga para el Estado de garantizar una atención médica oportuna, continua y de calidad que guarde su núcleo esencial. (...) la salud se constituye en un derecho de carácter fundamental, susceptible de protección por vía de la acción de tutela ante amenaza o violación en su núcleo esencial, cualquiera sea la faceta preventiva, reparadora y mitigadora en que se encuentre la persona. (...) debe entenderse que el servicio de enfermería es un servicio médico que debe ser ordenado por el médico tratante del afiliado cuya prescripción depende de unos criterios técnico-científicos propios de la profesión y así lo señalan, entre otras, las Sentencias T-154 y T-568 de 2014, así como la T-414 de 2016 los cuales no pueden ser desconocidos por el juez de tutela, lo anterior, en tanto el mismo es una función ajena al operador judicial. Ahora, en relación con la figura del cuidador, entendida como aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud. Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como servicio médico o de la salud propiamente dicho, en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado. Lo anterior, como quiera que se busca garantizar los cuidados ordinarios que el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, entendiéndose que el mismo no busca mejorar por tratamiento alguno la patología que lo afecta, sin embargo, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva supervivencia del afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud. (...) se ha reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que (i) existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado. (...) para esta Colegiatura resulta claro que la señora Ana María Salas Tovar, se encuentra en una evidente condición de dependencia y requiere de atenciones que, si bien no se encuentran directamente relacionadas con el tratamiento de sus patologías, siguen siendo indispensables y pueden llegar a tener injerencia en la estabilidad de su condición de salud, así como en la dignidad misma como ser humano, se destaca que, si bien se trata de cuidados que no requieren de los servicios de un profesional de la enfermería, sí se trata de unos que concuerdan perfectamente con lo que se ha definido como el servicio de “cuidador”; servicio respecto del cual, en virtud del principio de solidaridad, y como ya quedara anotado se constituye en una obligación que debe ser asumida por el núcleo familiar de la afiliada, sin embargo como queda demostrado, la Accionante no tiene un familiar que ejerza las veces de cuidador, y no se tienen los recursos económicos para atender de sus propios ingresos ni de su familia la contratación de una persona que ejerza las labores que debe desempeñar la precitada figura. Así las cosas, y atendiendo las razones aquí expuestas, esta sala revocará la decisión adoptada por el juez de primera instancia y en su lugar se accederá a la petición de amparo de los derechos fundamentales que se alegan vulnerados por Nueva EPS,

ordenando en consecuencia a la entidad accionada que en el término de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del presente proveído proceda a autorizar y suministrar a la señora Ana María Salas Tovar el SERVICIO DE CUIDADOR, durante 12 horas, dadas las necesidades expuestas por la parte actora. (...)

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la obligación de suministrar el servicio de cuidado o enfermera, ver: Corte Constitucional, sentencia T-414 de 2016.

FUENTE FORMAL: Constitución Política (Art. 1, 49, 86).



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA - SUB SECCIÓN B**

Bogotá D.C., dos (02) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Magistrado Ponente: HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN

Radicado: 11001 - 33 -35 – 020 – 2020 – 00309 - 01
Accionante: Ana María Salas Tovar
Accionado: Nueva EPS
Acción: Tutela
Tema: Servicio de cuidador o enfermera
Instancia: Segunda

Procede la Sala a resolver el recurso de impugnación presentado por la parte accionante contra la sentencia del 24 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Veinte Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda que negó la tutela interpuesta por la parte actora.

I. ANTECEDENTES

La señora Ana María Salas Tovar, en nombre propio, instauró acción de tutela con el fin de solicitar la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida e integridad personal en razón a la petición elevada por la accionante el pasado 21 de octubre de 2020 ante la Nueva EPS mediante el cual solicitó cuidador o enfermera de forma continua durante las 24 horas del día, petición resuelta de forma negativa por parte de la accionada.

1.1.Pretensiones

La parte accionante concreta la pretensión de amparo en la siguiente forma:

“Con fundamento en los hechos narrados, respetuosamente solicito que como consecuencia de la omisión de EPS NUEVA EPS en prestarme los servicios que requiero se ordene: ENFERMERA PERMANENTE O CUIDADOR PERMANENTE, veinticuatro (24) horas diarias, DE MANERA URGENTE Y LA ATENCIÓN DOMICILIARIA INTEGRAL que requiera la suscrita, que se derive de las enfermedades que padezco.”

1.2. Hechos

Refiere la accionante que se encuentra afiliada a la Nueva EPS. En razón a lo anterior, solicitó ante la EPS el 26 de octubre de 2020 como persona de 86 años con discapacidad, servicio de enfermera o cuidador, petición atendida de manera desfavorable por la accionada.

Señala la accionante que vive sola y padece enfermedades severas como artritis reumatoidea, hipertensión, melanoma con amputación de pie derecho, enfermedades que hacen más difícil su situación, dado que además de las actividades mínimas y básicas diarias para su subsistencia, requiere el suministro de muchas medicinas, que en varias ocasiones olvida tomar o duplica la dosis, precisamente por su olvido, lo cual ha generado complicaciones en su estado de salud.

En su compleja situación de salud, además de su discapacidad y avanzada edad, aduce que es difícil desempeñarse sola en las actividades básicas, sin un debido acompañamiento, lo que genera un gran riesgo para su salud, integridad física y vida.

Por lo anterior, solicita de manera urgente y prioritaria un acompañamiento permanente de un cuidador o una enfermera que le brinde los cuidados necesarios.

Explica que su situación económica no es la mejor, pues solamente cuenta con una pequeña pensión que difícilmente le alcanza para cubrir las necesidades básicas, como son alimentación y servicios públicos, apenas para subsistir.

Manifiesta no contar con alguna persona que pueda colaborar en sus cuidados permanentes, dado que sus dos únicas hijas tienen su familia y obligaciones diarias y permanentes que no les permite atender otros menesteres.

Indica que no es lógico que un adulto mayor de avanzada edad, con su condiciones de salud y con una discapacidad, amputación de pie derecho que no le permite desenvolverse adecuadamente, viva sola, con los riesgos que ello genera, por lo que es clara la necesidad urgente y sentida de una enfermera o un cuidador permanente, durante veinticuatro (24) horas diarias, que la acompañe, ayude y colabore en todas sus actividades básicas y el suministro de la gran cantidad de medicinas que debe tomar diariamente.

1.3. Trámite surtido en primera instancia

Mediante auto de 10 de noviembre de 2020, el Juzgado Veinte Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá avocó el conocimiento de la presente acción constitucional.

1.4. De la contestación de la demanda de tutela

1.4.1. Nueva EPS

Por conducto de apoderado, la EPS accionada rindió el informe requerido, señalando que el encargado de dar cumplimiento a los fallos de tutela en la Regional Bogotá es el Dr. Juan Carlos Villaveces Pardo.

Frente a las pretensiones formuladas en la acción constitucional, refiere que la Nueva EPS ha venido asumiendo todos y cada uno de los servicios médicos que ha requerido la accionante desde el momento mismo de su afiliación y en especial los servicios que ha solicitado, siempre que la prestación de dichos servicios médicos se encuentre dentro de la órbita prestacional enmarcada en

la normatividad que para efectos de viabilidad el Sistema General de Seguridad social en Salud, ha impartido el Estado colombiano.

Por otra parte, aduce que al plenario no fue aportado por la parte actora, la orden médica que prescriba el servicio de cuidador, lo que impide determinar la procedencia de la prestación del servicio, o la existencia o no de órdenes de prestación de los servicios requeridos. Al respecto señala que sólo se podrá dar autorización de los servicios solicitados siempre y cuando medie orden médica vigente expedida por médico tratante que haga parte de la red de prestadores de servicios de Nueva EPS, como quiera que es competencia exclusiva del mismo.

Por lo anterior, solicita señor Juez, se sirva ordenar una valoración al paciente para determinar la pertinencia de los servicios, pues las condiciones médicas de sus pacientes son dinámicas y de acuerdo a estas el médico determina el tratamiento a seguir. Por lo anterior, solicita desestimar las pretensiones de la accionante, como quiera que para el presente caso no se cumple con el requisito de procedibilidad de la tutela, por no acudir ante su galeno tratante, quien es el único competente para ordenar y establecer si el mismo requiere de los servicios médicos requeridos; lo anterior en razón a lo dispuesto en el artículo 10 de la ley estatutaria en salud No. 1751 de 2015, donde una de las obligaciones de los afiliados es el correcto uso de los recursos para la salud.

Con base en lo anterior, todo servicio de salud debe estar ordenado por el personal de salud debidamente autorizado de acuerdo a su competencia.

Teniendo en cuenta lo expuesto, aduce que conforme lo ha expresado el Alto Tribunal Constitucional, la acción de tutela resulta improcedente, cuando a través de su ejercicio se pretende obtener la prestación de un servicio de salud, sin que exista orden del médico tratante que determine, bajo estrictos criterios de necesidad, especialidad y responsabilidad, su idoneidad para el manejo de la enfermedad que pueda padecer el paciente.

Frente a la solicitud de cuidador, aduce que dicha figura no se encuentra regulada ni en el Plan de Beneficios en Salud ni en la lista de procedimientos

excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud según lo dispuesto en las Resoluciones 5267 y 5269, por lo que se infiere que existe un vacío normativo que no permite especificar los alcances de la figura del cuidador, que ha sido entendida como un “servicio o tecnología complementaria” lo cual dificulta su formulación y posterior autorización por parte de las entidades encargadas de prestar los servicios en salud, concluyendo, conforme lo señalado en la sentencia T-096 de 2016 que “es deber de cuidado y asistencia de su entorno cercano, siempre y cuando sus miembros estén en capacidad física y económica para garantizar la asistencia”

Señala que de considerar el Juez Constitucional se requiera lo señalado en este acápite, solicita se valore previamente a la accionante para determinar la necesidad del servicio, ya que cada caso en particular puede requerir un servicio.

Ahora, frente al cuidado de los afiliados, aduce que la Corte Constitucional en sentencia T-418 de 2018, señala la existencia de dos niveles de solidaridad para con los enfermos: “(i) el deber que tienen los parientes del afectado de brindar ayuda física y emocional, siempre y cuando estén en condiciones de brindar la atención y cuidado; y (ii) el reflejado en la intervención del Estado como encargado de la dirección, coordinación y control de la seguridad social y en virtud del principio constitucional de la solidaridad, en el evento en el cual dicha función no pueda ser asumida por el entorno cercano al paciente.”

Así las cosas, por regla general, el servicio de cuidador lo ofrece la familia cercana del agenciado y a falta de ella el deber se radica en la sociedad y en el Estado.

Visto lo anterior, señala que en el caso bajo estudio la parte actora no probó que el núcleo familiar tenga incapacidad alguna para acarrear con el cuidado en virtud del principio de solidaridad que obliga a su núcleo familiar, razón por la cual sus pretensiones no están llamadas a prosperar, en este sentido, solicita tener en cuenta la capacidad económica de la familia de la accionante toda vez que se encuentran en el Régimen Contributivo y tienen capacidad de

pago. Por consiguiente, no es procedente el reconocimiento de lo solicitado en la presente acción constitucional.

Ahora, frente al servicio de enfermería, señala que este servicio domiciliario está incluido dentro los servicios y tecnologías de salud, financiados con recursos de la UPC, razón por la cual su prestación debe estar garantizada por las EPS. Sin embargo, para que se defina su prestación, esta debe ser autorizada por el médico tratante, quien de acuerdo con el conocimiento del caso concreto y al máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología, determinará aquellos casos en los cuales el servicio a prestar es el de “auxiliar de enfermería”.

En cuanto a la solicitud de tratamiento integral aduce que no es 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., pues determinarlo de esta manera es presumir la mala actuación de la institución por adelantado.

En virtud de lo expuesto, solicita negar por improcedente la presente acción de tutela al no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio.

1.5. De la sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 24 de noviembre de 2020, el Juzgado Veinte Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá-Sección Segunda negó la acción de tutela formulada por la parte actora. Como fundamento de su decisión señaló:

“(…)

En el caso concreto, si bien es cierto se tiene certeza de la edad de la accionante, no se acompañó la acción de copia de la historia

clínica, que permitiera tener certeza de la condición médica de la misma, para con ello evidenciar claramente la necesidad de recibir los cuidados especiales pretendidos, así como tampoco se puede establecer cuál es la “imposibilidad material” que recae sobre las hijas de la señora Salas Tovar para otorgar los cuidados que requiere. Aunado a lo anterior, consultado el Registro Único de Afiliados del Ministerio de Salud, se evidenció respecto de la señora Ana María Salas Tovar, la siguiente información

Entidad que reconoce la pensión	Estado	Tipo de Pensión	Tipo de Pensionado	Modalidad	Fecha de Resolución	Número Resolución Pensión PG
Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones	Activo	Vejez	Régimen de prima media con tope máximo de pensión	Régimen general	1999-01-01	7867
Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones	Activo	Sobrevivencia vitalicia riesgo común	Régimen de prima media con tope máximo de pensión	Régimen general	2016-01-01	29640

Como se observa, la accionante actualmente devenga dos pensiones, con las cuales puede sufragar sus necesidades básicas, sin embargo, al no tener certeza de la cuantía de cada una, ni de las obligaciones económicas que debe asumir mensualmente, no es posible establecer si a causa propia, o a través de sus hijas, cuenta o no con los recursos para asumir el costo de un cuidador o enfermero particular.

En conclusión, no es viable acceder a lo pretendido en la acción de tutela de la referencia, pues como se expuso con precedencia, el Despacho, no cuenta con el material probatorio necesario para estudiar detalladamente si en el presente asunto se cumplen a cabalidad las causales excepcionales que fijó la Corte Constitucional para ordenar a la E.P.S. la asignación de un enfermero o cuidador, como quiera que, la edad de la accionante no es el único factor que se debe considerar para dar tal orden.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Veinte Administrativo del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela respecto de los derechos fundamentales a la salud y vida e integridad personal de la señora

ANA MARÍA SALAS TOVAR identificada con cédula de ciudadanía N°. 20.308.776, de conformidad con los argumentos de la parte motiva.

(...)"

1.6. Del trámite de la impugnación

Surtida la notificación del fallo emitido en primera instancia, la parte actora presentó impugnación contra la providencia en mención el 30 de noviembre de 2020, concedida ante esta Corporación mediante auto del 03 de diciembre de 2020. Una vez realizado el reparto de la acción de tutela, el proceso fue asignado al Despacho de que es titular el Magistrado Ponente y al no estimarse necesaria la práctica de pruebas adicionales o presentación de informes procede la sala a decidir el recurso en mención.

1.7. De la impugnación

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora presentó impugnación contra el fallo de primera instancia, poniendo de presente los argumentos que inicialmente fueron expuestos en el escrito de tutela.

Aunado a lo anterior, manifiesta que los argumentos expuestos por la Nueva EPS no pueden ser tenidos en cuenta ni valorado para decidir, en tanto la Nueva EPS no ha realizado visita médica alguna para determinar la situación y la necesidad de un cuidador permanente, visita que debe apuntar a valorar y validar de manera real y efectiva todas las actividades y esfuerzo que debe generar para desempeñarse y desenvolverse de manera adecuada, dadas las condiciones de salud, las enfermedades y discapacidad que tiene debido a la amputación de su pie derecho, reiterando lo complejo que le resulta desempeñarse sola en las actividades básicas, sin un debido acompañamiento, lo que genera un gran riesgo, corriendo grave peligro su salud, integridad física y vida.

Por otra parte, aduce que el *a quo* en el caso concreto señaló que en el presente asunto la accionante no aportó historia clínica que permitiera tener certeza de la condición médica de la accionante para poder evidenciar claramente la necesidad de recibir los cuidados especiales pretendidos, indicando frente a lo anterior que dicha acción constitucional se presentó bajo la gravedad de juramento, indicando que en razón a lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política, “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”, sin embargo, aporta copia de su historia clínica, en la cual consta que efectivamente padece de enfermedades severas, artritis reumatoidea, hipertensión, melanoma con amputación de pie derecho.

Señala que en la citada providencia se alude a que no se puede establecer cuál es la imposibilidad material que recae sobre sus hijas para otorgar los cuidados que requiere, indicando que sus dos hijas tienen sus respectivas familias y deben cumplir las obligaciones que ello demanda, pues deben atender todas las actividades diarias y permanentes que requiere el contar con esposo e hijos; además, una de ellas, tiene nietos que debe cuidar mientras sus respectivas hijas trabajan para devengar el sustento diario.

Por lo expuesto, aduce que sus dos únicas hijas se encuentran imposibilitadas para practicar los cuidados que requiere para llevar una vida digna, y en su compleja situación de salud, además de su discapacidad, y avanzada edad, es difícil desempeñarse sola en las actividades básicas, sin un debido acompañamiento, lo que genera un gran riesgo para su salud y vida.

Frente a lo expuesto por el juez de primera instancia en donde señala que la accionante devenga dos pensiones con las cuales puede sufragar sus necesidades básicas, aclara que no se trata de dos pensiones, dado que cuenta con una pensión y algo más de lo que le dejó su fallecido esposo, pues la pensión de él debe compartirla con otra familia que él tenía, indicando que el total de su pensión y la parte de la pensión que le corresponde de su fallecido esposo asciende al monto total de un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000,00) mensuales, suma que difícilmente alcanza para cubrir los mínimos gastos de su supervivencia, como son su alimentación, servicios

públicos, administración del edificio donde habito, razón por la cual le resulta imposible asumir el costo que demanda un cuidador permanente durante 24 horas diarias.

Así mismo, señala que no es viable asumir tal costo a través de sus dos únicas hijas dado que ellas no cuentan con los recursos suficientes para atender este gasto, indicando que ninguna de las dos trabaja, ni tienen sueldo alguno que les permita atender el costo que demanda un cuidador, pues las dos son amas de casa, dedicadas a atender las obligaciones y actividades que demandan sus respectivas familias.

Por lo expuesto, aduce que en el presente caso se cumplen a cabalidad las causales excepcionales que fijó la Corte Constitucional para ordenar a la Nueva EPS la asignación de un cuidador, pues es adulto mayor, con avanzada edad, vive sola, padece de enfermedades severas, de una discapacidad, artritis reumatoidea, hipertensión, melanoma con amputación de pie derecho.

En consecuencia con lo expuesto, solicita revocar el fallo de primera instancia y acceder a las pretensiones deprecadas pro la accionante, como quiera que se están vulnerando sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad física y humana en conexidad con el derecho a la vida.

1.8. Medios de prueba

Se encuentran como pruebas los siguientes documentos:

- Cédula de Ciudadanía de la accionante Ana María Salas Tovar.
- Respuesta a Derecho de Petición GRB 1401465 radicado en Nueva EPS el 28 de octubre de 2020, mediante el cual Nueva EPS informa a la accionante:

(...)

Con referencia a su solicitud de una enfermera domiciliaria en casa, le informamos que no se evidencia documentación radicada ante Nueva EPS y de acuerdo con lo definido por la normatividad legal vigente (Resolución 5521/2013, Artículo 29

de diciembre de 2013). Atención domiciliaria, la Atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la Atención hospitalaria institucional está cubierta en los casos que se consideren pertinentes por el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Dicha cobertura está dada solo para el ámbito de la salud y no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores, aunque dichos servicios sean prestados por personal de salud y los criterios de inclusión establecidos por Nueva EPS:

(...)

Ahora bien, si cuenta con Fórmula médica que cumpla con la regulación establecida en el Decreto 2200 de 2005. (Fecha de expedición no mayor a 30 días), Copia o resumen de historia clínica. (Fecha de expedición no mayor a 30 días) y escala de Barthel, en donde el médico adscrito a la EPS, remita el servicio requerido, solicitamos se dirija a la Oficina de Atención al Afiliado (OAA) más cercana para radicar dicha documentación y así poder iniciar el estudio de la aprobación o negación del servicio de acuerdo al criterio médico.

Por otro lado, es importante destacar que a su vez la resolución 55928 de 2016 define cuidador:

"Definición de Cuidador. Se entiende por cuidador, aquella persona que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufra una enfermedad grave, sea congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que dependa totalmente de un tercero para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas; sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de beneficios en salud cubierto por la UPC. "

"El servicio de cuidador está expresamente excluido del POS., conforme la Resolución 5521 de 2013, que en su artículo 29 indica que la atención domiciliaria no abarca «recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores». Dado principalmente su carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud, la Corte ha dicho 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. Así, compete en primer lugar a la familia solidarizarse y brindar la atención y cuidado que necesita el pariente en situación de indefensión. En virtud de sus estrechos lazos, la obligación moral descansa en primer lugar en el núcleo familiar, especialmente de los miembros con quien aquél convive. Con todo, si estos no se encuentran tampoco, principalmente, en la capacidad física o económica de garantizar ese soporte, el servicio de cuidador a domicilio, cuya prestación compromete la vida digna de quien lo necesita, debe ser proporcionado por el Estado" (T-096 de 2016).

Sustento de lo anterior, encontramos que mediante Sentencia T 610 de 2.013 la Honorable Corte Constitucional estableció:

(...) "PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR EN SALUD - Familiares tienen la obligación de colaborar con el costo de medicamentos y servicios prescritos NO POS, cuando se encuentre probada la capacidad económica de alguno de ellos.

La Constitución dispone la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia para brindar protección y asistencia a las personas en situación de discapacidad. Claro está que la familia es la primera obligada económica, moral y afectivamente para sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos, en este orden de ideas, la Corte ha dicho que, solo cuando la ausencia de capacidad económica se convierte en una barrera infranqueable para las personas, debido a que por esa causa no pueden acceder a un requerimiento de salud y se afecta la dignidad humana, el Estado está obligado a suplir dicha falencia. (...)"

Esperamos de esta manera haber atendido su solicitud y le expresamos nuestra permanente disposición para atenderle.

(...)"

- Consulta en el Registro Único de Afiliados-RUAF de la señora Ana María Salas Tovar, en donde se advierte que la accionante se encuentra afiliada en salud como cotizante en el régimen contributivo, estado Activo en la Nueva EPS y quien percibe las siguientes pensiones:

Entidad que reconoce la pensión	Estado	Tipo de Pensión	Tipo de Pensionado	Modalidad	Fecha de Resolución	Número Resolución Pensión PG
Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones	Activo	Vejez	Régimen de prima media con tope máximo de pensión	Régimen general	1999-01-01	7867
Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones	Activo	Sobrevivencia vitalicia riesgo común	Régimen de prima media con tope máximo de pensión	Régimen general	2016-01-01	29640

- Historia Clínica de la señora Ana María Salas Tovar en donde se advierte lo siguiente:

“PACIENTE DE 84 AÑOS DE EDAD CON DIAGNOSTICOS: - ARTRITIS REUMATOIDE SEROPOSITIVA (FR: 512) - OSTEOPOROSIS - OSTEOARTROSIS - ANTECEDENTE DE NECROSIS DE MAXILAR ASOCIADO A USO DE BIFOSFONATOS ORAL - PRÓTESIS DE PIERNA DERECHA (AMPUTACIÓN POR MELANOMA) - NEUROPATÍA EN MIEMBROS SUPERIORES POR INFILTRACIÓN, POSTERIOR DAÑO DE NERVIOS CUBITAL Y SD. TÚNEL DEL CARPO.

(...)

PACIENTE CON AR SEROPOSITIVA, EN EL MOMENTO ESTABLE, REFIERE ESTAR SIN INFLAMACION A NIVEL ARTICULAR, SIN ARTRALGIAS, NI RIGIDEZ MATINAL. HOY NO SE CALCULA DAS-28 PORQUE NO SE PUEDE REALIZAR CONTEO ARTICULAR Y NO APORTA PARACLINICOS DE CONTROL. SE SOLICITA CONCEPTO A REUMATOLOGA DRA. EVA CARDOZO CON QUIEN SE DEFINE CONTINUAR TERAPIA COMBINADA CON MTX VIA ORAL + LEFLUNOMIDA Y ANALGESIA. SE SOLICITAN PARACLINICOS DE SEGUIMIENTO Y SE CITA A CONTROL CON EQUIPO INTERDISCIPLINARIO EN 2 MESES CON RESULTADOS. SE EXPLICA CONDUCTA, SIGNOS DE ALARMA PARA COVID-19 (TOS PERSISTENTE, FIEBRE MAYOR A 38° QUE PERDURE MAS DE 3 DIAS, DIFICULTAD PARA RESPIRAR) Y NO COVID (SENSACIÓN DE AHOGO TRAS EL ESFUERZO O EN REPOSO, TOS PERSISTENTE, DOLOR EN EL PECHO QUE SE IRRADIE AL CUELLO, BRAZOS, MANDIBULA CON SUDORACION O MÁS INTENSO AL RESPIRAR HONDO, COLORACIÓN AZUL DE LOS LABIOS O PIEL, DOLOR DEL ABDOMEN INTENSO O PERSISTENTE, ABDOMEN DISTENDIDO, NÁUSEAS, VÓMITOS CON INTOLERANCIA A LIQUIDOS O DIARREA MÁS DE 10 VECES

AL DÍA O 4 VECES EN 4 HORAS DE ABUNDANTE CANTIDAD CON MOCO O SANGRE DE MÁS DE 24 HORAS DE DURACIÓN, DOLORES DE CABEZA PERSISTENTES, CONVULSIONES, TRASTORNOS VISUALES, PERDIDA DE LA CONCIENCIA O QUE PERMANEZCA DORMIDO DE MANERA ANORMAL.

(...)"

II. CONSIDERACIONES

2. Competencia

Esta Sala es competente para decidir la impugnación al fallo del 24 de noviembre de 2020, proferido por el Juzgado Veinte Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, dentro de la acción de tutela de la referencia, en tanto el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*¹, establece que la impugnación de los fallos de tutela serán conocidos por el superior jerárquico del *a-quo*, el cual por tratarse de un Juez Administrativo del Circuito de Bogotá, corresponde al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

3. Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala establecer si en la presente acción constitucional la Nueva EPS con su actuación u omisión vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida e integridad personal de Ana María Salas Tovar en atención a la negativa por parte de la accionada a suministrar servicio de cuidador o enfermera a la accionante.

¹ “Artículo 32. Trámite de la impugnación. Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente.
(...)”

4. De la procedencia de la acción de tutela.

La Corte Constitucional como intérprete autorizado de la Constitución Política², ha sostenido que los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela a verificar por el juez previo al estudio del fondo del asunto, se concretan en los siguientes:

- i) Legitimación en la causa por activa o pasiva; ii) Afectación de derechos fundamentales, requisito que impone examinar el objeto de la acción dirigido a la protección de derechos fundamentales, así como la existencia actual de la acción o la omisión generadora de la afectación, esto es que el amparo no carezca de objeto por hecho superado o daño consumado; iii) Instauración del amparo dentro de un término oportuno, justo y razonable a partir de la ocurrencia de la acción o la omisión generadora de la afectación, para cuya determinación corresponde al juez valorar las específicas circunstancias del caso y la gravedad de la violación de derechos fundamentales (inmediatez); y iv) Agotamiento de los mecanismos judiciales disponibles, salvo que se configure la ocurrencia de un perjuicio irremediable o que tales vías sean inexistentes o ineficaces (subsidiaridad)³.

Analizando los requisitos de procedencia en el caso bajo estudio y si se encuentra que al concurrir estos, se impone acometer el estudio de fondo del asunto; bajo este orden, entra la sala a hacer un estudio de los requisitos que jurisprudencialmente se han consagrado para la procedencia de la acción de tutela.

4. Legitimación de las partes

4.1 Parte accionante

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1995⁴ establece que la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar por cualquier persona vulnerada

² Constitución Política, artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los precisos términos de este artículo (...).

³ Corte Constitucional. T-788 del 12 de noviembre de 2013. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez; Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 23 de octubre de 2014. C.P.: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Rad. No. 25000-23-41-000-2013-02686-01(AC).

⁴ "Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera 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.

o amenazada en sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de abogado. Teniendo en cuenta que la presente acción constitucional fue presentada en nombre propio por Ana María Salas Tovar quien considera vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida e integridad personal en razón a la petición elevada por la accionante el pasado 21 de octubre de 2020 ante la Nueva EPS mediante el cual solicitó cuidador o enfermera de forma continua durante las 24 horas del día, petición resuelta de forma negativa por parte de la accionada, se encuentra legitimada por activa.

4.2. Parte accionada

Se encuentra legitimado en la causa por pasiva la Nueva EPS, en virtud de que se le atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la vida e integridad personal de Ana María Salas Tovar, en atención a la negativa de suministrar cuidador o enfermera a la accionante.

4.3. De la inmediatez en la instauración del amparo

Conforme al Artículo 86 de la Constitución Política que dispone que la acción de tutela está prevista para la “protección inmediata” de los derechos fundamentales, el funcionario judicial debe verificar que el amparo sea utilizado para atender vulneraciones que requieren de manera urgente la intervención del juez de tutela y que por lo tanto el amparo se instauró dentro de un término oportuno, justo y razonable a partir de la ocurrencia de la acción o la omisión generadora de la afectación, para cuya determinación corresponde al juez valorar las específicas circunstancias del caso y la gravedad de la violación de derechos fundamentales⁵

Con base al material probatorio aportado, el accionante hace la solicitud de amparo a los derechos vulnerados en un término oportuno teniendo en cuenta

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 podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-691 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

que el servicio de cuidador o enfermera fue solicitado por la accionante el 28 de octubre de 2020, por lo tanto, a criterio de esta sala se cumple el requisito de la inmediatez.

4.4. Subsidiaridad de la acción de tutela.

Toda persona puede reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, el restablecimiento inmediato de sus derechos fundamentales mediante la acción de tutela, conforme lo dispone el artículo 86 de la Constitución y el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, siempre que no cuente con otro medio judicial de protección, la acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o existiendo otro medio judicial de protección, este no resulte idóneo para la defensa de los derechos fundamentales presuntamente conculcados.

4.5. Perjuicio irremediable

Sin embargo, aunque existan eventos en que se cuente con otros mecanismos judiciales para lograr la protección de un derecho fundamental, en ocasiones otros resultan no ser idóneos para tal fin. Es en dichos eventos en los cuales la jurisprudencia constitucional ha avalado el uso de la acción de tutela siempre que se logre demostrar por parte del Accionante, que existe la posibilidad de sufrir un perjuicio irremediable.

Debe tenerse en cuenta que “la mera afirmación de que se está sufriendo un perjuicio irremediable o de que el medio judicial ordinario es ineficaz, no basta para declarar la procedencia de la acción de tutela pues el accionante debe, al menos, mencionar los hechos que le permitan al juez deducir la existencia de un perjuicio irremediable o la ineficacia del medio ordinario de defensa...” Sentencia T-210 de 2011. Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

Dada la necesidad de establecer si se está o no, ante un perjuicio de dicho carácter para que la tutela sea procedente como mecanismo transitorio, aunque existan otras vías judiciales, la Corte Constitucional en sentencia T-

1316 del 2001. Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Uprimny Yepes, precisó el concepto de “perjuicio irremediable” en los siguientes términos:

“...En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestre, tomando en cuenta, además la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio debe ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de una determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable...”

5. Del derecho fundamental a la vida en condiciones dignas

Dispone el artículo 1º de la Constitución Política que el Estado Colombiano se funda en el respeto a la dignidad humana, esto es *“el merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal”*⁶.

Desde el punto de vista de su objeto de protección la Corte Constitucional ha entendido que la dignidad humana abarca la autonomía o posibilidad de diseñar un plan de vida y de determinarse según sus características, la presencia de ciertas condiciones materiales concretas de existencia y la intangibilidad de bienes no patrimoniales; adicionalmente en razón de su funcionalidad le ha reconocido la connotación de derecho fundamental, principio y valor, veamos:

“Como ya ha hecho carrera en la jurisprudencia de esta corporación, la dignidad humana, como entidad normativa, puede comprender tres objetos concretos de protección: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiera); (ii) la presencia de ciertas

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T - 704 de 6 de octubre de 2009. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Expediente T-2256577.

condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien) y (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

Desde la perspectiva de la funcionalidad del concepto, la dignidad humana se ha entendido con una triple naturaleza de derecho fundamental, principio y valor. A grandes rasgos, la dignidad humana como derecho fundamental implica la correlatividad entre la facultad de exigir su realización en los ámbitos a los que atañe y el deber de propiciarlos; como principio puede entenderse como una de los fundamentos que dieron origen a la aparición del Estado colombiano de hoy, así como un mandato de optimización, cuya realización se debe propender en la mayor medida posible; finalmente, como valor, la dignidad representa un ideal de corrección al que tiende el Estado y que le corresponde preservar.”⁷

Conforme se sigue del aparte jurisprudencial en cita, la dignidad humana dentro de su objeto de protección comprende determinadas condiciones de existencia, que entre otras implican en la mayor medida posible una vida sin padecimientos en salud; traduce correlativamente lo anterior la carga para el Estado de garantizar una atención médica oportuna, continua y de calidad que guarde su núcleo esencial.

6.3. Del derecho a la salud

Por disposición del artículo 49 de la Constitución Política, la atención en salud merece doble connotación, así: i) derecho constitucional fundamental; y ii) servicio público a cargo del Estado, quien garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación en salud, quedando su organización, dirección y reglamentación bajo su cargo, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

No obstante que la anterior es la tesis acogida en la actualidad por la Corte Constitucional, conviene con miras a su contextualización evocar el *iter* seguido en su establecimiento, el cual puede sintetizarse en la siguiente forma:

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T – 940 de 13 de noviembre de 2012. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Expediente: T-3555943

i) Inicialmente la salud fue reconocida como un derecho prestacional, en lugar de fundamental, salvo en tratándose de niños por disposición del artículo 44 de la Carta, por lo que en los demás eventos para promover su defensa por vía de la acción de tutela se acudía a la tesis de conexidad con derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad personal; ii) En el año 2001, la Corte Constitucional le reconoció el carácter de derecho fundamental y autónomo cuando se tratara de sujetos de especial protección; iii) En la sentencia T – 016 de 2007, la Corte señaló que la fundamentalidad de los derechos no dependía de la forma en que se hicieran efectivos, sino de su conexión con los valores y bienes protegidos por la Constitución; y iv) Mediante la sentencia T – 760 de 2008, la Corte determinó el carácter fundamental de la salud⁸.

Sobre el particular se trae a consideración el siguiente aparte de la sentencia T–760 de 2008 en mención:

“El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía.”⁹ (Negrillas fuera del texto).

Al efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe en su artículo 25 que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”*; y por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, indica en su artículo 12 que *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”*

⁸ Ver entre otras: Corte Constitucional. Sentencia T – 161 de 22 de marzo de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Expediente: T – 3.714.929. Corte Constitucional. Sentencia T – 206 de 15 de abril de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Referencia: T-3699975, T-3700935, T-3705404 y T-3707429 (Expedientes acumulados).

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T – 760 de 31 de julio de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Ahora bien, respecto las facetas del derecho a la salud en orden a su protección, la Corte Constitucional señaló lo que pasa a indicarse:

“Dentro de la garantía del derecho a la salud incluye varias facetas: una faceta preventiva dirigida a evitar que se produzca la enfermedad, una faceta reparadora, que tiene efectos curativos de la enfermedad y una faceta mitigadora orientada a amortiguar los efectos negativos de la enfermedad. En este último caso, ya no se busca una recuperación pues ésta no se puede lograr. Se trata, más bien, de atenuar, en lo posible, las dolencias físicas que ella produce y de contribuir, también en la medida de lo factible, al bienestar psíquico, emocional y social del afectado con la enfermedad.”¹⁰

En línea con lo expuesto, la salud se constituye en un derecho de carácter fundamental, susceptible de protección por vía de la acción de tutela ante amenaza o violación en su núcleo esencial, cualquiera sea la faceta preventiva, reparadora y mitigadora en que se encuentre la persona.

5. Del servicio de cuidador y enfermera

La Corte Constitucional al analizar el alcance del derecho a la salud y su estrecha relación con el goce de otros derechos, como el de la vida y el de la dignidad humana, incluyendo el servicio del cuidador en sentencia T-065 de 2018, señaló:

“... No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia del afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud.....”.

Frente a la obligación de suministrar el cuidador, así como la obligación del suministro del servicio de auxiliar de enfermería y la entidad que debe asumir el costo de estos servicios, el Alto Tribunal Constitucional señaló en sentencia T-414 de 2016:

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T – 548 de 7 de julio de 2011. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Expediente: T – 2877406.

“Aunque en principio las entidades promotoras de salud no son las llamadas a suministrar el servicio de CUIDADOR, se han contemplado circunstancias excepcionalísimas que deben ser examinadas con el máximo de precaución para determinar la necesidad de dicho servicio, a saber: (i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del CUIDADOR como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.

Por ello, se ha considerado que, en los casos excepcionales en que se evidencia la configuración de los requisitos descritos, es posible que el juez constitucional, al no tratarse de un servicio en estricto sentido médico, traslade la obligación que, en principio, corresponde a la familia, de manera que sea el Estado en cabeza de la E.P.S. quien deba asumir la prestación de dicho servicio. En conclusión, respecto de las atenciones o cuidados que pueda requerir un paciente en su domicilio, se tiene que: (i) en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiere de una orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente, sin que el juez constitucional pueda arrogarse dicha función so pena de exceder su competencia y ámbito de experticia; y (ii) en lo relacionado con la atención de CUIDADOR, se trata de un servicio que, en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este se encuentra materialmente imposibilitado para el efecto, se hace obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.....”.

En cuanto a la atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y de cuidador, el Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en la Ley 100 de 1993 ha dispuesto los mecanismos y estructuras a través de los cuales se hace efectivo el derecho fundamental a la salud de los colombianos (regulado mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015), en relación con las prestaciones que dicho sistema asegura para sus usuarios, la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 estableció el ahora denominado “Plan de Beneficios en Salud” en el cual se contempla la atención médica domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)

Al respecto, el artículo 26 prevé a esta modalidad de atención como una “alternativa a la atención hospitalaria institucional” que debe ser otorgada en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado, es así, como se ha destacado que, en específico, el auxilio que se presta por concepto de “servicio de enfermería” constituye una especie o clase de “atención domiciliaria” que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente.

De conformidad con lo expuesto, debe entenderse que se trata de un servicio médico que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado y que su suministro depende de unos criterios técnicos- científicos propios de la profesión y así lo señalan, entre otras, las Sentencias T-154 y T-568 de 2014, así como la T-414 de 2016 que no pueden ser obviados por el juez constitucional, por tratarse de una función que le resulta completamente ajena.

Ahora bien, en relación con la atención del cuidador, es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud. Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como servicio médico o de la salud propiamente dicha; por ello se ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado. Ello, pues busca garantizar los cuidados ordinarios que el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, y desde luego no busca mejorar por tratamiento alguno la patología que lo afecta, no obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva supervivencia del afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender

que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud.

6. Del caso en concreto.

La Señora Ana María Salas Tovar acude a la presente acción constitucional a fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida e integridad personal en razón a la petición elevada por la accionante el pasado 21 de octubre de 2020 ante la Nueva EPS mediante el cual solicitó cuidador o enfermera de forma continua durante las 24 horas del día, petición resuelta de forma negativa por parte de la accionada.

Aduce la accionante la necesidad de contar con dichos servicios, en razón a que es una persona con 84 años de edad, en estado de vulnerabilidad, quien padece enfermedades como hipertensión, artritis reumatoidea, melanoma con amputación de pie derecho, enfermedades que hacen más difícil su situación, dado que además de las actividades mínimas y básicas diarias para su subsistencia, requiere el suministro de muchas medicinas, que en varias ocasiones olvida tomar o duplica la dosis, precisamente por su olvido, lo cual ha generado complicaciones en su estado de salud.

Admite que cuenta con pensión de vejez y pensión de sobreviviente cuyo monto suma el valor de un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000), suma que emplea para pagar servicios públicos, administración del edificio en donde habita, y alimentación, razón por la cual le resulta imposible asumir el costo que demanda un cuidador permanente durante 24 horas diarias y que el costo que demanda un cuidador no puede ser asumido por sus dos hijas como quiera que las mismas no cuentan con recursos económicos suficientes para atender este gasto en tanto son amas de casa, y deben hacerse cargo de sus respectivas obligaciones y familias.

Visto lo anterior, a efectos de resolver el caso sub examine para esta Colegiatura resulta importante señalar frente al servicio de enfermería y

cuidador que el Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en la Ley 100 de 1993 ha dispuesto los mecanismos y estructuras a través de los cuales se hace efectivo el derecho fundamental a la salud de los colombianos (regulado mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015), en relación con las prestaciones que dicho sistema asegura para sus usuarios, la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 estableció el ahora denominado “Plan de Beneficios en Salud” en el cual se contempla la atención médica domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

Al respecto, el artículo 26 contempla a esta modalidad de atención como una *“alternativa a la atención hospitalaria institucional”* que debe ser otorgada en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado, es así, como se ha destacado que, en específico, el auxilio que se presta por concepto de *“servicio de enfermería”* constituye una especie o clase de *“atención domiciliaria”* que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente.

En virtud de lo anterior, debe entenderse que el servicio de enfermería es un servicio médico que debe ser ordenado por el médico tratante del afiliado cuya prescripción depende de unos criterios técnico-científicos propios de la profesión y así lo señalan, entre otras, las Sentencias T-154 y T-568 de 2014, así como la T-414 de 2016 los cuales no pueden ser desconocidos por el juez de tutela, lo anterior, en tanto el mismo es una función ajena al operador judicial.

Ahora, en relación con la figura del cuidador, entendida como aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud. Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio

que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como servicio médico o de la salud propiamente dicho, en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado. Lo anterior, como quiera que se busca garantizar los cuidados ordinarios que el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, entendiendo que el mismo no busca mejorar por tratamiento alguno la patología que lo afecta, sin embargo, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva supervivencia del afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud.

Al respecto, es menester poner de presente lo decidido por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, quien mediante Resolución 5267 del 22 de diciembre de 2017, estableció el listado de los procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud, entre los que omitió incluir expresamente el servicio de cuidador, motivo por el cual se evidencia que este tipo específico de “servicio o tecnología complementaria” se encuentra en un limbo jurídico por cuanto no está incluido en el Plan de Beneficios, ni excluido explícitamente de él.

Visto lo anterior, se encuentra que en razón a la interpretación dada por la Corte Constitucional a la Ley 1751 de 2015, estatutaria del derecho fundamental a la salud, en la Sentencia C-313 de 2014, la administración cuenta con la carga de desarrollar el sistema de salud como uno de naturaleza de exclusiones en virtud del que todo aquello que no se encuentre explícitamente excluido, se halle incluido.

Sin embargo, es necesario poner de presente que antes de tratarse de una obligación que deba ser asumida por el Estado, los primeros llamados a arrogarse dicha carga es la familia de quien requiere este modelo de atención, ello, no solo en virtud de los lazos de afecto que los unen sino también como producto de las obligaciones que el principio de solidaridad conlleva e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculos, entendiendo la familia como institución básica de la sociedad, que conlleva implícitas obligaciones y

deberes especiales de protección y socorro recíproco entre sus miembros, los cuales no pueden pretender desconocerlos por motivos de conveniencia o practicidad.

En virtud de lo anterior, se ha reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que (i) existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado.

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

En Sentencia T-414 de 2016 se indicó que: “aunque en principio las entidades promotoras de salud no son las llamadas a suministrar el servicio de CUIDADOR, se han contemplado circunstancias excepcionalísimas que deben ser examinadas con el máximo de precaución para determinar la necesidad de dicho servicio, a saber: (i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.

Hechas las anteriores precisiones, encuentra esta Sala que la señora Ana María Salas Tovar acudió a la presente acción constitucional a fin de que la Nueva EPS suministre el servicio de enfermera o cuidador durante veinticuatro horas, de forma permanente, lo anterior en virtud de su edad -85 años- y las

diferentes patologías que la acompañan según consta en su historia clínica, así:

“ARTRITIS REUMATOIDE SEROPOSITIVA (FR: 512) - OSTEOPOROSIS - OSTEARTROSIS - ANTECEDENTE DE NECROSIS DE MAXILAR ASOCIADO A USO DE BIFOSFONATOS ORAL - PRÓTESIS DE PIERNA DERECHA (AMPUTACIÓN POR MELANOMA) - NEUROPATÍA EN MIEMBROS SUPERIORES POR INFILTRACIÓN, POSTERIOR DAÑO DE NERVIOS CUBITAL Y SD. TÚNEL DEL CARPO”

Enfermedades estas que en sentir de la accionante hacen más difícil su situación, dado que además de las actividades mínimas y básicas diarias para su subsistencia, requiere el suministro de muchas medicinas, que en varias ocasiones olvida tomar o duplica la dosis, precisamente por su olvido, lo cual ha generado complicaciones en su estado de salud, razón por la cual requiere ya sea del servicio de enfermería o de cuidador.

Visto lo anterior, es claro para esta sala que siendo el servicio de enfermería una atención médica que se expide ante la necesidad evidenciada por el galeno tratante de otorgar servicios especializados y calificados por parte de un profesional y, así, conferir un tratamiento en salud específico, resulta diáfano que se trata de una prestación que requiere necesariamente del aval del médico tratante y que no puede ser autorizada por el juez constitucional, en cuanto ello implicaría que éste termine por exceder sus competencias y experticias al desconocer cuales son los criterios técnicos-científicos que deben configurarse para determinar su necesidad.

Es por ello que en este caso, atendiendo la edad de la accionante (85 años), lo cual la convierte en un sujeto de especial protección constitucional, aunado a las múltiples patologías que la acompañan y que fueron descritas líneas atrás, conforme obra en la historia clínica, encuentra esta Sala que se hace necesario que exista otro servicio o atención que pueda ser prestado a la señora Ana María Salas, lo anterior en cuanto no puede desconocerse que en efecto requiere de atenciones especiales que, si bien no demandan de los servicios de un profesional de la salud, no tiene la posibilidad de recibir por

parte de su núcleo familiar pues sus hijas no viven con la accionante, son amas de casa, quienes deben hacerse cargo de sus respectivas familias y no cuentan con la capacidad económica para cubrir el gasto que demanda el servicio de cuidador, afirmaciones éstas que no fueron desvirtuadas por la parte accionada.

Así las cosas, para esta Colegiatura resulta claro que la señora Ana María Salas Tovar, se encuentra en una evidente condición de dependencia y requiere de atenciones que, si bien no se encuentran directamente relacionadas con el tratamiento de sus patologías, siguen siendo indispensables y pueden llegar a tener injerencia en la estabilidad de su condición de salud, así como en la dignidad misma como ser humano, se destaca que, si bien se trata de cuidados que no requieren de los servicios de un profesional de la enfermería, sí se trata de unos que concuerdan perfectamente con lo que se ha definido como el servicio de “cuidador”; servicio respecto del cual, en virtud del principio de solidaridad, y como ya quedara anotado se constituye en una obligación que debe ser asumida por el núcleo familiar de la afiliada, sin embargo como queda demostrado, la Accionante no tiene un familiar que ejerza las veces de cuidador, y no se tienen los recursos económicos para atender de sus propios ingresos ni de su familia la contratación de una persona que ejerza las labores que debe desempeñar la precitada figura.

Así las cosas, y atendiendo las razones aquí expuestas, esta sala revocará la decisión adoptada por el juez de primera instancia y en su lugar se accederá a la petición de amparo de los derechos fundamentales que se alegan vulnerados por Nueva EPS, ordenando en consecuencia a la entidad accionada que en el término de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del presente proveído proceda a autorizar y suministrar a la señora Ana María Salas Tovar el SERVICIO DE CUIDADOR, durante 12 horas, dadas las necesidades expuestas por la parte actora.

Finalmente, frente a la solicitud de tratamiento integral solicitado, no encuentra la Sala que la entidad accionada se haya negado a la prestación de los servicios médicos requeridos por la accionante, razón por la cual no accederá esta pretensión.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 25 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Diecisiete Administrativo de Bogotá, Sección Segunda que negó el amparo deprecado por la señora Ana María Salas Tovar. En su lugar se dispone:

SEGUNDO: AMPARAR los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora **ANA MARÍA SALAS TOVAR**, vulnerados por la **NUEVA EPS**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia:

TERCERO: ORDENAR a la **NUEVA EPS** por conducto del Dr. Juan Carlos Villaveces Pardo Regional Bogotá para que dentro de las **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación del presente proveído proceda a adelantar las gestiones pertinentes a fin de autorizar y suministrar el servicio de **CUIDADOR** de lunes a domingo en un horario de **DOCE (12) HORAS DIARIAS** a la señora **ANA MARÍA SALAS TOVAR**

CUARTO: NOTIFICAR personalmente esta providencia al accionante, a los accionados y al Ministerio Público por el medio más expedito.

QUINTO: ENVIAR el expediente de la referencia a la Corte Constitucional vencido dicho término para su eventual revisión conforme a lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala N° 05 del 02 de febrero de 2021.



HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN
Magistrado



FRANKLIN PÉREZ CAMARGO
Magistrado



CLARA CECILIA SUÁREZ VARGAS
Magistrada